

Nieuwsbrief VAAN AR Updates

Nummer 45, 2020

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

INHOUDSOPGAVE

Hoge Raad

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2020:1748](#) 06-11-2020

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2020:1746](#) 06-11-2020

Hof

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2020:2973](#) 05-11-2020

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2020:9060](#) 03-11-2020

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2020:8977](#) 03-11-2020

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2020:2871](#) 28-10-2020

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2020:9078](#) 12-10-2020

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2020:2643](#) 08-10-2020

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2020:2643](#) 08-10-2020

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2017:3461](#) 12-12-2017

Rechtbank

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2020:8022](#) 04-11-2020

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2020:5890](#) 04-11-2020

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2020:8777](#) 04-11-2020

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2020:9951](#) 03-11-2020

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2020:9761](#) 02-11-2020

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2020:4734](#) 02-11-2020

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2020:9809](#) 02-11-2020

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2020:9804](#) 29-10-2020

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2020:8985](#) 28-10-2020

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2020:4722](#) 28-10-2020

[Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2020:8424](#) 28-10-2020

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2020:8953](#) 28-10-2020

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2020:5150](#) 26-10-2020

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2020:8982](#) 26-10-2020

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2020:5156](#) 26-10-2020

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2020:8986](#) 26-10-2020

[Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2020:8409](#) 22-10-2020

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2020:9827](#) 21-10-2020

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2020:5155](#) 20-10-2020

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2020:8628](#) 14-10-2020

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2020:8984](#) 07-10-2020

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2020:4188](#) 30-09-2020

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2020:7195](#) 02-09-2020

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2020:7303](#) 07-08-2020

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2020:6130](#) 14-07-2020

Annotatie

[De Groene Amsterdammer in een November Rain. Over de bedoeling van partijen bij de kwalificatievraag in het arbeidsrecht](#)

prof. mr. dr. A.R. Houweling

ANNOTATIE

De Groene Amsterdammer in een November Rain. Over de bedoeling van partijen bij de kwalificatievraag in het arbeidsrecht

prof. mr. dr. A.R. Houweling

1. Inleiding

Vrijdag 8 november 2019 ging kort na 10 uur de kersverse beschikking van de Hoge Raad in de *Xella*-zaak 'viral'.^[1] Een jaar later is het wederom raak in de eerste week van november. Op 6 november wees de Hoge Raad arrest in de *X/Gemeente Amsterdam*-zaak (ook wel bekend als de 'IOAW'-zaak, ECLI:NL:HR:2020:1746). Centraal stond de vraag of en op welke wijze de 'bedoeling van partijen' een rol speelt bij de kwalificatievraag ex artikel 7:610 BW. De Hoge Raad is hierover duidelijk: 'Anders dan uit het arrest *Groen/Schoevers* wel is afgeleid, speelt de bedoeling van partijen dus geen rol bij de vraag of de overeenkomst moet worden aangemerkt als een arbeidsovereenkomst.' Binnen 'no time' was in en op allerlei (sociale) media te lezen dat de Hoge Raad 'een bom legt onder de arbeidsmarkt', 'zzp'ers massaal in dienst van opdrachtgever laat zijn' en '*Groen/Schoevers* ingrijpend herzielt'.^[2] Een belangrijke oorzaak van alle aandacht voor deze uitspraak is de op 17 juli 2020 gepubliceerde zeer uitgebreide conclusie van A-G De Bock.^[3] De Bock pleitte in die conclusie voor (1) (meer) aansluiting bij het Europese werknemersbegrip, (2) een nieuw criterium voor de gezagsverhouding (te weten: 'inbedding in de organisatie'), (3) het loslaten van de 'persoonlijke verplichting' arbeid te verrichten (om zo met name platformwerkers en werkers in sectoren waar de persoon van de werker er niet toe doet meer te beschermen), (4) afscheid van de holistische weging en (5) een herijking (of beter een herwaardering) van *Groen/Schoevers* wat de partijbedoeling betreft. Tja... met zo'n conclusie gaat er natuurlijk iets borrelen in arbeidsrechtland en is de hype snel daar. Maar... is *X/Gemeente Amsterdam* werkelijk zo'n November Rain of niet meer dan een storm in een glas water?

2. *X/Gemeente Amsterdam*: de feiten

Wat was er ook alweer aan de hand? De zaak laat zich als volgt samenvatten. Een uitkeringsgerechtigde is sinds november 2009 werkloos en ontvangt vanaf 2012 een IOAW-uitkering. In april 2014 is zij via het Re-integratiebedrijf Amsterdam, Begeleiden en Detacheren zogenoemde 'plaatsingswerkzaamheden' gaan verrichten voor de duur van zes maanden als servicedeskmedewerker bij de gemeente Amsterdam. De plaatsing is met nog eens zes maanden verlengd. Zij kreeg niet betaald voor de werkzaamheden, maar behield haar

IOAW-uitkering. Daarnaast ontving zij een zogenoemde ‘stimuleringspremie’ omdat zij voldoende had meegewerkt aan het participatietraject (een bedrag van € 231,20 voor periode I en € 233,90 voor periode II). Volgens de uitkeringsgerechtigde is zij al die tijd werkzaam geweest op basis van een arbeidsovereenkomst en heeft zij recht op betaling van het voor de functie van servicedeskmedewerker geldende loon met toebehoren als bedoeld in artikel 7:617 BW. De kantonrechter en het hof hebben de vorderingen afgewezen. Het hof heeft daarbij – onder meer – ‘grote betekenis toegekend’ aan de bedoeling van de wetgever bij de totstandkoming van de WWB en Participatie alsook de bedoeling van partijen om geen arbeidsovereenkomst aan te gaan. Bovendien ontbrak het element ‘loon’, nu de IOAW-uitkering inclusief de stimuleringspremie niet als tegenprestatie ter zake van de bedongen arbeid kon worden gezien.

3. X/Gemeente Amsterdam: oordeel Hoge Raad

In cassatie klaagt de uitkeringsgerechtigde over een flink aantal onderdelen van het arrest van het hof. Ik beperk mij tot de klacht die ziet op de partijbedoeling. De Hoge Raad oordeelt daarover als volgt.

‘3.2.2 Art. 7:610 BW omschrijft de arbeidsovereenkomst als de overeenkomst waarbij de ene partij, de werknemer, zich verbindt in dienst van de andere partij, de werkgever, tegen loon gedurende zekere tijd arbeid te verrichten. Indien de inhoud van een overeenkomst voldoet aan deze omschrijving, moet de overeenkomst worden aangemerkt als een arbeidsovereenkomst. Niet van belang is of partijen ook daadwerkelijk de bedoeling hadden de overeenkomst onder de wettelijke regeling van de arbeidsovereenkomst te laten vallen. Waar het om gaat, is of de overeengekomen rechten en verplichtingen voldoen aan de wettelijke omschrijving van de arbeidsovereenkomst. Anders dan uit het arrest Groen/Schoevers wel is afgeleid, speelt de bedoeling van partijen dus geen rol bij de bij de vraag of de overeenkomst moet worden aangemerkt als een arbeidsovereenkomst.

3.2.3 De hiervoor in 3.2.2 bedoelde kwalificatie van een overeenkomst moet worden onderscheiden van de – daaraan voorafgaande – vraag welke rechten en verplichtingen partijen zijn overeengekomen. Die vraag dient te worden beantwoord aan de hand van de Haviltexmaatstaf. Nadat de rechter met behulp van die maatstaf de overeengekomen rechten en verplichtingen heeft vastgesteld (uitleg), kan hij beoordelen of die overeenkomst de kenmerken heeft van een arbeidsovereenkomst (kwalificatie).

3.2.4 Uit het hiervoor in 3.2.2 en 3.2.3 overwogene volgt dat het oordeel van het hof getuigt van een onjuiste rechtsopvatting voor zover het hof voor de kwalificatie van de overeenkomst mede van belang heeft geacht of partijen de bedoeling hebben gehad een arbeidsovereenkomst aan te gaan. De klacht is in zoverre gegrond. Dit kan echter niet tot cassatie leiden. Het hof heeft immers ook beoordeeld of uit de door partijen overeengekomen wederzijdse rechten en verplichtingen volgt dat de tussen hen gesloten overeenkomst de kenmerken heeft van een arbeidsovereenkomst, en die vraag ontkennend beantwoord. De tegen dat oordeel gerichte klachten falen, zoals volgt uit 3.1.2 hiervoor en 3.3.2 en 3.4 hierna.’

Kort en goed legt de Hoge Raad uit dat twee vragen moeten worden onderscheiden. Eerst moet op basis van het *Haviltex*-criterium worden vastgesteld welke rechten en verplichtingen partijen over en weer zijn aangegaan. Daarbij speelt de partijbedoeling vanzelfsprekend een (belangrijke) rol. Als eenmaal die rechten en verplichtingen zijn vastgesteld, dient de rechter te beoordelen of en zo ja aan welke benoemde overeenkomst, de overeenkomst voldoet. Bij deze kwalificatiefase doet het oogmerk van partijen niet ter zake.[4]

Oftewel, de vraag ‘hebben partijen een arbeidsovereenkomst of een overeenkomst van opdracht beoogd’ is rechtens niet relevant. De vraag of partijen beoogden een beloning overeen te komen voor de geleverde arbeid danwel beoogden in volledige vrijheid of juist onder leiding en toezicht van de wederpartij arbeid te verrichten is een rechtens relevante ‘uitlegvraag’.

4. We doen het al 23 jaar goed fout

4.1 Groen/Schoevers: waar ging het eigenlijk om?

Hoe verhoudt *X/Gemeente Amsterdam* zich tot *Groen/Schoevers*? Voor het antwoord op die vraag moeten we terug naar november 1997, het arrest *Groen/Schoevers*.^[5] Iedereen kent deze klassieker van het arbeidsrecht. Toch is het soms goed je klassiekers opnieuw te lezen. Want waar ging het geschil in de kern over bij de Hoge Raad? De rechtbank overwoog in r.o. 7:

‘Vast staat dat tussen partijen geen schriftelijke arbeidsovereenkomst, zoals – gelijk Schoevers onweersproken heeft gesteld – gebruikelijk, is opgemaakt. Of niettemin sprake was van een arbeidsovereenkomst in de zin der wet zal daarom aan de hand van de gestelde en gebleken feiten en/of omstandigheden moeten worden beoordeeld. De rechtbank zal daarbij *doorslaggevende betekenis toekennen aan de vraag of partijen de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst hebben beoogd.*’

In cassatie klaagt Groen dat

‘de Rechtbank aldus ten onrechte geen onderscheid heeft gemaakt tussen enerzijds het vaststellen van de inhoud van de overeenkomst, een kwestie van uitleg waarbij de partijbedoeling een prominente rol speelt, en anderzijds de kwalificatie van het overeengekomene, waarbij de bedoeling van partijen geen, althans geen doorslaggevende, rol speelt.’

Zie hier een-op-een de rechtsoverweging van de Hoge Raad in *X/Gemeente Amsterdam*.

De advocaat-generaal (De Vries Lentsch-Kostense) concludeerde dat het cassatieberoep faalde.

‘Uit de bestreden overwegingen van de Rechtbank blijkt geenszins dat de Rechtbank niet ervan is uitgegaan dat aan de hand van objectieve criteria, waaronder met name het al dan niet bestaan van een gezagsverhouding, moet worden beoordeeld of een tussen twee partijen gesloten overeenkomst als arbeidsovereenkomst moet worden gekwalificeerd. Dat de

Rechtbank in haar gewraakte rechtsoverweging 7 vooropstelt dat zij aan de partijbedoeling doorslaggevende betekenis zal toekennen, kan worden verklaard door de omstandigheid dat de rechtsstrijd in casu ook betrof de vraag tussen welke partijen een overeenkomst tot stand is gekomen, tussen Schoevers en Groen dan wel tussen Schoevers en de vennootschap (vertegenwoordigd door Groen). Met name bij de beantwoording van de in dat kader belangrijke vraag of de betalingen van Schoevers aan de vennootschap konden worden aangemerkt als betalingen (van loon) aan Groen in privé, kon de Rechtbank doorslaggevende betekenis toekennen aan de bedoeling van partijen gerelateerd aan de omtrent die betaling vaststaande feiten.'

De rechtbank oordeelde uiteindelijk dat uit de bedoeling van partijen duidelijk bleek dat er een overeenkomst tussen Groen Belastingadviseurs CV (en niet Groen in persoon) en Schoevers BV tot stand was gekomen. In r.o. 9 oordeelde de rechtbank dat uit de vaststaande feiten als (1) door de vennootschap verstuurd facturen met btw, (2) het niet inhouden van premies door Schoevers, (3) het niet toepassen van de Arbeidsvoorwaardenregeling van Schoevers op Groen, (4) het niet bijdragen in de ziektekostenverzekering, pensioenregeling en aanvullende betalingen en (5) het evenmin betalen van vakantiebijslag en loon tijdens ziekte en (6) het feit dat nooit is geprotesteerd tegen deze gang van zaken, blijkt dat geen sprake was van loon in de zin van een door Groen als werknemer uit hoofde van een tussen partijen gesloten arbeidsovereenkomst bedongen tegenprestatie en dat uit het handelen van partijen kan worden afgeleid dat zij een dergelijke beloning op grond van een arbeidsovereenkomst ook niet hebben beoogd. De rechtbank voegt daaraan nog toe dat de overeengekomen wijze van betaling tot stand was gekomen op initiatief van Groen, terwijl – naar vaste jurisprudentie – een werkgever het recht ontbeert om achteraf niet ingehouden loonbelasting en sociale verzekeringspremies alsnog op de werknemer te verhalen.

Kortom, de rechtbank oordeelde dat op basis van hetgeen partijen waren overeengekomen (de *Haviltex*-fase), het element 'loon' ontbrak en derhalve geen sprake kon zijn van arbeidsovereenkomst (de kwalificatiefase). Het loon ontbrak omdat was afgesproken dat Schoevers aan de vennootschap van Groen betaalde en dat die betaling niet aan Groen in persoon werd gedaan. De omstandigheden zoals hierboven genoemd, bevestigden die afspraak.

4.2 Groen/Schoevers: oordeel Hoge Raad

Maar wat oordeelde de Hoge Raad ook alweer? Rechtsoverweging 3.4 uit *Groen/Schoevers* luidt als volgt:

'De Rechtbank heeft blijkens rov. 6 van haar vonnis als de centrale vraag in deze zaak beschouwd of tussen partijen een arbeidsovereenkomst als bedoeld in art. 7A:1637a (oud) BW heeft bestaan.

De Rechtbank heeft, nu – anders dan bij Schoevers bij het sluiten van arbeidsovereenkomsten gebruikelijk – geen schriftelijke arbeidsovereenkomst is opgemaakt, deze vraag beoordeeld aan de hand van de feiten en omstandigheden van het geval, *waarbij zij doorslaggevende*

betekenis heeft toegekend aan de vraag of partijen totstandkoming van een arbeidsovereenkomst hebben beoogd. Hiermee heeft de Rechtbank kennelijk en terecht tot uitgangspunt genomen dat partijen die een overeenkomst sluiten die strekt tot het verrichten van werk tegen betaling, deze overeenkomst op verschillende wijzen kunnen inrichten, en dat wat tussen hen heeft te gelden wordt bepaald door hetgeen hun bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stond, mede in aanmerking genomen de wijze waarop zij feitelijk aan de overeenkomst uitvoering hebben gegeven en aldus daaraan inhoud hebben gegeven. Aan de hand van de op deze wijze vastgestelde inhoud van de overeenkomst kan de rechter vervolgens bepalen of de overeenkomst behoort tot een van de in de wet geregelde bijzondere overeenkomsten.’
[cursivering ARH]

Veel auteurs hebben uit deze rechtsoverweging afgeleid dat de partijen een zekere autonomie hebben te kiezen voor een arbeidsovereenkomst of niet. De Asser spreekt in dit verband van ‘wat partijen hebben beoogd bij de kwalificatievraag’.[6] In gelijke zin Van der Grinten[7] en Houweling c.s. in *Arbeidsrechtelijke Themata*. [8] Verhulp plaatste *Groen/Schoevers* in de algemeen civielrechtelijke trend dat naarmate partijen minder bescherming behoeven er ook minder aanleiding is die bescherming (toch) op te leggen. Binnen de bandbreedte van de ‘maatschappelijke positie en feitelijke uitvoering’ kunnen partijen hun beschermingsarrangement kiezen.

‘Om (te) kort te gaan: als de opdrachtgever geen arbeidsovereenkomst heeft willen sluiten, en de opdrachtnemer weet welke gevolgen dat heeft, kan dat, hoewel de wijze waarop aan de overeenkomst inhoud is gegeven ook voldoet aan de elementen van een arbeidsovereenkomst, tot de conclusie leiden dat van een arbeidsovereenkomst geen sprake is.’,

aldus Verhulp.[9] Er was ook van meet af aan kritiek op deze ‘vrijwilbenadering’ van de Hoge Raad. Zou de centrale positie van de partijbedoeling bij nota bene de kwalificatievraag geen uitholling van de arbeidsrechtelijke bescherming opleveren?[10] Verhulp heeft zich later bij dit kritische kamp aangesloten en in de zojuist geciteerde rechtsoverweging de juiste uitleg van de Hoge Raad gevonden. Het gaat er immers niet om welke kwalificatie partijen aan hun overeenkomst geven, maar hoe de over en weer overeengekomen rechten en verplichtingen moeten worden gededd.[11] Ook in *Groen/Schoevers* staat de tweefasenleer (uitleg overeenkomst – kwalificatie overeenkomst): ‘Aan de hand van de op deze wijze vastgestelde inhoud van de overeenkomst kan de rechter vervolgens bepalen of de overeenkomst behoort tot een van de in de wet geregelde bijzondere overeenkomsten.’ Uiteindelijk oordeelde de Hoge Raad dat mede vanwege de ongebruikelijke beloningsvorm (facturen + btw), het oordeel van de rechtbank dat geen loon in de zin van artikel 7:610 BW tot stand was gekomen niet onjuist is.[12] Kennelijk hadden partijen gewoon niet beoogd af te spreken dat er tegenover de arbeidsprestatie van Groen een loonverplichting jegens Groen ontstond (maar wel jegens de vennootschap).

4.3 Stoorzender of slechte luisteraar?

In de uitspraak van 6 november 2020 spreekt de Hoge Raad van ‘Anders dan uit het arrest

Groen/Schoevers *wel is afgeleid*, speelt de bedoeling van partijen dus geen rol bij de vraag of de overeenkomst moet worden aangemerkt als een arbeidsovereenkomst.’ Deze overweging komt toch een beetje over als: ‘U heeft eigenlijk al 23 jaar niet goed naar mij geluisterd. Ik leg het nog een keertje uit.’

Bij communicatie gaat het om zenden en ontvangen. Het is niet zo dat tussen 1997 en 2020 nooit meer een kwalificatievraag aan de Hoge Raad is voorgelegd. En om nu te stellen dat de formulering van de Hoge Raad altijd vrij consistent en eenduidig is geweest...

Ik noem een drietal voorbeelden. Allereerst *Diosynth*.^[13] In de kern kwam die zaak neer op de vraag of de partijbedoeling relevant is, als uit de feitelijke uitvoering blijkt dat (mogelijk) sprake is van een arbeidsovereenkomst. In r.o. 3.5 overweegt de Hoge Raad:

‘Indien de rechtbank met haar overweging dat “door [verweerster] (...) gemotiveerd (is) betwist dat zij heeft beoogd een overeenkomst van opdracht en geen arbeidsovereenkomst te sluiten” heeft bedoeld dat deze enkele betwisting meebrengt dat de partijbedoeling niet ter zake dienend is voor de kwalificatie van de tussen partijen gesloten overeenkomst, zodat het door Diosynth aangeboden bewijs niet tot beslissing van de zaak kan leiden, heeft zij van een onjuiste rechtsopvatting blijk gegeven. *Wanneer immers beide partijen*, zoals Diosynth in hoger beroep gemotiveerd heeft gesteld, bij het aangaan van de tussen hen gesloten acquisitie-overeenkomst *hebben beoogd dat deze als een overeenkomst van opdracht en niet als een arbeidsovereenkomst diende te worden aangemerkt, is dat van belang - zij het niet zonder meer beslissend - voor de tussen partijen betwiste kwalificatievraag.*’ [cursivering ARH]

Deze overweging is moeilijk anders uit te leggen dan dat de beoogde kwalificatie (overeenkomst van opdracht) van belang is bij de *kwalificatievraag* van de (arbeids)overeenkomst.

Ten tweede het arrest *Beurspromovendi*.^[14] De rechtbank overwoog (r.o. 7): ‘De rechtbank stelt, voordat zij voormelde vraag beantwoordt, nog voorop dat aan partijen een zekere vrijheid toekomt om hun rechtsverhouding in te richten en dat in die zin rekening moet worden gehouden met de kwalificatie die partijen aan hun overeenkomst hebben gegeven en met de bedoelingen van partijen (...).’ Bij de Hoge Raad wordt als volgt geklaagd:

‘4.3.2 De klachten van onderdeel 2 en 2.1 komen erop neer dat de rechtbank bij de beantwoording van voormelde vraag in weerwil van die vooropstelling ten onrechte geen rekening heeft gehouden met hetgeen partijen bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stond *en met de kwalificatie die zij zelf aan hun overeenkomst hebben gegeven.*’ [cursivering ARH]

De Hoge Raad oordeelt:

‘*Het bestreden vonnis bevat niets dat erop wijst dat de rechtbank*, in weerwil van hetgeen zij in rov. 7 van haar vonnis heeft vooropgesteld, *uit het oog zou hebben verloren dat bij de beantwoording van meergenoemde vraag betekenis toekomt aan hetgeen partijen bij het*

sluiten van hun overeenkomst voor ogen stond en *aan de benaming die zij aan die overeenkomst hebben gegeven*. De onderdelen 2 en 2.1 treffen derhalve geen doel.’ [cursivering ARH]

Kortom, kennelijk deed de door partijen beoogde kwalificatie ertoe, zij het niet beslissend.

Een meer recent voorbeeld is *B/Notarissen*.^[15] De Hoge Raad vangt daarin aan met de *Groen/Schoevers*-formule (r.o. 3.3.3). In r.o. 3.4.3 vervolgt hij met:

‘Voor zover het middel betoogt dat de aard en de wettelijke regeling van het ambt van notaris geen andere conclusie toelaten dan dat de wil van partijen niet was gericht op het sluiten van arbeidsovereenkomsten, faalt het eveneens. Uit het hiervoor in 3.3.3 overwogene volgt *dat geen doorslaggevende betekenis toekomt aan de wil van partijen ten aanzien van de juridische kwalificatie van hun overeenkomst*, maar dat de werkelijk bestaande wederzijdse rechten en verplichtingen beslissend zijn, zo nodig ook die welke eerst blijken bij de uitvoering van de overeenkomst.’ [cursivering ARH]

Het feit dat wordt gesproken van ‘geen *doorslaggevende* betekenis’ betekent dat kennelijk wel ‘enige betekenis’ aan de kwalificatie toekwam.

Met andere woorden, de Hoge Raad hanteerde zelf ook niet altijd een even scherp onderscheid in uitlegfase en kwalificatiefase. Dus of de rechtspraak dit verkeerd heeft afgeleid uit *Groen/Schoevers*... komt wellicht mede door wat ‘ruis’ op lijn van de zender. ^[16]

5. Semantiek of koerswijziging?

De partijbedoeling speelt geen rol bij de kwalificatie, maar wel bij de daaraan voorafgaande vraag welke rechten en verplichtingen partijen zijn overeengekomen. Betekent dit niet dat we voortaan nog meer dan voorheen de nadruk leggen op ‘wat partijen beoogden overeen te komen aan rechten en verplichtingen’ *opdat* in de kwalificatiefase er een bepaalde gewenste uitkomst ontstaat? En als het antwoord ‘ja’ luidt, dan is er in die zin toch niet veel nieuws onder de zon? Althans, de uitkomst is en blijft hetzelfde. In de onderhavige *X/Gemeente Amsterdam*-zaak zien we in r.o. 3.2.4 de zure Pyrrusoverwinning van ‘X’, want hoewel de klacht slaagt, leidt dit niet tot cassatie. Waarom niet? Omdat uit de ‘uitlegfase’ blijkt dat partijen *geen loon* zijn overeengekomen (zie ook hierin de gelijkenis met *Groen/Schoevers* waar het eveneens stuk liep op het loon-element):

‘De re-integratievoorzieningen onder de IOAW zijn deels vastgelegd in de Participatiewet (de opvolger van de WWB). Uit de wetsgeschiedenis van de Participatiewet volgt dat de stimuleringspremie is bedoeld als beloning voor de inspanningen die uitkeringsgerechtigden plegen om hun kansen op de arbeidsmarkt te vergroten. Die inspanningen kunnen bijvoorbeeld bestaan in het volgen van scholing, leerwerktrajecten, taalcursussen, een sollicitatiecursus of het verrichten van arbeid op een participatieplaats. De stimuleringspremie is dus naar de bedoeling van de wetgever niet aan te merken als beloning voor verrichte arbeid. Gelet op het doel van de stimuleringspremie in het algemeen en bij gebreke van

omstandigheden die erop wijzen dat in dit geval de stimuleringspremie aan [betrokkene] is betaald als beloning voor haar werkzaamheden, geeft het oordeel van het hof dat de stimuleringspremie die [betrokkene] heeft ontvangen, niet is te beschouwen als loon in de zin van art. 7:610 lid 1 BW, geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting.'

Ik kan mij zelfs voorstellen dat in een procedure als deze de gemeente Amsterdam zou kunnen poneren dat uit alles blijkt dat een uitkeringsgerechtigde geen *arbeid* verricht in de zin van artikel 7:610 BW. In navolging van het *Logidex-arrest*[17] (arbeidsovereenkomst of stageovereenkomst?) kan dan worden betoogd dat het doel van participatiewerk is gelegen in 're-integratie' en niet een bijdrage te leveren aan het primaire doel van de onderneming. Voor het antwoord op de vraag of partijen *arbeid* zijn overeengekomen, is volgens de Hoge Raad van belang of de werkzaamheden van – in dat geval – de stagiair *naar de bedoeling van partijen* zozeer zijn gericht op het uitbreiden van eigen kennis en ervaring van de stagiair, zulks mede met het oog op de voltooiing van zijn opleiding, dat van een overeenkomst waarbij de ene partij zich verbindt voor de andere arbeid te verrichten niet kan worden gesproken. Daaruit volgt dat het erop aankomt of het verrichten van de werkzaamheden van de stagiair in overwegende mate in het belang is van de opleiding die deze volgt.

Gaan we iets verder terug in de tijd dan is *Van de Male/Den Hoedt*[18] een mooi voorbeeld. Hier hebben we toch de 'werkelijke partijbedoeling' nodig om door de arbeidsovereenkomst-alimentatieconstructie heen te prikken? Nee, ook *Van de Male/Den Hoedt* lossen we op in de 'uitlegfase'. De Hoge Raad overwoog immers in r.o. 3.4:

'In dit geval moet ervan worden uitgegaan, zoals het Hof ook heeft vastgesteld, dat partijen nooit de bedoeling hebben gehad aan de schriftelijke overeenkomst uitvoering te geven in dier voege dat [verweerster] werkzaamheden zou gaan verrichten voor [eiseres] en staat eveneens vast dat [verweerster] nimmer werkzaamheden heeft verricht. De overeenkomst had klaarblijkelijk geen andere strekking dan aan [verweerster] een bijdrage in de kosten van haar levensonderhoud te verschaffen [*uitlegfase*]. Derhalve bevat de tussen partijen gesloten overeenkomst niet de verplichting tot het verrichten van arbeid en behelst zij evenmin het element van de gezagsverhouding, zodat de overeenkomst niet als een arbeidsovereenkomst kan worden getypeerd [*kwalificatiefase*].' [cursivering ARH]

De uitspraken laten zien dat de partijbedoeling prima in de *Haviltex*-fase tot eenzelfde uitkomst leidt. Volgens mij is daarmee eerder sprake van een nuance of noem het zelfs semantiek (bedoeling speelt nog steeds een rol, maar in de 'voelvraagfase' (*Haviltex*)), dan van een wezenlijke koerswijziging.

6. Holistische toets blijft

Kunnen we uit *X/Gemeente Amsterdam* afleiden dat de holistische toets wel verloren is gegaan, nu de Hoge Raad toch uitdrukkelijk verwijst naar enkel artikel 7:610 BW? Oftewel, is de binaire benadering van de vier elementen doorslaggevend(er)? Ik lees dat niet in het arrest van 6 november 2020. De vraag waarop antwoord is gegeven had louter betrekking op de rol van de partijbedoeling (zie r.o. 3.2.1). Ik geef toe dat de standaardoverweging van de Hoge

Raad 'dat niet één enkel kenmerk beslissend is, maar dat de verschillende rechtsgevolgen die partijen aan hun verhouding hebben verbonden in hun onderling verband moeten worden bezien.', in zijn arrest van vrijdag ontbreekt. Maar eigenlijk ontbreekt de gehele standaardoverweging 'hoe een overeenkomst te kwalificeren als een arbeidsovereenkomst'. In het *B/Notarissen*-arrest nog overwoog de Hoge Raad uitdrukkelijk dat van een gescheiden toetsing geen sprake kan en mag zijn.

'3.5.2. Voor de procedure na verwijzing verdient nog het volgende opmerking. Het Hof heeft weliswaar in onderdeel 4.4 van zijn uitspraak als vaststaand aangenomen dat is voldaan aan 'twee van de drie voorwaarden voor het bestaan van een privaatrechtelijke dienstbetrekking', maar een dergelijke gescheiden beoordeling van verschillende elementen van een begripsomschrijving verdraagt zich niet met de hiervoor in 3.3.3 gegeven maatstaf voor de beoordeling of sprake is van een arbeidsovereenkomst (vgl. HR 11 februari 2011, nr. 09/01062, LJN BO9673, RvdW 2011/249). Het verwijzingshof zal derhalve ook (de aard van) de dienstverrichting en de wijze waarop de beloning voor die dienstverrichting is vormgegeven (nader) in zijn oordeel dienen te betrekken.'

Vatten we de rechtspraak van de Hoge Raad sinds *Groen/Schoevers* op dit punt samen, dan ontstaat het beeld dat je uit alle feiten en omstandigheden in onderling verband bezien, mede in acht genomen de kennelijke bedoeling van partijen die mede blijken uit de feitelijke gedragingen over en weer in de uitvoering van de overeenkomst, mag identificeren welke afspraken partijen zijn overeengekomen. Die holistische weging van de afspraken moet vervolgens getoetst worden aan artikel 7:610 BW. En ja, artikel 7:610 BW is niet holistisch, maar de invulling van de elementen van artikel 7:610 BW wel.

7.November Rain

November is een maand van reuring. Er gebeurt wat. Presidentsverkiezingen, Lockdown-maatregelen, Feyenoord speelt nog steeds Europees voetbal. In het arbeidsrecht staat *november* voor belangrijke uitspraken van de Hoge Raad (*Groen/Schoever*, *Van de Grijp/Stam*, *Xella* en nu die *Amsterdammer*).

De vaststelling dat we het kennelijk al ruim 23 jaar 'fout doen', is eigenlijk goed nieuws. Want hoewel we het fout doen, doen we het 'onbewust' ook goed. We benoemen steeds welke omstandigheden tot de conclusie moeten leiden dat er geen arbeidsovereenkomst is. Bij die benoeming van omstandigheden leggen we de overeenkomst uit, geven we aan de hand van *Haviltex* invulling aan de overeenkomst en leert de Hoge Raad ons ruim 23 jaar dat we daarbij de feitelijke uitvoering mogen betrekken om de 'werkelijke partijbedoeling' vast te stellen.[19]

Met deze constatering is de fundamentele kritiek op de rol van de partijbedoeling (zij het nu dan in de *Haviltex*-fase) nog steeds actueel.[20] Wel is het gevolg dat 'de partijbedoeling' als zelfstandig element in de kwalificatiefase geen rol speelt, dat de dominantie van de partijbedoeling in de rechtspraktijk (ook in de *Haviltex*-fase) afneemt. Althans, dat is mijn inschatting. Met name feitenrechtters zullen deze uitspraak toch opvatten als een correctie op *Groen/Schoevers* en de partijbedoeling minder belangrijk achten.

De verdere terugdringing van de partijbedoeling bij de vraag of sprake is van een arbeidsovereenkomst, vindt inmiddels ook gehoor bij het kabinet. In zijn reactie op de rapporten van de commissie-Borstlap en de WRR antwoordt het kabinet:

'Tegelijkertijd wijst het kabinet er wel op dat de werkende ook met de voorstellen van de Commissie op voorhand nooit 100% zekerheid zal hebben over de aard van de arbeidsrelatie; de kwalificatie van de arbeidsrelatie zal immers – als de werkzaamheden al gestart zijn – aan de hand van feiten en omstandigheden moeten worden vastgesteld.' [21]

8. Storm (in een glas water)?

Is *X/Gemeente Amsterdam* een November Rain of een storm in een glas water? Ik neig naar het laatste dat het eerste gaat inluiden. Immers, de Hoge Raad 'can only do so much'. Voor de echt fundamentele veranderingen in het arbeidsrecht en op de arbeidsmarkt is herziening van niet alleen *Groen/Schoevers*, maar ons hele stelsel nodig. Dat doe je niet met een paar rechters op een vrijdagochtend in Den Haag, maar dat gaat via de daarvoor democratisch aangestelde vertegenwoordiging en reflectie vanuit de senaat. In die zin verwoordt het kabinet het (aloude) spanningsveld treffend:

'De analyse en aanbevelingen van de Commissie leggen de spanning bloot tussen het waarborgen van bescherming en een duurzaam sociaalzekerheidsstelsel enerzijds en het bieden van keuzevrijheid anderzijds. Waar de Commissie enerzijds constateert dat de maatschappelijke roep om keuzevrijheid is toegenomen, beveelt de Commissie tegelijkertijd – vanuit het waarborgen van een duurzaam houdbaar stelsel – aan om, voor de vraag of werk als werknemer of zelfstandige wordt verricht, de bedoeling van partijen (willen werkende en werkgevende dat er werknemerschap ontstaat, of niet?) niet mee te laten wegen. (...) Tegelijkertijd onderkent het kabinet dat verdere politieke stappen nodig zijn om keuzes te maken binnen de inherente afruilen tussen de uitgangspunten van adequate bescherming, een houdbaar stelsel en keuzevrijheid, uiteraard binnen de ruimte die het Europese recht biedt.'

Kortom, de politiek is aan zet. En wellicht dat wij als professionals de politiek een beetje kunnen helpen door gedegen input te leveren hoe zo'n modern arbeidsrecht eruit zou kunnen komen te zien. Vaan, VvA, VJAA en Levenbach (om maar een paar verenigingen te noemen) zouden de armen ineen kunnen slaan en met gecombineerde denkkraft een Wetboek van Werk of Regulering van Arbeid kunnen helpen doordenken.

Het is immers moeilijk de huidige kwalificatiebenadering te blijven verdedigen waarin semantiek en juristerij de boventoon voeren, als de arbeidsmarkt in een toenemende (Corona)storm belandt. Een keer is de houdbaarheid van de huidige 610-benadering verstreken en zijn beschermingsarrangementen die recht doen aan de pluriformiteit van werkverhoudingen en autonomie van mensen *the way forward*, 'cause....

Nothin' lasts forever

And we both know hearts can change

And it's hard to hold a candle

In the cold November rain

[1] HR 8 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1734.

[2] Een voorbeeld uit vele: www.nu.nl/economie/6088915/uitspraak-van-hoge-raad-kan-bom-leggen-onder-het-werk-van-schijn-zzpers.html.

[3] ECLI:NL:PHR:2020:698.

[4] Vgl. ook HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2034, JAR 2020/52, m.nt. Verhulp.

[5] HR 14 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2495 (*Groen/Schoevers*).

[6] Asser/Heerma van Voss 7-V 2012/27.

[7] Van der Grinten 2018, p. 9.

[8] A.R. Houweling (red.), *Loonstra&Zondag. Arbeidsrechtelijke themata*, Den Haag: Boom juridisch 2020.

[9] E. Verhulp, 'Een arbeidsovereenkomst? Dat maak ik zelf wel uit!', *SR* 2005-3, p. 91. Zie hierover ook J.J.M. de Laat, 'Overeenkomst van opdracht of arbeidsovereenkomst? Over partijbedoeling, gezagsverhouding en maatschappelijke positie', *ArA* 2007/1, p. 47.

[10] A.R. Houweling en C.J. Loonstra, 'Toenemende verprivatisering van het arbeidsrecht?', *TAP* 2011-5, p. 172.

[11] Zie E. Verhulp, 'Het definiëren van de arbeidsovereenkomst', in: L. Holtus (red.), *Deining, Liber amicorum mr. dr. J.J.M. de Laat*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2019, p. 256.

[12] Aardig blijft dat in *Huize Bethesda* de Hoge Raad dit overwoog: 'Met betrekking tot onderdeel 5.6 verdient nog opmerking dat, anders dan het onderdeel aanneemt, er geen rechtsregel bestaat dat voor de vraag of sprake is van loon steeds dient te worden onderzocht of de wijze waarop partijen de tegenprestatie voor de arbeid in hun overeenkomst en feitelijk vorm hebben gegeven, strookt met hetgeen bij een arbeidsovereenkomst gebruikelijk is.' (HR 12 oktober 2001, *JAR* 2001/217 (*Huize Bethesda/Van der Vlies*)).

[13] HR 10 december 2004, *JAR* 2005/15 (*Diosynth/Groot*).

[14] HR 14 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9722 (*Beurspromovendi*).

[15] HR 17 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU8926.

[16] Zie voor een mooie analyse van de partijbedoeling: P.J. Mauser, 'Het belang van de

partijbedoeling bij de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst', *ArbeidsRecht* 2019-45.

[17] HR 9 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3019, *NJ* 2016/276, m.nt. Houweling.

[18] HR 10 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF9444, *JAR* 2003/263.

[19] Zie HR 10 december 2004, *JAR* 2005/15 (*Diosynth/Groot*) en *Van Houdt/BBO*.

[20] Zie Loonstra in *25 jaar Jar*, p. 68-70.

[21] Brief 11 november 2020, De Kabinetsreactie op de Commissie Regulering van Werk en het WRR-rapport 'Het Beter Werk', p. 11-12.

RECHTSPRAAK

Voor de vraag of een overeenkomst moet worden aangemerkt als een arbeidsovereenkomst speelt, anders dan uit het arrest Groen/Schoevers is afgeleid, de daadwerkelijke bedoeling van partijen geen rol.

Feiten

Werkneemster is sinds 1 november 2009 werkloos. Zij ontvangt vanaf 1 december 2012 van de gemeente Amsterdam een uitkering ingevolge de Wet inkomensvoorziening oudere en gedeeltelijk arbeidsongeschikte werkloze werknemers (hierna: IAOW). Bij besluit van 31 januari 2014 heeft het college van B&W bepaald dat werkneemster gaat deelnemen aan het traject 'Participatieplaatsen', uitgevoerd door een re-integratiebedrijf dat onderdeel is van de toenmalige Dienst Werk en Inkomen (DWI) van de gemeente. In april 2014 hebben werkneemster, Stadsdeel Centrum en het re-integratiebedrijf namens de gemeente een 'Plaatsingsovereenkomst Participatieplaatsen in het kader van de Wet werk en bijstand (WWB)' (hierna: de plaatsingsovereenkomst) getekend. Werkneemster heeft van 11 april 2014 tot en met 11 oktober 2014 werkzaamheden verricht bij de interne servicedesk van Stadsdeel Centrum met behoud van haar IOAW-uitkering. In een e-mail van 7 oktober 2014 heeft werkneemster aan haar klantmanager bij DWI geschreven dat haar wens naar een betaalde baan uitging. Bij besluit van 8 oktober 2014 heeft het college aan werkneemster een premie van € 231,20 toegekend, omdat zij voldoende had meegewerkt aan het participatietraject. Op 17 oktober 2014 zijn werkneemster, het re-integratiebedrijf en Stadsdeel Centrum met ingang van 12 oktober 2014 een tweede plaatsingsovereenkomst aangegaan onder dezelfde voorwaarden als de eerste plaatsingsovereenkomst. Bij e-mail van 12 december 2014 heeft werkneemster wederom haar wens uitgesproken door de gemeente (tijdelijk) in dienst te worden genomen. Werkneemster heeft in februari en maart 2015 verdere pogingen gedaan om te komen tot een (tijdelijk) contract met de gemeente. Dat heeft geen gevolg gekregen. Bij besluit van 1 juni 2015 heeft het college opnieuw een premie van € 233,90 toegekend aan werkneemster. In dit geding vordert werkneemster een verklaring voor recht dat zij in de periode van 11 april 2014 tot 11 april 2015 bij de gemeente werkzaam is geweest op basis van een arbeidsovereenkomst als bedoeld in artikel 7:610 BW en dat zij daarom recht heeft op betaling van het voor de functie van servicedeskmedewerker geldende loon met toebehoren als bedoeld in artikel 7:617 BW. Verder vordert werkneemster onder meer dat de gemeente wordt veroordeeld tot betaling van € 31.372,64 bruto aan achterstallig loon. De kantonrechter heeft de vorderingen afgewezen.

Oordeel van het hof

Het hof heeft het vonnis van de kantonrechter bekrachtigd. Uit de wetsgeschiedenis van de WWB leidt het hof af dat de regering met het wetsvoorstel de mogelijke angst van gemeenten dat de rechter zal oordelen dat een arbeidsovereenkomst aan de orde is, wilde wegnemen door gemeenten meer zekerheid te geven dat uitkeringsgerechtigden onder bepaalde voorwaarden gedurende langere perioden werkzaamheden kunnen verrichten met behoud van uitkering. Hieruit is ondubbelzinnig af te leiden dat de wetgever niet heeft bedoeld een participatieplaats als een arbeidsovereenkomst aan te merken. Tevens kan niet worden geconcludeerd dat het ten tijde van de plaatsing van werkneemster in het participatietraject de bedoeling van partijen is geweest om een arbeidsovereenkomst aan te gaan. In de plaatsingsovereenkomsten tussen partijen is overeengekomen dat werkneemster tijdens de plaatsingsperiode bij het UWV als werkzoekende ingeschreven zou blijven en dat de overeenkomsten zouden worden beëindigd in geval van het aanvaarden van regulier werk. Voorts heeft te gelden dat werkneemster geen loon voor de door haar verrichte werkzaamheden heeft ontvangen. De IOAW-uitkering van werkneemster en de aan werkneemster na afloop van de plaatsingsovereenkomsten op grond van de Participatiewet dan wel de WWB toegekende premies kunnen niet als zodanig worden aangemerkt. De slotsom is dat werkneemster haar werkzaamheden niet in het kader van een arbeidsovereenkomst als bedoeld in artikel 7:610 BW heeft verricht.

Oordeel van de Hoge Raad

Overeenkomstige werkzaamheden flexwerkers

Allereerst richt werkneemster zich op het oordeel van het hof dat haar plaatsingstraject door de gemeente is vormgegeven overeenkomstig de bedoeling van de wetgever en dat de gemeente met de voor werkneemster getroffen voorziening in grote lijnen heeft voldaan aan de doelstelling van die voorziening. Werkneemster klaagt onder meer dat het hof hiermee de aard en de doelstelling van die voorziening heeft miskend, aangezien het niet de bedoeling is dat iemand op een participatieplaats exact dezelfde werkzaamheden als zijn of haar collega's verricht. Werkneemster betoogt in dit verband onder meer dat het hof niet is ingegaan op de stelling van werkneemster dat haar werkzaamheden in niets verschilden van die van haar 'flex-collega's' (uitzendkrachten) die regulier werden betaald. Deze klacht faalt. Werkneemster heeft meermaals aangevoerd dat zij exact dezelfde werkzaamheden verrichtte als haar betaalde collega's in de functie van servicedeskmedewerker, maar zij heeft tot aan de comparitie in eerste aanleg geen onderscheid gemaakt tussen de werkzaamheden van vaste medewerkers en die van uitzendkrachten. Bij memorie van grieven heeft werkneemster dit wederom op deze wijze betoogd. Bij deze stand van zaken behoefde het hof niet afzonderlijk in te gaan op de vraag of werkneemster dezelfde werkzaamheden heeft verricht als haar 'flex-collega's' die als servicedeskmedewerker werkten.

Kwalificatievraag

Vervolgens stelt werkneemster onder meer dat het oordeel van het hof dat tussen partijen

geen arbeidsovereenkomst heeft bestaan, blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting voor zover dat oordeel erop berust dat de bedoeling van partijen niet was gericht op het sluiten van een arbeidsovereenkomst. De Hoge Raad overweegt dat niet van belang is of partijen ook daadwerkelijk de bedoeling hadden de overeenkomst onder de wettelijke regeling van de arbeidsovereenkomst ex artikel 7:610 BW te laten vallen. Waar het om gaat, is of de overeengekomen rechten en verplichtingen voldoen aan de wettelijke omschrijving van de arbeidsovereenkomst. Anders dan uit het arrest *Groen/Schoevers* wel is afgeleid, speelt de bedoeling van partijen dus geen rol bij de vraag of de overeenkomst moet worden aangemerkt als een arbeidsovereenkomst. De kwalificatie van een overeenkomst moet worden onderscheiden van de – daaraan voorafgaande – vraag welke rechten en verplichtingen partijen zijn overeengekomen. Die vraag dient te worden beantwoord aan de hand van de *Haviltex*-maatstaf. Nadat de rechter met behulp van die maatstaf de overeengekomen rechten en verplichtingen heeft vastgesteld (uitleg), kan hij beoordelen of die overeenkomst de kenmerken heeft van een arbeidsovereenkomst (kwalificatie). Uit het hiervoor overwogene volgt dat het oordeel van het hof getuigt van een onjuiste rechtsopvatting voor zover het hof voor de kwalificatie van de overeenkomst mede van belang heeft geacht of partijen de bedoeling hebben gehad een arbeidsovereenkomst aan te gaan. De klacht is in zoverre gegrond. Dit kan echter niet tot cassatie leiden. Het hof heeft immers ook beoordeeld of uit de door partijen overeengekomen wederzijdse rechten en verplichtingen volgt dat de tussen hen gesloten overeenkomst de kenmerken heeft van een arbeidsovereenkomst, en die vraag ontkennend beantwoord.

Loon

Tot slot keert werkneemster zich onder meer tegen het oordeel van het hof dat werkneemster geen loon voor de door haar verrichte werkzaamheden heeft ontvangen en dat de aan haar na afloop van de plaatsingsovereenkomsten op grond van de Participatiewet dan wel de WWB toegekende premies niet als loon kunnen worden aangemerkt. De re-integratievoorzieningen onder de IOAW zijn deels vastgelegd in de Participatiewet. Uit de wetsgeschiedenis van de Participatiewet volgt dat de stimuleringspremie is bedoeld als beloning voor de inspanningen die uitkeringsgerechtigden plegen om hun kansen op de arbeidsmarkt te vergroten. De stimuleringspremie is dus naar de bedoeling van de wetgever niet aan te merken als beloning voor verrichte arbeid. Gelet op het doel van de stimuleringspremie in het algemeen en bij gebreke van omstandigheden die erop wijzen dat in dit geval de stimuleringspremie aan werkneemster is betaald als beloning voor haar werkzaamheden, geeft het oordeel van het hof dat de stimuleringspremie die werkneemster heeft ontvangen, niet is te beschouwen als loon in de zin van artikel 7:610 lid 1 BW, geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Het is in het licht van de gedingstukken ook niet onbegrijpelijk. De Hoge Raad verwerpt het beroep en veroordeelt werkneemster in de kosten van het geding in cassatie.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 06-11-2020

ECLI: ECLI:NL:HR:2020:1746

Zaaknummer: 19/03369

Rechters: C.A. Streefkerk, G. Snijders, M.J. Kroeze, C.H. Sieburgh en H.M. Wattendorff

Advocaten: H.J.W. Alt en K. Teuben

Wetsartikelen: 7:610 BW en 7:617 BW

RECHTSPRAAK

De bepaling in de CAO-VO dat vakantieverlof buiten de zomervakantie niet wordt gecompenseerd in geval van samenloop met het zwangerschaps- en bevallingsverlof, maakt een direct en ongerechtvaardigd onderscheid tussen mannelijke en vrouwelijke werknemers.

Feiten

Werkneemster is in 2015 bij het Rijnlands Lyceum in dienst getreden. Zij is voltijds werkzaam als docent. Werkneemster verricht haar werkzaamheden aan de International School of The Hague. Op haar arbeidsovereenkomst is de CAO-VO van toepassing. De CAO-VO 2016-2017 en de CAO-VO 2018-2019 bevatten een artikel over vakantieverlof (art. 15.1 CAO-VO 2016-2017 en art. 14.1 CAO-VO 2018-2019). Beide cao's zijn niet algemeen verbindend verklaard. Lid 1 van deze artikelen vermeldt onder meer dat werkneemster gedurende de schoolvakanties recht heeft op vijf extra vakantiedagen en buiten de schoolvakanties geen vakantieverlof geniet. Lid 7 van deze artikelen bepaalt onder meer dat zwangerschaps- en bevallingsverlof niet wordt gecompenseerd in geval van samenloop met voornoemde vijf extra vakantiedagen en andere schoolvakanties dan de zomervakantie. Werkneemster heeft in de periode van 1 mei 2018 tot en met 8 oktober 2018 zwangerschaps- en bevallingsverlof genoten. Deze periode van zwangerschaps- en bevallingsverlof overlapt negen dagen met de meivakantie. Werkneemster heeft het Rijnlands Lyceum in 2018 verzocht haar in de gelegenheid te stellen de negen vakantiedagen van de meivakantie die samenvielen met haar zwangerschaps- en bevallingsverlof alsnog te mogen genieten. Het Rijnlands Lyceum heeft geweigerd deze vakantiedagen te compenseren. Naast haar zwangerschaps- en bevallingsverlof heeft werkneemster in kalenderjaar 2018 in totaal 45 dagen vakantieverlof genoten als de voornoemde negen vakantiedagen niet worden gecompenseerd. In deze procedure vordert werkneemster onder meer dat de kantonrechter het Rijnlands Lyceum veroordeelt tot toekenning van de vakantieaanspraken in de periode van 30 april 2018 tot en met 11 mei 2018, die werkneemster door haar zwangerschaps- en bevallingsverlof niet heeft kunnen genieten.

Prejudiciële vragen van de kantonrechter

De kantonrechter overweegt dat een identieke vraag reeds aan de orde is geweest in een uitspraak van de kantonrechter van de Rechtbank Midden-Nederland (ECLI:NL:RBMNE:2019:6288). Daarin is geoordeeld dat het niet compenseren van zwangerschaps- en bevallingsverlof gedurende andere vakanties dan de zomervakantie leidt tot ongeoorloofd onderscheid op grond van geslacht. Hoewel de kantonrechter deze uitspraak

op voorhand juist acht, ziet hij aanleiding de volgende prejudiciële vragen aan de Hoge Raad te stellen alvorens een eindvonnis te wijzen:

1. Zijn de artikelen 15.1 lid 7 CAO-VO 2016-2017 en 14.1 lid 7 CAO-VO 2018-2019 in strijd met art. 7:646 lid 1 BW en/of art. 5 lid 1 sub e Awgb, en daarmee nietig? Of valt lid 7 van de artikelen 15.1 CAO-VO 2016-2017 en 14.1 CAO-VO 2018-2019 onder de uitzondering van art. 7:646 lid 3 BW en dient dat artikellid te worden aangemerkt als beding dat betrekking heeft op de bescherming van de vrouw, met name in verband met zwangerschap of moederschap?
2. Maakt het voor de beantwoording van voornoemde vraag nog verschil of lid 1 van de artikelen 15.1 CAO-VO 2016-2017 en 14.1 CAO-VO 2018-2019 zo wordt uitgelegd dat: (1) de werknemer een recht op (een aantal dagen) vakantieverlof wordt toegekend in de omvang als daar verwoord, of (2) dit artikellid slechts regelt wanneer de werknemer het wettelijke minimum aan vakantiedagen moet opnemen, omdat de CAO-VO 2016-2017 en CAO-VO 2018-2019 geen vakantiedagen boven dat wettelijk minimum toekennen?

Komt in dit verband nog betekenis toe aan het arrest van uw Raad van 9 augustus 2002 (ECLI:NL:HR:2002:AE2183 (Dekker/ROC I)) waarin uw Raad heeft geoordeeld dat art. I-C2 lid 1 van het Rechtspositiebesluit Onderwijspersoneel (RpbO; inmiddels lid 1 van artikelen 15.1 CAO-VO 2016-2017 en 14.1 CAO-VO 2018-2019) niet voorziet in de toekenning van een bepaald aantal vakantiedagen of in de mogelijkheid van opbouw van vakantiedagen?

3. Zijn de artikelen 15.1 lid 7 CAO-VO 2016-2017 en 14.1 lid 7 CAO-VO 2018-2019 tevens in strijd met art. 3:4 Wet arbeid en zorg (WAZO) en/of art. 7:636 BW?

Beantwoording door de Hoge Raad

De eerste en tweede prejudiciële vraag

Lid 7 van artikel 15.1 CAO-VO 2016-2017 en artikel 14.1 CAO-VO 2018-2019 brengt mee dat de vrouwelijke werknemer in beginsel het vakantieverlof verliest dat valt in andere schoolvakanties dan de zomervakantie, voor zover het door haar genoten zwangerschaps- en bevallingsverlof in zo'n andere schoolvakantie valt. Dat speelt niet bij mannelijke werknemers. Genoemd lid 7 heeft dus tot gevolg dat vrouwen minder gunstig worden behandeld ter zake van hun arbeidsvoorwaarden dan mannen. Uit het *Gómez*-arrest volgt dat een dergelijke bepaling onder meer in strijd is met de Gelijkebehandelingsrichtlijn. De bepaling is eveneens in strijd met artikel 7:646 lid 1 BW en artikel 5 lid 1 aanhef en onder e Awgb, welke wetsartikelen een implementatie vormen van de Gelijkebehandelingsrichtlijn. Door de bepaling dat vakantieverlof buiten de zomervakantie niet wordt gecompenseerd in geval van samenloop met het zwangerschaps- en bevallingsverlof, wordt een direct onderscheid gemaakt tussen mannelijke en vrouwelijke werknemers. Dit directe onderscheid valt niet onder de uitzondering van artikel 7:646 lid 3 BW. De samenloopbepaling heeft immers geen betrekking op de bescherming van de vrouw in verband met zwangerschap of moederschap. Zij houdt juist een beperking daarvan in, nu de vrouw die in andere vakantieperiodes dan de zomervakantie met zwangerschaps- of bevallingsverlof is, het recht op vakantieverlof in die

andere periodes verliest. Derhalve zijn artikel 15.1 lid 7 CAO-VO 2016-2017 en artikel 14.1 lid 7 CAO-VO 2018-2019 in strijd met artikel 7:646 lid 1 BW en met artikel 5 lid 1 aanhef en onder e Awgb en daarom nietig.

Het bovenstaande geldt niet alleen als lid 1 van artikel 15.1 CAO-VO 2016-2017 en artikel 14.1 CAO-VO 2018-2019 moet worden uitgelegd in die zin dat een werknemer een recht op een aantal dagen vakantieverlof wordt toegekend in de omvang als daar verwoord, maar ook als dit artikellid slechts regelt wanneer een werknemer het wettelijke minimum aan vakantiedagen moet opnemen. Ook in dat laatste geval brengt een samenvallen van het zwangerschaps- en bevallingsverlof met een vastgestelde schoolvakantieperiode anders dan de zomervakantie met zich dat de desbetreffende werkneemster in een materieel ongelijke positie komt te verkeren ten opzichte van een mannelijke werknemer. Voor zover in de schoolvakantieperiodes niet-lesgebonden werkzaamheden moeten worden verricht, heeft een werkneemster door de samenloop met zwangerschaps- en bevallingsverlof dat niet gecompenseerd wordt, immers minder keuzevrijheid voor het inplannen van die werkzaamheden, hetgeen een materiële ongelijkheid oplevert als bedoeld in het *Gómez*-arrest. En voor zover in de schoolvakantieperiodes geen niet-lesgebonden werkzaamheden behoeven te worden verricht, komt een samenloop van zwangerschaps- en bevallingsverlof met niet-gecompenseerde vakantieperiodes erop neer dat de werkneemster minder regulier (bovenwettelijk) vakantieverlof geniet dan een mannelijke werknemer. Voor beantwoording van de eerste prejudiciële vraag maakt het dus geen verschil welke van de twee in die vraag genoemde uitlegmogelijkheden van lid 1 moet worden gevolgd. In beide gevallen is sprake van verboden onderscheid op grond van geslacht. In dit verband komt geen betekenis meer toe aan het arrest HR 9 augustus 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE2183 (*Dekker/ROC I*), omdat het huidige lid 1 van artikel 15.1 CAO-VO 2016-2017 en artikel 14.1 CAO-VO 2018-2019 op essentiële punten afwijkt van de in genoemd arrest centraal staande bepaling van artikel I-C2 lid 1 van het Rechtspositiebesluit Onderwijspersoneel.

De derde prejudiciële vraag

Artikel 3:4 Wazo sluit aan bij de formulering van artikel 7:636 lid 2 BW en bepaalt dat dagen of gedeelten van dagen waarop de werkneemster haar arbeid niet verricht wegens (onder meer) zwangerschaps- of bevallingsverlof niet kunnen worden aangemerkt als vakantie. In de memorie van toelichting bij de Wazo is ten aanzien van deze bepaling toegelicht dat in artikel 3:4 expliciet wordt aangegeven dat het verlof voor zwangerschap, bevalling of adoptie niet kan worden gecompenseerd met vakantie-aanspraken. Uit artikel 7:636 lid 1 BW en artikel 3:4 Wazo en de hiervoor geciteerde toelichting blijkt dat bij samenloop van een periode van zwangerschaps- en bevallingsverlof met een collectief vastgestelde vakantieperiode, compensatie van de aanspraken op vakantieverlof met het zwangerschaps- en bevallingsverlof niet is toegestaan. Indien lid 1 van artikel 15.1 CAO-VO 2016-2017 en artikel 14.1 CAO-VO 2018-2019 aldus moet worden uitgelegd dat de werknemer een recht op een aantal dagen vakantieverlof wordt toegekend in de omvang als daar verwoord, is lid 7 van deze artikelen dan ook in strijd met artikel 7:636 BW en artikel 3:4 Wazo. Indien lid 1 van artikel 15.1 CAO-VO 2016-2017 en artikel 14.1 CAO-VO 2018-2019 zo moet worden uitgelegd dat dit artikellid

slechts regelt wanneer de werknemer het wettelijke minimum aan vakantiedagen moet opnemen, en die bepalingen dus geen aanspraak op vakantieverlof boven dat wettelijk minimum toekennen, is lid 7 van deze artikelen niet in strijd met artikel 7:636 BW en artikel 3:4 Wazo.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 06-11-2020

ECLI: ECLI:NL:HR:2020:1748

Zaaknummer: 20/01531

Rechters: C.A. Streefkerk, T.H. Tanja-van den Broek, M.J. Kroeze, H.M. Wattendorff en F.J.P. Lock

Advocaten: S.F. Sagel en H.J.W. Alt

Wetsartikelen: 7:634 BW, 7:638 BW, 7:645 BW, 7:646 BW, 3:1 Wazo, 5 Awgb, 7 Arbeidstijdenrichtlijn, 11 Zwangerschapsrichtlijn en 2 Gelijkebehandelingsrichtlijn

RECHTSPRAAK

Civiele procedure om schadevergoeding te vorderen van dader van mishandeling. Verzekeringsgeneeskundige en arbeidsdeskundige ingeschakeld voor begroting van de schade. Totaal € 22.576,38 aan schadevergoeding toegewezen.

Feiten

Door mishandeling is het zicht van het linkeroog van werkneemster van 40% naar 10% gedaald. In een civiele procedure heeft werkneemster schadevergoeding gevorderd van de dader. De grootste schadepost betreft het verlies aan verdienvermogen. In het tussenvonniss van 19 juni 2019 heeft de rechtbank geoordeeld dat het causaal verband tussen de mishandeling en de door werkneemster gestelde oogklachten vaststaat. Het grootste bedrag van de door werkneemster gevorderde schadeposten betreft de post ‘verlies verdienvermogen, althans verlies van kansen’, waarvoor de rechtbank het noodzakelijk achtte een verzekeringsgeneeskundige en een arbeidsdeskundige in te schakelen. De arbeidsdeskundige heeft de beroepswerkzaamheden van werkneemster voorafgaande aan de mishandeling geduid als zelfstandig groothandelaar in (dames)kleding. De arbeidsdeskundige heeft voor deze maatgevende arbeid een uitval als gevolg van het verminderd kunnen autorijden arbitrair gesteld op 25%. De deskundige stelt op grond daarvan de mate van arbeidsongeschiktheid voor de maatgevende arbeid op 25%. Met betrekking tot de arbeids- en verdienmogelijkheden na de mishandeling concludeert de arbeidsdeskundige dat de actuele werkzaamheden van werkneemster, als medewerker bediening bij een hotel, passende werkzaamheden zijn. Deze werkzaamheden zouden op basis van de Functionele Mogelijkheden Lijst 2 (hierna: FML-2) ook fulltime verricht kunnen gaan worden. Op basis van de FML-2 is de arbeidsdeskundige daarnaast van mening dat er geen beperkingen voor werkneemster zijn om de werkzaamheden uit te voeren zoals beschreven in het tweede scenario voor de arbeids- en verdienmogelijkheden zonder het voorval.

Oordeel

De rechtbank acht zich, gelet op de inhoud van het verzekeringsgeneeskundig en het arbeidsdeskundige onderzoek, voldoende voorgelicht om een oordeel te kunnen geven over de verschillende door werkneemster gevorderde schadeposten. De schade wordt berekend met inachtneming van alle omstandigheden van het concrete geval. De rechtbank overweegt als volgt. Werkneemster is van haar plicht tot arbeidsinschakeling ontheven over de periode van 1 februari 2014 tot en met 1 februari 2015 omdat zij vanwege medische redenen niet in staat is om betaald arbeid te verrichten. Daarmee staat voldoende vast dat werkneemster tot en met 1

februari 2015 arbeidsongeschikt is geweest. Niet betwist is dat zij daarom een bedrag van € 815 netto per maand aan verdienvermogen is misgelopen over de periode van 1 januari 2014 tot 1 maart 2015, derhalve een totaal bedrag van € 11.410. De rechtbank gaat bij beoordeling van pensioenschade uit van het scenario waarbij werkneemster in loondienst werkzaam zou zijn geweest. Daarmee verwerpt de rechtbank het verweer van de dader dat werkneemster als zelfstandige geen pensioen heeft opgebouwd en dus geen pensioenschade lijdt. Gelet op het feit dat opgebouwde pensioenrechten niet behoeven te worden afgedragen aan schuldeisers in de WSNP, betreft dit schade waarvan wel voldoende aannemelijk is dat werkneemster deze heeft geleden. De rechtbank volgt werkneemster voor zover zij stelt dat het verlies aan pensioenopbouw kan worden gesteld op 10% van het verlies aan verdienvermogen. De schade bedraagt derhalve (10% van € 11.410 =) € 1.141. Daarnaast wordt € 5.742 aan kosten voor huishoudelijke hulp, € 600 aan reis- en parkeerkosten, € 93,38 aan zelfmedicatie en € 15.000 aan immateriële schade toegewezen. Het vorenstaande komt erop neer dat de rechtbank zal bepalen dat de dader € 22.576,38 aan schadevergoeding aan werkneemster dient te betalen.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 28-10-2020

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2020:8953

Zaaknummer: C/15/257140 / HA ZA 17-248

Rechters: L.J. Saarloos

Advocaten: F.W. Brugman en J.G. Burgers

Wetsartikelen: 6:106 BW, 6:95 BW, 6:96 BW en 6:119 BW

RECHTSPRAAK

Beroep op artikel 25 lid 1 sub n WOR afgewezen. Geen sprake van opdracht in de zin van dit artikel, dus geenadviesplicht.*Feiten*

De groep van Scandinavian Tobacco (hierna: STG A/S) is een wereldwijde marktleider als fabrikant van sigaren en pijptabak. Scandinavian Tobacco Group Eersel (hierna: STGE) maakt onderdeel uit van de groep van STG A/S en heeft een fabriek in Eersel. De groep van Agio Cigars hield zich eveneens bezig met de productie van sigaren. Agio Cigars, waarvan Agio onderdeel uitmaakte, is op 2 januari 2020 overgenomen door de STG-groep. Enig aandeelhouder van Agio is thans STG Holding. Agio heeft een fabriek in Duizel. Op 10 januari 2020 heeft STG A/S aan KPMG P/S in Denemarken een opdracht verleend. Bij brief van 17 maart 2020 aan de ondernemingsraad van Agio heeft de bestuurder van (onder meer) Agio en STGE, vragen van de ondernemingsraad beantwoord over het integratietraject na de overname van Agio. Op de vraag op welke termijn de ondernemingsraad een kopie van het rapport van KPMG kan verwachten heeft de bestuurder geantwoord dat er geen rapport van KPMG zal komen. De ondernemingsraden hebben op 14 (Agio) en 15 (STGE) april 2020 adviesaanvragen ontvangen met betrekking tot een aantal onderwerpen in het kader van de integratie van Agio in de STG-organisatie. In een persbericht van 23 april 2020 heeft STG A/S aangekondigd dat de fabrieken in Duizel en Eersel worden gesloten en de productie naar andere fabrieken wordt overgeheveld. Op 28 respectievelijk 29 mei 2020 hebben de ondernemingsraden hun advies uitgebracht inzake de voorgenomen besluiten in het kader van het integratieproject, waarna op 3 juni 2020 de definitieve besluiten zijn genomen. Op 3 juli 2020 heeft de ondernemer de beide ondernemingsraden om advies gevraagd inzake de sluiting van de fabriekslocaties in Duizel en Eersel. Bij brief van 9 juli 2020 aan de ondernemer hebben de ondernemingsraden laten weten te hebben geconstateerd dat het KPMG-rapport als basis voor de adviesaanvraag van 3 juli 2020 wordt gehanteerd. Zij hebben de ondernemer verzocht de adviesaanvraag in te trekken. De ondernemingsraden stellen zich op het standpunt dat het KPMG-rapport de grondslag vormt voor de voorgenomen besluiten van de ondernemer tot inkrimping van de ondernemingen van Agio en STGE, leidende tot sluiting van de fabrieken in Duizel en Eersel, en dat de ondernemer ten onrechte heeft nagelaten hen van de inschakeling van KPMG of de opdrachtverlening tot samenvatting van het rapport van KPMG op de hoogte te stellen en hun de gelegenheid te geven hun adviesrecht uit hoofde van artikel 25 lid 1 sub n WOR uit te oefenen.

Oordeel

Uit de door de ondernemingsraden ingenomen stellingen leidt de Ondernemingskamer allereerst af dat hun verzoek betrekking heeft op de beperktere opdrachtverlening aan KPMG, die ziet op de integratie van Agio Cigars in het STG-concern. De Ondernemingskamer is van oordeel dat een dergelijke opdracht niet valt aan te merken als een opdracht tot advies van een externe deskundige inzake een van de in artikel 25 lid 1 sub n WOR genoemde onderwerpen. KPMG hoefde immers alleen de bevindingen van de desbetreffende workstream samen te vatten. Ook los van de concrete opdracht tot het opstellen van het KPMG-rapport heeft de Ondernemingskamer niet kunnen vaststellen dat voor het (grotere) project Dame Blanche aan KPMG een adviesopdracht is verstrekt, nog daargelaten of een dergelijke adviesopdracht adviesplichtig zou zijn (vanwege de internationale reikwijdte en samenhang met andere deelonderzoeken). Dat KPMG in het kader van project Dame Blanche toch is opgedragen activiteiten uit te voeren die wel zijn te kwalificeren als advies zoals bedoeld in artikel 25 lid 1 sub WOR, is niet aannemelijk geworden. De Ondernemingskamer is voorts van oordeel dat de in de adviesaanvragen gebruikte bewoordingen, in het licht van de toelichting die de ondernemer inmiddels heeft gegeven, verwarring wekken. Hoewel in de adviesaanvragen wel is beschreven waaruit de activiteiten van KPMG bestonden, waaruit volgt dat deze ondersteunend van aard waren, valt te begrijpen dat bepaalde verwijzingen in de adviesaanvragen de indruk hebben gegeven dat er wel een adviesopdracht aan KPMG was verstrekt. Anderzijds is uit in deze procedure gebleken feiten en omstandigheden niet aannemelijk geworden dat de opdracht aan KPMG anders was dan hetgeen de ondernemer daarover heeft aangevoerd, in het bijzonder niet dat deze opdracht meer inhoudelijk van aard was. Concrete aanwijzingen daarvoor ontbreken. De ondernemer kan daarom slechts een ongelukkige woordkeus in de adviesaanvragen worden verweten. De slotsom luidt dat niet aannemelijk is geworden dat de ondernemer een opdracht in de zin van artikel 25 lid 1 sub n WOR heeft verstrekt. De verzoeken zijn daarom ongegrond en zullen worden afgewezen.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 05-11-2020

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2020:2973

Zaaknummer: 200.281.416/01 OK en 200.281.533/01 OK

Rechters: C.C. Meijer, A.C. Faber en M.M.M. Tillema

Advocaten: S.F.H. Jellinghaus, M.E. Lips en E.C.A. Pronk

Wetsartikelen: 25 WOR

RECHTSPRAAK

Loonvordering van een kok bij een lunchroom. Geen schriftelijke arbeidsovereenkomst. Voor de hoogte van het uurloon wordt aangesloten bij het loon van de referentiefunctie bedrijfsmanager volgens de Horeca-cao.

Feiten

Werkgever is een lunchroom, per 1 juli 2019 opgericht en open voor publiek. Werknemer is op 1 juli 2019 in dienst getreden van werkgever en heeft vervolgens 72 uur gewerkt. Na 20 juli 2019 heeft werknemer niet meer voor werkgever gewerkt. Werkgever heeft over de vanaf 1 juli 2019 gewerkte uren alleen een voorschot op het loon betaald van € 200 netto. De bedrijfsactiviteiten van werkgever vallen onder de werkingssfeer van de cao voor het horeca- en aanverwante bedrijf (hierna: de cao). Door algemeen verbindendverklaring is de cao ook van toepassing op de arbeidsverhouding tussen werknemer en werkgever. In deze procedure vordert werknemer betaling van achterstallig salaris.

Oordeel

Vergoeding van werkzaamheden in de periode tot 1 juli 2019

Werknemer stelt dat hij in de periode van 20 april 2019 tot 1 juli 2019 al werkzaamheden voor werkgever heeft verricht, namelijk het adviseren en maken van tekeningen over de inrichting van de keuken en het samenstellen van het menu, en dat hij voor deze werkzaamheden recht heeft op vergoeding. Werkgever heeft dit gemotiveerd betwist. Van een overeenkomst was geen sprake. Nu werknemer geen andere stukken heeft overgelegd, zoals brieven of e-mailberichten, waaruit kan worden opgemaakt dat sprake is van eerdere werkzaamheden, is de kantonrechter van oordeel dat werknemer onvoldoende heeft onderbouwd dat hij met werkgever een afspraak had. De vordering voor zover deze is gebaseerd op de door hem gestelde werkzaamheden vóór 1 juli 2019, kan daarom niet worden toegewezen.

Loon voor werkzaamheden in de periode vanaf 1 juli 2019

Partijen zijn het erover eens dat werknemer van 1 juli 2019 tot en met 20 juli 2019, 72 uur voor werkgever heeft gewerkt op basis van een arbeidsovereenkomst. Partijen verschillen echter van mening over de hoogte van het loon. De mondelinge afspraken over de te verrichten werkzaamheden en het daarvoor te betalen loon zijn niet schriftelijk vastgelegd. De kantonrechter stelt voorop dat de onduidelijkheid over de overeengekomen functie en beloning voor risico van werkgever dient te komen, nu hierover geen afspraken in een

schriftelijke arbeidsovereenkomst zijn vastgelegd terwijl werkgever hiertoe op grond van de cao wel verplicht was. Gelet op de uitleg van werkgever dat de lunchroom alleen overdag geopend was, met een beperkte omloop van gasten, is de kantonrechter van oordeel dat werknemer onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat hij werkzaamheden heeft verricht die passen bij de referentiefuncties manager of chef-kok. De enkele omstandigheid dat dit zo in het personeelsregistratiesysteem is vermeld, is onvoldoende om aan te nemen dat hij ook daadwerkelijk deze functie heeft verricht. De kantonrechter is van oordeel dat werknemer wel aannemelijk heeft gemaakt dat hij naast de bediening ook andere werkzaamheden heeft verricht. De kantonrechter zal voor het bepalen van het verschuldigde loon daarom uitgaan van de referentiefunctie bedrijfsmanager (schaal 8). Het cao-uurloon bedraagt voor functies in schaal 8 per 1 juli 2019 € 15,49. Voor 72 gewerkte uren bedraagt het verschuldigde loon ($72 \times € 15,49 =$) € 1.115,28 bruto. Werkgever heeft in juli 2019 daarvan € 200 netto als voorschot betaald en moet daarom nog € 1.115,28 bruto, aan werknemer als achterstallig loon betalen.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 30-09-2020

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2020:4188

Zaaknummer: 8215174 UC EXPL 19-13389 SV/40160

Rechters: E.M. de Stigter

Advocaten: M. Gerritsen en E.J. Coxon

Wetsartikelen: 7:628 BW

RECHTSPRAAK

Niet rechtsgeldig ontslag op staande voet wegens schending geheimhouding. Toewijzing ontbindingsverzoek werkgever wegens een verstoorde arbeidsverhouding. Geen sprake van ernstige verwijtbaarheid van werkgever of werknemer. Concurrentiebeding gedeeltelijk vernietigd.

Feiten

Werkneemster is als tandarts bij Tandartsenpraktijk in dienst. Tandartsenpraktijk is opgericht op 8 januari 2016 en heeft een andere tandartsenpraktijk overgenomen, waar werkneemster sinds 1 januari 2005 werkzaam was. Met ingang van 26 juni 2019 is werkneemster wegens ziekte ongeschikt voor haar werk. Op 7 juli 2020 heeft een gesprek plaatsgevonden tussen werkneemster en een collega. Vervolgens is werkneemster op 10 juli 2020 opnieuw uitgenodigd voor een gesprek met Tandartsenpraktijk op 13 juli 2020. Werkneemster heeft zich op die dag echter wegens ziekte afgemeld voor dat gesprek en heeft in een whatsapp-bericht van die dag aan Tandartsenpraktijk meegedeeld dat zij ziek is en dat zij zich vanwege door Tandartsenpraktijk geuite beschuldigingen genoodzaakt voelt juridische hulp in te roepen. Op 13 juli 2020 is werkneemster door Tandartsenpraktijk op staande voet ontslagen. Diezelfde dag is het ontslag voet schriftelijk aan werkneemster bevestigd, waarin een drietal redenen voor het ontslag worden genoemd. Werkneemster verzoekt in deze procedure vernietiging van het ontslag op staande voet. Tandartsenpraktijk heeft een voorwaardelijk ontbindingsverzoek ingediend.

Oordeel

Vernietiging ontslag op staande voet

De kantonrechter neemt als vaststaand aan dat werkneemster in het gesprek op 7 juli 2020 aan de assistente heeft gevraagd om in de tandartspraktijk haar ‘ogen en oren open te houden’ en werkneemster van informatie te voorzien over het reilen en zeilen in die praktijk, met name ten aanzien van een nog niet afgestudeerde en mogelijk onbevoegde medewerker, waarbij werkneemster heeft opgemerkt dat zij benieuwd was wat de inspectie daarvan dan zou vinden. Ook heeft werkneemster erkend dat zij in dat gesprek heeft verteld over de slechte financiële situatie van de praktijk. Die mededeling is een schending van de geheimhoudingsplicht. Verder oordeelt de kantonrechter dat, hoewel vaststaat dat werkneemster niet is verschenen op het gesprek van 13 juli 2020, dit geen schending van enige verplichting uit de arbeidsovereenkomst oplevert. Werkneemster heeft immers tijdig laten

weten dat zij niet zou verschijnen. Ook heeft zij tijdig uitgelegd dat zij zich mede vanwege haar medische situatie niet in staat achtte een gesprek aan te gaan. Dat is geen onredelijke opstelling, nu niet is gesteld of gebleken dat werkneemster medisch gezien wel in staat was tot een gesprek. Concluderend is de kantonrechter van oordeel dat werkneemster weliswaar haar verplichtingen als goed werknemer en haar geheimhoudingsplicht heeft geschonden, zoals hiervoor overwogen, maar dat dit geen dringende reden voor ontslag op staande voet oplevert. Het verzoek tot vernietiging wordt daarom toegewezen. Nu het ontslag op staande voet wordt vernietigd, duurt de arbeidsovereenkomst voort en heeft werkneemster recht op loon. De vordering van werkneemster tot loonbetaling zal daarom eveneens worden toegewezen.

Voorwaardelijk ontbindingsverzoek

De kantonrechter is van oordeel dat de arbeidsovereenkomst moet worden ontbonden wegens een verstoorde arbeidsverhouding. Uit de stukken blijkt dat de arbeidsrelatie tussen partijen ernstig en onherstelbaar is verstoord, en op de zitting is dat beeld versterkt. Die verstoring is zodanig dat van Tandartsenpraktijk in redelijkheid niet meer kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Daarbij wordt in aanmerking genomen dat de hiervoor genoemde gedragingen van werkneemster die hebben geleid tot het ontslag op staande voet, weliswaar niet als een dringende reden voor zo'n ontslag kunnen worden aangemerkt, maar er wel aan hebben bijgedragen dat het vertrouwen tussen partijen verloren is gegaan. Er valt daarom ook niet meer in te zien dat partijen nog vruchtbaar met elkaar kunnen samenwerken, mede gelet op de aard van de werkzaamheden en de praktijk, waarin nauwe samenwerking vereist is. Het opzegverbod staat niet aan deze ontbinding in de weg.

Vergoedingen

De kantonrechter ziet geen aanleiding om aan werkneemster een billijke vergoeding toe te kennen, zoals door haar is verzocht. De ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens een verstoorde verhouding is immers het gevolg van de hiervoor genoemde omstandigheden, waaronder ook de gedragingen van werkneemster zelf, en daarbij is geen sprake geweest van een ernstig verwijtbaar handelen of nalaten door Tandartsenpraktijk. Het verzoek tot betaling van de transitievergoeding wordt toegewezen volgens de berekening van Tandartsenpraktijk.

Concurrentiebeding

Tandartsenpraktijk heeft voldoende toegelicht dat zij een specifiek belang heeft bij handhaving van het concurrentiebeding, gelet op het feit dat werkneemster als tandarts een nauwe band heeft met klanten, zeker nu zij al lange tijd als tandarts werkzaam is, en er daarom een reëel risico is dat Tandartsenpraktijk klanten zal verliezen als werkneemster binnen de in het concurrentiebeding genoemde straal van 15 kilometer van Tandartsenpraktijk als tandarts gaat werken. Er is derhalve aanleiding om het concurrentiebeding gedeeltelijk te vernietigen, voor zover het ziet op het gebied ten zuiden van het IJ en het Noordzeekanaal.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 26-10-2020

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2020:8986

Zaaknummer: 8700922 \ AO VERZ 20-34

Rechters: P.J. Jansen

Advocaten: C. Staudt-Bos en D. Rezaie

Wetsartikelen: 7:669 BW, 7:671b BW, 7:673 BW, 7:677 BW en 7:678 BW

RECHTSPRAAK

Ontbinding arbeidsovereenkomst ambtenaar wegens ernstig verwijtbaar handelen na geweldsincident met gedetineerde.*Feiten*

Werknemer is op 8 mei 2017 bij de Staat der Nederlanden, meer in het bijzonder bij de Dienst Justitiële Inrichtingen (DJI), in dienst getreden. Op 1 januari 2020 is de ambtelijke aanstelling van werknemer omgezet in een arbeidsovereenkomst (wnra). Op 31 oktober 2019 is werknemer betrokken geweest bij een geweldsincident met een gedetineerde. In november 2019 is een disciplinair onderzoek ingesteld naar aanleiding van het incident en er zijn diverse verklaringen op schrift gesteld. Na diverse gesprekken is op 6 november 2019 aan werknemer buitengewoon verlof verleend, is hem de toegang tot de dienstgebouwen ontzegd en is hem een contactverbod opgelegd. Bij brief van 10 februari 2020 is dat besluit gecorrigeerd naar buitengewoon verlof met een contactverbod. De Staat verzoekt de tussen hem en werknemer bestaande arbeidsovereenkomst te ontbinden.

Oordeel

Nu er wezenlijke verschillen bestaan tussen de diverse weergaves van de gebeurtenissen in de cel van de gedetineerde stelt de kantonrechter allereerst vast wat naar zijn oordeel de werkelijke gang van zaken is geweest. De conclusie is dat de gedetineerde op bed lag toen werknemer en collega's de cel betraden en dat de gedetineerde toen vrijwel direct één of meer keren door de collega in het gezicht werd geslagen, terwijl werknemer tegelijkertijd de benen van de gedetineerde vasthield en hem een aantal knietjes in zijn rug/zij gaf. Bij het betreden van de cel was derhalve geen sprake van acuut en dreigend gevaar dat fysiek geweld vereiste en evenmin was er sprake van een uit de hand lopende situatie: de gedetineerde bevond zich immers in een weerloze positie op zijn bed. Nu werknemer geweld gebruikt heeft tegen een gedetineerde zonder dat daarvoor een legitieme reden bestond, is het gebruikte geweld disproportioneel. Uit deze conclusie volgt eveneens dat werknemer vervolgens bewust niet naar waarheid heeft gerapporteerd. Het enige doel van werknemer dat de kantonrechter zich daarbij kan voorstellen is het verbergen van de waarheid nu hij zich moet hebben gerealiseerd dat de manier waarop gedetineerde bejegend is niet door de beugel kon. Naar het oordeel van de kantonrechter is dan ook sprake van ernstig verwijtbaar handelen. Werknemer verkeert in een machtspositie ten opzichte van de gedetineerden en werknemer heeft zijn plicht verzaakt. Niet alleen door disproportioneel geweld toe te passen maar ook door daar vervolgens niet naar waarheid over te verklaren en te trachten de werkelijke gang van zaken te verbergen. Naar het oordeel van de kantonrechter zijn dat, juist op de plek waar werknemer werkt,

absoluut niet te tolereren omstandigheden. De kantonrechter passeert vervolgens het verweer van persoonlijke omstandigheden. Herplaatsing van werknemer in een andere passende functie ligt naar de aard van de zaak niet in de rede. De conclusie is dat de kantonrechter het verzoek van de Staat zal toewijzen en dat de arbeidsovereenkomst zal worden ontbonden. Tot slot acht de kantonrechter het niet toewijzen van de transitievergoeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid dan ook niet onaanvaardbaar. De Staat is geen transitievergoeding verschuldigd aan werknemer. Van persoonlijke omstandigheden die, in combinatie met de redenen voor het ontslag, tot de conclusie moeten leiden dat het niet toekennen van de transitievergoeding onaanvaardbaar is, is geen sprake. Dat werknemer ernstige gevolgen zal ondervinden van de beëindiging van het dienstverband is goed voorstelbaar, maar die gevolgen waren allemaal voorzienbaar voordat werknemer de verweten en bewezen handelingen pleegde. Toch heeft hem dat er niet van weerhouden. Bovendien heeft de kantonrechter hiervoor al overwogen dat deze gedragingen de kern van de integriteit raken die bij zijn functie hoort. Ze behoren daarmee tot de ernstigste vorm van misstappen die hij in zijn functie kan begaan.

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 28-10-2020

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2020:8424

Zaaknummer: 8496811 \ AZ VERZ 20-73

Rechters: R.A.J. van Leeuwen

Advocaten: C.M. Prade en D.M.L. Heberle

Wetsartikelen: 7:66g BW, 7:671b BW en 7:673 BW

RECHTSPRAAK

Ontslag op staande voet van werkneemster die in een handgemeen is geraakt met een collega, houdt stand.*Feiten*

Werkneemster is op 1 juli 2019 in dienst getreden bij Ikea. Op de arbeidsovereenkomst is de Ikea cao en de Ikea Group Code of Conduct van toepassing. In de avond van 18 juni 2020 was werkneemster werkzaam met X, een andere werkneemster van Ikea. Tijdens de werkzaamheden heeft een woordenwisseling plaatsgevonden, die is geëindigd in een handgemeen tussen beiden. Van het incident zijn twee andere werknemers getuige geweest. Op 19 juni 2020 heeft werkneemster uitleg gegeven aan haar leidinggevende en HR over wat er was gebeurd. Werkneemster is op non-actief gezet. Ook X en de twee getuigen hebben een verklaring afgelegd. Bij brief d.d. 23 juni 2020 heeft Ikea werkneemster op staande voet ontslagen. Werkneemster verzoekt het ontslag te vernietigen en loonbetaling.

Oordeel

Als grond voor het ontslag op staande voet heeft Ikea kort gezegd aangevoerd dat werkneemster geweld heeft gebruikt jegens haar collega, X. Uit de getuigenverklaringen kan in ieder geval worden afgeleid dat er een woordenwisseling is geweest en X op enig moment vlak voor werkneemster is gaan staan. Eveneens is duidelijk dat het eerste fysieke contact geïnitieerd is door werkneemster. Hierna is een vechtpartij ontstaan tussen beide dames. Deze vechtpartij was zodanig dat deze pas tot een eind kwam toen de collega's fysiek tussenbeide kwamen. Voorts staat als onweersproken vast dat X bij de vechtpartij een blauw oog, blauwe plekken, sneeën en krassen heeft opgelopen. De kantonrechter stelt voorop dat geweld tussen collega's onacceptabel gedrag is op de werkvloer. Ook in de Code of Conduct heeft Ikea benadrukt dat zij van haar werknemers verlangt dat zij op respectvolle wijze met elkaar omgaan. In beginsel vormt het uitoefenen van geweld door werkneemster dan ook een dringende reden om de arbeidsovereenkomst te beëindigen. Werkneemster heeft zich op het standpunt gesteld dat haar niets te verwijten valt, omdat zij uit zelfverdediging heeft gehandeld. De kantonrechter oordeelt dat dat onvoldoende is onderbouwd. Gesteld noch gebleken is immers dat werkneemster tijdens de hevige woordenwisseling afstand heeft genomen van de escalerende situatie. Sterker nog, zij heeft het eerste fysieke contact geïnitieerd. Geen van de verklaringen geeft een indicatie dat werkneemster op dat moment in een zodanige positie was dat hier geen andere uitweg was dan het geven van die duw. Ongeacht het antwoord op de vraag wie de eerste klap heeft uitgedeeld, oordeelt de kantonrechter dat uit het voorgaande al voldoende blijkt dat geen sprake was van

zelfverdediging. In haar verklaringen heeft werkneemster er ook op geen enkele wijze blijk van gegeven dat zij heeft getracht zich aan de vechtpartij te onttrekken, of dat zij deze heeft willen vermijden. Het ontslag houdt stand.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 29-10-2020

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2020:9804

Zaaknummer: 8716263

Rechters: E.I. Mentink

Advocaten: O. Albayrak en E.C. Brussee

Wetsartikelen: 7:677 BW en 7:678 BW

RECHTSPRAAK

Werknemer die ondanks het rookverbod in het veiligheidsbeleid heeft gerookt op de werkplek heeft niet ernstig verwijtbaar gehandeld.*Feiten*

Werknemer is op 6 mei 2016 als uitzendkracht te werk gesteld bij Fuhler Loon- en Verhuurbedrijf B.V. Op 17 december 2018 is hij in dienst getreden bij F-support. Werknemer verrichtte feitelijk zijn werkzaamheden bij één van de opdrachtgevers van F-Support, namelijk afvalverwerkingsbedrijf AVR te Rotterdam. Op 6 mei 2020 heeft werknemer op het terrein van AVR, in de nabijheid van de 'AWT-hal', een sigaret gerookt. Hij is hierop 'betrapt' door een hoofdoperator van AVR. Werknemer heeft, in zijn verzoeken die verder zullen worden behandeld in een dagvaardingsprocedure, verzocht diverse verklaringen voor recht af te geven, samengevat inhoudende dat werknemer zijn arbeidsovereenkomst op 6 mei 2020 niet zelf heeft opgezegd, en subsidiair dat F-Support zich niet (langer) op deze opzegging kan beroepen. F-support heeft voorwaardelijk een ontbindingsverzoek gedaan, die in deze procedure wordt behandeld.

Oordeel

Werknemer was werkzaam op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, tot 31 december 2020. De arbeidsrelatie eindigt dus per definitie per die datum. Toewijzing van het ontbindingsverzoek zou ertoe leiden dat de arbeidsovereenkomst op zijn vroegst kan worden ontbonden op 1 januari 2021. De arbeidsovereenkomst tussen partijen eindigt echter reeds van rechtswege op 31 december 2020. Het is niet mogelijk een niet meer bestaande arbeidsovereenkomst te ontbinden. Indien de ontbinding het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen, is dat anders. De kantonrechter zal dan ook 'slechts' beoordelen of daar sprake van is. Naar het oordeel van de kantonrechter heeft F-support onvoldoende onderbouwd dat sprake is van een uitzonderlijke situatie. Zij heeft slechts haar lezing van de feiten gegeven en gesteld dat sprake is van '(ernstig) verwijtbaar handelen'. Zelf als de gegeven omstandigheden vast zouden komen te staan, is onvoldoende onderbouwd waarom het verwijtbaar handelen is aan te merken als ernstig. F-Support voert daartoe slechts aan dat werknemer onacceptabele risico's heeft genomen, onder andere met betrekking tot zijn collega's. Deze stellingen zijn echter niet onderbouwd of gespecificeerd. Ook de stelling dat werknemer gedrag zou hebben vertoond dat ontslag op staande voet waardig is, kan niet gelden als onderbouwing van het ernstig verwijtbaar handelen. Hiermee miskent F-Support namelijk dat ernstig verwijtbaar handelen of nalaten niet kan worden aangenomen op de enkele grond dat sprake is van een dringende reden voor onverwijlde opzegging. Het ontbindingsverzoek wordt afgewezen.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 02-11-2020

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2020:9809

Zaaknummer: 8633118

Rechters: K.J. Bezuijen

Advocaten: T.S. Nicolai en T. van Riel

Wetsartikelen: 7:667 BW, 7:671b BW en 7:669 BW

RECHTSPRAAK

Het enkele feit dat werkgever de raad – onverplicht – om instemming met een regeling heeft willen vragen, maakt niet dat het vervolgens redelijk is om zich ook voor toekomstige wijziging of intrekking van die regeling van de instemmingsbevoegdheid te willen verzekeren.

Feiten

COR BAM is het door BAM voor haar groep ingestelde centrale medezeggenschapsorgaan. Teneinde de arbeidsvoorwaarden van haar personeel te harmoniseren, heeft BAM sinds omstreeks 2012 het voornemen tot het gelijkschakelen van afzonderlijke arbeidsvoorwaardelijke regelingen in haar onderneming ter instemming aan de COR voorgelegd, ook als zij daar op grond van artikel 27 WOR niet toe verplicht was. COR BAM heeft bij het verlenen van de gevraagde instemming in de afgelopen jaren steeds de voorwaarde gesteld dat ook een toekomstige wijziging of intrekking van de betreffende regeling de instemming van de COR zal behoeven. BAM heeft deze voorwaarde tot voor kort aanvaard en in de betreffende 'harmonisatieregeling' opgenomen. Tot 1 januari 2018 was een ondernemingsovereenkomst, het convenant, van kracht, waarin procedurele afspraken waren gemaakt en waarin aan de COR bovenwettelijke instemmingsbevoegdheden waren toegekend. Op 1 mei 2019 hebben partijen een nieuw convenant gesloten. Dit convenant spreekt niet meer van bovenwettelijke bevoegdheden van de COR. Op 23 augustus 2019 heeft COR BAM in antwoord op de instemmingsaanvraag van BAM betreffende de harmonisatieregeling 'Verblijfskosten binnen Nederland', wederom de voorwaarde gesteld die luidt: 'Deze regeling kan door de werkgever eenzijdig worden gewijzigd en/of ingetrokken, nadat de COR hiermee heeft ingestemd'. Over de door de COR gestelde inhoudelijke voorwaarden hebben partijen vervolgens overeenstemming bereikt, maar BAM heeft laatstgenoemde voorwaarde niet willen overnemen. Eenzelfde situatie heeft zich nadien voorgedaan bij een voorgenomen besluit van BAM tot vaststelling van de regeling 'Alcohol en Drugs Policy'. Partijen hebben geen overeenstemming kunnen bereiken over (de redelijkheid van) de door de COR gestelde voorwaarde. Partijen hebben de kantonrechter gevraagd antwoord te geven op de vraag: 'Is het door de COR onthouden van instemming op de grond dat BAM niet akkoord gaat met deze voorwaarde onredelijk op grond van het toetsingskader dat volgt uit artikel 27 lid 4 WOR?'

Oordeel

Het enkele feit dat BAM de raad – onverplicht – om instemming met een regeling heeft willen vragen, maakt niet dat het vervolgens redelijk is om zich ook voor toekomstige wijziging of

intrekking van die regeling van de instemmingsbevoegdheid te willen verzekeren. Aldus kijkt COR BAM het gegeven paard wel erg diep in de bek. Als BAM de COR onverplicht om instemming met een regeling vraagt, kan de raad zonder inhoudelijke en op de concrete regeling toegespitste argumenten in redelijkheid niet verlangen om ook in de toekomst op dezelfde wijze bij een wijziging of intrekking ervan te worden betrokken. Dat BAM daar niet (langer) voor voelt, heeft met willekeur, gebrek aan consistentie of strijd met goed ondernemerschap, zoals de COR stelt, niet van doen. Hetgeen COR BAM ter onderbouwing van zijn belang bij de standaard aan instemming verbonden voorwaarde heeft aangevoerd, kan aan zijn opstelling dat onredelijke karakter niet ontnemen.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 28-10-2020

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2020:4722

Zaaknummer: 8672546 / UC FORM 20-5827 LH/1040

Rechters: H.A.M. Pinckaers

Advocaten: C. Nekeman en E. Unger

Wetsartikelen: 27 WOR, 27 lid 4 WOR, 32 WOR en 32 lid 2 WOR

RECHTSPRAAK

Werkgever heeft in redelijkheid tot het bestreden besluit kunnen komen. Werkgever heeft een begrijpelijke afweging gemaakt, waarin weliswaar geen garanties op succes en voortbestaan in de toekomst besloten liggen maar de kans op het voortbestaan na de reorganisatie reëel is.

Feiten

De ondernemingsraad van OBA Group B.V. (hierna: de ondernemingsraad) is ingesteld op het niveau van OBA Group B.V. (hierna: OBA) voor de door OBA in stand gehouden onderneming. In december 2019 heeft OBA de ondernemingsraad en de medewerkers bericht dat gelet op ontwikkelingen, waardoor OBA in korte tijd geconfronteerd wordt met een omzetverlies van ongeveer 50%, een reorganisatie noodzakelijk is. Op 16 januari 2020 heeft OBA Bold verzocht een voorstel voor reorganisatie op te stellen op basis van verschillende opties. Op 10 februari 2020 heeft Bold een rapport uitgebracht. In het rapport heeft Bold vijf opties uitgewerkt, waaronder optie B1, die inhoudt dat OBA zich terugtrekt uit Terminal Noord, dat de diversificatie van (een deel van) de activiteiten wordt gecontinueerd en dat in de kosten wordt gesneden. Op 2 maart 2020 heeft OBA het voorgenomen besluit tot personeelsreorganisatie conform optie B1 voorgelegd aan de ondernemingsraad. In maart 2020 heeft de ondernemingsraad een deskundige, B. Temming, ingeschakeld om te adviseren over de door OBA voorgenomen personeelsreductie. Op 14 april 2020 heeft de ondernemingsraad het op 15 april 2020 geplande achterbanberaad afgelast, en daarvan melding gemaakt via een schriftelijke mededeling aan de werknemers, omdat OBA vasthield aan de geheimhoudingsplicht en de ondernemingsraad om die reden de adviesaanvraag niet met de werknemers zou kunnen bespreken. Bij brief van 28 april 2020 heeft de ondernemingsraad negatief geadviseerd over het voorgenomen besluit. Op 30 april 2020 heeft OBA besloten over te gaan tot reorganisatie conform het ter advisering voorgelegde voorgenomen besluit. De ondernemingsraad heeft aan zijn verzoek ten grondslag gelegd dat OBA bij afweging van alle betrokken belangen niet in redelijkheid heeft kunnen komen tot het reorganisatiebesluit van 30 april 2020.

Oordeel

In dit geval is duidelijk dat OBA en de ondernemingsraad tot in ieder geval 9 april 2020 in goede harmonie zijn opgetrokken in het verstrekken van informatie aan de werknemers. Uit de feiten moet worden opgemaakt dat OBA geen starre houding aannam ten aanzien van het informeren van de achterban en het betrekken van de achterban op specifieke onderdelen van

het adviestraject. OBA heeft wel een duidelijke grens getrokken toen de ondernemingsraad op 9 april 2020 verlangde dat de geheimhouding geheel zou worden losgelaten; daar heeft zij niet mee ingestemd. Hoewel OBA die vrees op dat moment niet met zoveel woorden heeft uitgesproken was duidelijk dat het risico bestond dat een onbelemmerde informatieverschaffing tijdens het achterbanoverleg ertoe kon leiden dat aan het personeel duidelijk zou worden welke werknemers concreet bij het voorgenomen besluit hun baan gingen verliezen. Dat OBA er belang bij had de reorganisatie op een ordentelijke en zorgvuldige wijze in gang te zetten, en de werknemers die hun baan zouden verliezen daarover zelf te informeren na het nemen van het besluit tot reorganisatie, had ook voor de ondernemingsraad duidelijk moeten zijn. Bovendien heeft OBA rekening te houden met het in het sociaal plan voorgeschreven stappenplan dat bepaalt dat werknemers eerst over het verlies van hun baan worden geïnformeerd nadat het reorganisatiebesluit is genomen. Naar het oordeel van de Ondernemingskamer kan tegen deze achtergrond niet gezegd worden dat OBA bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid heeft kunnen besluiten om niet mee te werken aan de opheffing van de geheimhoudingsplicht. Door op dat moment te volharden in de eis dat de geheimhouding zou worden opgeheven en niet (meer) in overleg te treden met OBA over mogelijkheden binnen zekere grenzen toch een verantwoord achterbanoverleg te kunnen houden, heeft de ondernemingsraad het aan zichzelf te wijten dat de achterbanraadpleging, die hij zelf op 14 april 2020 heeft afgeblazen, niet heeft kunnen plaatsvinden. Naar het oordeel van de Ondernemingskamer heeft OBA in redelijkheid kunnen kiezen voor reorganisatie-optie B1. Het is aan OBA om te bepalen welke koers wordt ingeslagen nadat duidelijk is geworden dat ingrijpende maatregelen getroffen moeten worden om de kans op voortbestaan te vergroten. Dat OBA zich na de reorganisatie bevindt op 'thin ice' en een nieuwe tegenvaller ertoe kan leiden dat ze in de rode cijfers belandt, betekent geenszins dat de keuze onverantwoord is. De reorganisatie maakt de weg vrij voor nieuwe investeringen en OBA beschikt over externe financiering met voldoende ruimte om eventuele tegenslagen op te vangen. Bovendien biedt de reorganisatie volgens optie B1 vooralsnog voor een groot deel van de werknemers baanbehoud, terwijl OBA erop wijst dat voor afbouw van de activiteiten een veelvoud nodig is van de aan OBA nu ter beschikking staande liquide middelen. Al deze overwegingen leiden tot de slotsom dat OBA een begrijpelijke afweging heeft gemaakt, waarin weliswaar geen garanties op succes en voortbestaan in de toekomst besloten liggen maar de kans op het voortbestaan van OBA na deze reorganisatie reëel is. Dat OBA met deze keuze een onverantwoord risico neemt volgt ook niet uit de bevindingen van deskundige Temming. De slotsom luidt dat de door de ondernemingsraad aangevoerde feiten en omstandigheden, ieder afzonderlijk en ook in onderlinge samenhang bezien, niet kunnen leiden tot het oordeel dat OBA niet in redelijkheid tot het bestreden besluit heeft kunnen komen. De verzoeken zullen worden afgewezen.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 08-10-2020

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2020:2643

Zaaknummer: 200.278.899/01 OK

Rechters: A.W.H. Vink, A.J. Wolfs en H.J. Vetter

Advocaten: J.D.A. Domela Nieuwenhuis en F.C.A. van de Bult

Wetsartikelen: 20 WOR en 26 WOR

RECHTSPRAAK

De werkwijze die werkgever hanteert voor de loonberekening van zijn chauffeurs voldoet aan de cao. Geen sprake van een normeringsregeling. De werkwijze van werkgever is een praktische en transparante invulling van het controlerecht dat de werkgever op grond van de cao heeft.

Feiten

Roelofsen Transport B.V. (hierna: Rotra) oefent een transportonderneming uit en is gebonden aan de collectieve arbeidsovereenkomst voor het Beroepsgoederenvervoer over de weg en de verhuur van mobiele kranen (hierna: de cao). Federatie Nederlandse Vakbeweging (hierna: FNV) is partij bij de cao. De cao bevat in artikel 26, respectievelijk 26a een bepaling over loonberekening. De kernvraag van de zaak is of de werkwijze die Rotra hanteert voor de loonberekening van haar chauffeurs voldoet aan de cao. De kantonrechter heeft geoordeeld dat dat het geval is. FNV is het daar niet mee eens en is hiervan in hoger beroep gekomen.

Oordeel

De vraag is allereerst of de werkwijze van Rotra, zoals FNV stelt, erop neerkomt dat zij een normeringsregeling hanteert. Volgens FNV houdt het hanteren van de bijlage, waarop normtijden staan voor bepaalde activiteiten, een dergelijke normeringsregeling in. Het hof deelt deze visie niet. De essentie van een normeringsregeling als bedoeld in artikel 26a lid 3a van de cao is dat de normale duur van de werkzaamheden wordt genormeerd op basis van praktijkregels en dat die normen, en dus niet de werkelijk gemaakte diensturen, worden gebruikt voor de berekening van het loon. Tussen partijen staat vast dat die situatie zich bij Rotra niet voordoet. De loonberekening is gebaseerd op de werkelijk gemaakte diensturen, zoals die blijken uit door de chauffeurs ingevulde dagstaten. Daarop brengt Rotra, als daarvoor aanleiding is, steeds op individuele basis correcties aan. Dat voor het aanbrengen van die correcties op ervaringsregels gebaseerde vaste tijden worden gebruikt, maakt niet dat sprake is van een normeringsregeling, waarbij van gefixeerde normen, dus los van werkelijke diensturen, wordt uitgegaan voor de loonberekening. Artikel 26a lid 2a van de cao gaat over de loonberekening. In die bepaling staat wat de basis daarvan is: alle diensturen onder aftrek van de pauzetijden conform de staffel van bijlage III en onder aftrek van de aaneengesloten rust. In artikel 26a lid 2b tot en met lid 2e wordt vervolgens praktisch uitgewerkt hoe werkgever en werknemer tot de uit te betalen diensturen komen. De werknemer vult dagstaten in, waarop minimaal de in lid 2c genoemde gegevens moeten staan. Hij moet de dagstaten en de bijbehorende tachograafschijven voor controle aan de werkgever verstrekken. De werkgever

heeft op grond van lid 2d het recht om de dagstaten te controleren, waarna de dagstaten geretourneerd moeten worden aan de werknemer en de werknemer het recht heeft om schriftelijk bezwaar te maken. Dit systeem impliceert dus een controlerecht van de werkgever. De Hoge Raad heeft beslist dat de werkgever bij die controle gebruik mag maken van ervaringsgegevens (HR 8 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD7381). Volgens FNV mag Rotra niet van haar chauffeurs verlangen om vooraf al een onderbouwing te geven voor elk geval waarin stilstand (die langer heeft geduurd dan de door Rotra gestelde norm) niet als pauze is genoten. Op grond van de cao is het namelijk aan Rotra om de opgegeven uren te controleren en, als zij tot correctie wil overgaan, aan te tonen dat die correctie juist is. Het hof oordeelt hierover anders. Door op voorhand (in de bijlage) aan te geven bij overschrijding van welke tijden Rotra mogelijk tot correctie overgaat, krijgt de werknemer duidelijkheid in welke situaties hij een toelichting moet geven. Dat is ook voor de werknemer handig, omdat hij die toelichting dan op het moment zelf kan geven, en niet achteraf moet nagaan waaraan de overschrijding te wijten was. Dit betekent niet dat daarmee een last bij de werknemer wordt neergelegd die bij de werkgever thuishoort, want het controlerecht brengt al mee dat van een werknemer een nadere toelichting kan worden verlangd. Mede gezien de wijze waarop Rotra daarmee in de praktijk omgaat, ziet het hof deze werkwijze als een praktische en transparante invulling van het controlerecht dat de werkgever op grond van de cao heeft. Daarbij is van belang dat Rotra, naar zij stelt en door FNV niet voldoende is betwist, bij het aanbrengen van correcties nooit meer corrigeert dan de tijden van de pauzestafel, die op grond van artikel 26a lid 2a van de cao in mindering (dienen te) worden gebracht van de diensturen. De correcties leiden er dus niet toe dat de werknemer minder diensturen krijgt uitbetaald dan die waarop hij op grond van de cao recht heeft.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 03-11-2020

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2020:8977

Zaaknummer: 200.240.001

Rechters: A.E.F. Hillen, K. Mans en I.A. Katz-Soeterboek

Advocaten: J.H. Mastenbroek en M.H.M. Deppenbroek

Wetsartikelen: 26a cao beroepsgoederenvervoer

RECHTSPRAAK

Ontslag op staande voet werknemer gemeente wegens het in strijd met de waarheid invullen van zijn TOZO-aanvraag onterecht gegeven. Niet gebleken dat hij dit opzettelijk heeft gedaan. Het gaat om privéhandelingen waarbij de gemeente ‘Chinese Walls’ had moeten hebben.

Feiten

Werknemer is op 1 juli 2017 als ambtenaar aangesteld bij Gemeente Amsterdam. Werknemer heeft op 15 februari 2019 aan Gemeente Amsterdam toestemming gevraagd voor (in het weekend te verrichten) taxiwerkzaamheden als zelfstandige. Bij besluit van 18 februari 2019 heeft Gemeente Amsterdam ingestemd met de te verrichten nevenwerkzaamheden. Werknemer heeft bij Gemeente Amsterdam een uitkering aangevraagd op grond van de Tijdelijke Overbruggingsregeling Zelfstandige Ondernemers (TOZO) 1 en eveneens op grond van TOZO 2, wegens inkomstenverlies uit de taxionderneming. Op 18 juni 2020 heeft Gemeente Amsterdam (als uitkeringsinstantie) Gemeente Amsterdam (als werkgever van werknemer) erop gewezen dat uit SUWI is gebleken dat werknemer werkzaam is bij Gemeente Amsterdam, dat hij een TOZO-uitkering heeft aangevraagd, dat de partner van werknemer via uitzendbureau X werkzaam is en dat er mogelijk sprake is van een integriteitsconflict. Op 19 juni 2020 is werknemer bij Gemeente Amsterdam gehoord door twee onderzoekers van het bureau Integriteit van Gemeente Amsterdam. Eveneens op 19 juni 2020 is werknemer, op basis van het gesprek, op staande voet ontslagen. Het ontslag is gegeven op de grond dat werknemer de aanvraagformulieren van TOZO 1 en TOZO 2 in strijd met de waarheid zou hebben ingevuld. Partijen twisten over de vraag of het ontslag op staande voet terecht is gegeven.

Oordeel

Naar het oordeel van de kantonrechter is de opzegging van de arbeidsovereenkomst niet rechtsgeldig. Daarbij wordt overwogen dat weliswaar vast is komen te staan dat werknemer een aantal vragen ten behoeve van de TOZO-uitkeringen onjuist heeft beantwoord, maar niet dat hij dit bewust of opzettelijk heeft gedaan. De kantonrechter gelooft werknemer in zijn stelling dat hij nooit de intentie heeft gehad om een uitkering te verkrijgen waar hij geen recht op had. Voorts is de kantonrechter van oordeel dat werknemer terecht heeft aangevoerd dat het, zeker bij de eerste aanvraag, in den lande niet duidelijk was wie er nu wel en wie niet recht op een TOZO-uitkering had. Zeker was toen niet algemeen bekend dat deze enkel bedoeld was om (per huishouding) het inkomen aan te vullen tot het sociaal minimum.

Geoordeeld wordt dat de handelwijze van werknemer niet dusdanig ernstig is, dat er gesproken kan worden van een dringende reden. Daarbij is van belang dat het om privéhandelingen gaat. Dat in deze zaak Gemeente Amsterdam niet alleen werkgever is maar ook uitkeringsinstantie is in feite toeval en behoort niet ten nadele van werknemer te worden meegewogen. Integendeel, het dient ten nadele van Gemeente Amsterdam te worden uitgelegd. Er moet immers worden vastgesteld dat van 'Chinese Walls', die er zouden behoren te zijn, geen sprake is. Bij deze muren gaat het om door de wetgever of door organisaties zelf opgelegde, preventieve dan wel door de praktijk gegroeide scheiding tussen afdelingen met (mogelijk) tegengestelde belangen. Gemeente Amsterdam als uitkeringsinstantie heeft Gemeente Amsterdam als werkgever ingeseind dat uit SUWI was gebleken dat werknemer werkzaam was voor Gemeente Amsterdam en dat er mogelijk sprake was van een integriteitsconflict. Naar het oordeel van de kantonrechter is van een integriteitsconflict geen sprake. Bij het aanvragen van de TOZO-uitkeringen is de positie van werknemer als werknemer niet in het geding geweest. Hij heeft van zijn werknemerschap geen gebruik of misbruik gemaakt. Ook was er geen sprake van dat het werknemerschap hem in een gunstiger of kwetsbaarder positie kon brengen bij het vragen van de uitkering. Aldus moet geoordeeld worden dat werknemer niet gehandeld heeft in strijd met zijn ambtseed of met de gedragscode. Er wordt ook nog meegewogen dat de gevolgen van het ontslag op staande voet voor werknemer onevenredig groot zijn. Niet alleen hij is zijn baan kwijt, maar ook zijn partner. Met deze partner heeft Gemeente Amsterdam de uitzendrelatie verbroken, op grond van de handelwijze van werknemer. Het gezin is daarmee in feite brodeloos geworden. Tot slot weegt nog mee dat werknemer onweersproken heeft aangevoerd dat hij een onberispelijke staat van dienst heeft. Gelet op al het bovenstaande zal de kantonrechter het ontslag op staande voet vernietigen.

Ontbinding van de arbeidsovereenkomst?

Onder verwijzing naar die feiten wordt geoordeeld dat er geen redelijke grond voor ontbinding is. Gemeente Amsterdam had kunnen en moeten volstaan met het geven van een waarschuwing. De verwijtbaarheid van enige omvang, noodzakelijk voor toewijzing van de e-grond ontbreekt. Niet gebleken is van een verstoorde arbeidsverhouding, waarbij wordt opgemerkt dat een goed gesprek de lucht tussen partijen moet kunnen klaren. Ook de combinatiegrond is niet toewijsbaar, nu het feitenpakket daarvoor ontoereikend is. Al met al zal de arbeidsovereenkomst niet worden ontbonden.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 26-10-2020

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2020:5156

Zaaknummer: EA 20/591

Rechters: T.M.A. van Löben Sels

Advocaten: S. van Andel en J.T.M. van Doesum

Wetsartikelen: 7:678 lid 1 BW

RECHTSPRAAK

Geen schorsing concurrentie- en relatiebeding. De reikwijdte van het relatiebeding is voor werknemer voldoende duidelijk. Geringe overschrijding van de 30 kilometer onvoldoende grond om werknemer niet te houden aan die arbitrair gekozen en overeengekomen afstand.

Feiten

Werknemer is in 2015 voor de duur van zeven maanden bij InAxtion B.V. in dienst getreden in de functie van consultant. In de arbeidsovereenkomst staat onder meer een non-concurrentiebeding en een relatiebeding. De arbeidsovereenkomst tussen partijen is vervolgens met een jaar verlengd. Bij brief van 6 februari 2017 is aan werknemer bevestigd dat het tijdelijke dienstverband per 3 maart 2017 wordt omgezet naar een dienstverband voor onbepaalde tijd. Werknemer heeft ook deze brief voor akkoord getekend. In deze brief is opgenomen: ‘Alle overige voorwaarden uit uw arbeidsovereenkomst blijven ongewijzigd van kracht. Hierbij wijzen wij u nadrukkelijk op de artikelen die betrekking hebben op de overeengekomen bedingen inzake non-concurrentie, zijnde de artikelen 14 t/m 19 en artikel 21.’ Bij brief van 24 augustus 2018 heeft werknemer de arbeidsovereenkomst opgezegd tegen 1 oktober 2018. Het voornemen van werknemer was om in dienst te treden bij Oranjegroep Holding B.V. (hierna: Oranjegroep), vestiging Moerdijk. Oranjegroep is net als InAxtion een uitzendorganisatie voor technisch personeel. Beide bedienen geheel of ten dele dezelfde markt. De kantonrechter heeft de vorderingen van werknemer, primair schorsing van het concurrentiebeding en relatiebeding en subsidiair te bepalen dat hij niet gebonden is aan het concurrentiebeding, afgewezen. Werknemer is hiervan in hoger beroep gekomen.

Oordeel

Grief 3 faalt omdat naar het voorlopige oordeel van het hof met de formulering ‘de artikelen die betrekking hebben op de overeengekomen bedingen inzake non-concurrentie, zijnde de artikelen 14 t/m 19 en artikel 21’ voldoende duidelijk – ook voor werknemer – tot uitdrukking is gebracht dat tot die bedingen ook behoort het relatiebeding in artikel 18. Voor zover werknemer heeft bedoeld te betogen dat aan het schriftelijkheidsvereiste niet is voldaan op de grond dat de oorspronkelijke arbeidsovereenkomst niet als bijlage is gevoegd bij de brieven van 29 januari 2016 en 6 februari 2017, faalt die klacht omdat werknemer door deze brieven voor akkoord te tekenen uitdrukkelijk heeft verklaard in te stemmen met de daarin nadrukkelijk genoemde bedingen en daarmee aan het schriftelijkheidsvereiste is voldaan. Voorshands is het hof met de kantonrechter van oordeel dat op grond van de inhoud van de door werknemer voor akkoord getekende brief van 6 februari 2017 moet worden aangenomen

dat het concurrentiebeding tussen partijen opnieuw is overeengekomen bij het sluiten van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Of het concurrentiebeding eerder geldig was of vernietigbaar, acht het hof daarom zonder belang. Onbillijke benadeling van werknemer in verhouding tot het te beschermen belang van InAxtion doet zich te minder voor nu gebleken is dat werknemer in dienst is getreden van Oranjegroep en voorlopig werkzaam is bij de vestiging van Oranjegroep te Antwerpen. Aan te nemen valt daarom dat het concurrentiebeding aan de gestelde inkomens- en positieverbetering niet in de weg staat. Ook grief 5 heeft geen succes. Het is aan werknemer om voldoende aannemelijk te maken dat de bodemrechter tot het oordeel zal komen dat de door hem beoogde vestiging van Oranjegroep te Moerdijk niet binnen een straal van 30 kilometer vanaf het adres van InAxtion is gelegen en op die grond zijn vordering zal toewijzen. Op grond van het aan Google Maps ontleende verweer van InAxtion kan echter niet worden geoordeeld dat de door werknemer gestelde afstand van meer dan 30 kilometer voldoende aannemelijk is geworden. Werknemer heeft nog naar voren gebracht dat het onredelijk is hem aan een geografische beperking te houden wanneer de grensoverschrijding slechts enkele honderden meters zou zijn, maar hierin volgt het hof werknemer evenmin. De mogelijk min of meer arbitrair gekozen afstand van 30 kilometer is tussen partijen overeengekomen en het hof ziet in de betrekkelijk geringe overschrijding onvoldoende grond werknemer niet te houden aan die afstand. Het ligt in de rede artikel 18 uit te leggen tegen de achtergrond van artikel 17 en de in artikel 18 bedoelde relaties te beperken tot de personen, instellingen of bedrijven die in de periode van 24 maanden voorafgaande aan het einde van het dienstverband behoorden tot de cliënten of relaties van InAxtion. Het ligt eveneens, overeenkomstig het verweer van InAxtion, in de rede onder cliënten en relaties te verstaan de opdrachtgevers en uitzendkrachten van InAxtion. Aldus gelezen, is de reikwijdte van het relatiebeding naar het voorlopige oordeel van het hof voor werknemer voldoende duidelijk om zijn gedrag te kunnen bepalen. Voor een (verdere) beperking van het relatiebeding – mocht werknemer die hebben beoogd – bestaat geen aanleiding. De slotsom luidt dat geen van de grieven slaagt. Het bestreden vonnis zal daarom worden bekrachtigd.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 08-10-2020

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2020:2643

Zaaknummer: 200.278.899/01 OK

Rechters: A.W.H. Vink, A.J. Wolfs en H.J. Vetter

Advocaten: J.D.A. Domela Nieuwenhuis en F.C.A. van de Bult

Wetsartikelen: 20 WOR en 26 WOR

RECHTSPRAAK

Ontbinding arbeidsovereenkomst e-grond. Sprake van ernstig verwijtbaar handelen en nalaten nu werknemer bij herhaling niet is verschenen op de afspraken met de werkgever en hij op geen enkele wijze heeft meegewerkt aan zijn re-integratie. Geen transitievergoeding.

Feiten

Werknemer is sinds 23 mei 2016 voor onbepaalde tijd in dienst als logistiek medewerker A bij Bidfood B.V. Op 29 november 2019 heeft werknemer zich telefonisch ziekgemeld. In dit telefoongesprek heeft Bidfood werknemer uitgenodigd om op 4 december 2019 in gesprek te gaan over zijn re-integratie. Op 4 december 2019 is werknemer niet verschenen. Bij brief van 4 december 2019 heeft Bidfood werknemer gewezen op het niet nakomen van zijn re-integratieverplichtingen. Op 4 maart 2020 heeft Bidfood zowel per e-mail als per gewone en aangetekende post een brief gezonden waarin aan werknemer wordt medegedeeld dat in verband met het ongeoorloofd verzuim de loonstop wordt gehandhaafd. Op 7 mei 2020 is op verzoek van Bidfood door het UWV een deskundigenoordeel uitgebracht. Het UWV is van oordeel dat de re-integratie-inspanningen van werknemer onvoldoende zijn. Bidfood verzoekt de arbeidsovereenkomst met werknemer te ontbinden vanwege (ernstig) verwijtbaar handelen. Werknemer heeft geen verweer gevoerd en is niet ter zitting verschenen.

Oordeel

Bidfood verwijt werknemer dat hij zonder deugdelijke grond zijn re-integratieverplichtingen niet heeft nageleefd. Artikel 7:671b lid 5 BW bepaalt dat de arbeidsovereenkomst alleen op de e-grond kan worden ontbonden in verband met het niet nakomen van de wettelijke re-integratieverplichtingen als aan de volgende drie voorwaarden is voldaan. Ten eerste geldt dat de werkgever de werknemer schriftelijk moet hebben gemaand tot nakoming van de re-integratieverplichtingen. Ten tweede moet de werkgever om die reden de loondoorbetaling hebben gestaakt. Tot slot dient de werkgever te beschikken over een deskundigenverklaring. Uit de overgelegde stukken blijkt dat aan de hiervoor genoemde formele vereisten is voldaan. De kantonrechter is van oordeel dat werknemer gedurende de periode van 4 december 2019 tot en met 4 maart 2020 herhaaldelijk is tekortgeschoten in de op hem rustende verplichtingen. Zo is werknemer meerdere keren niet verschenen op een afspraak met zijn werkgever en heeft hij geen gehoor gegeven aan het verzoek om het plan van aanpak te ondertekenen. Daarnaast heeft Bidfood, in overleg met de bedrijfsarts, Werknemer passende en minder fysiek belastende werkzaamheden aangeboden. Werknemer is bij herhaling niet

verschenen op het werk, zonder afmelding of zonder dat daartoe een geldige reden was. Indien werknemer van mening zou zijn dat de hem aangeboden werkzaamheden niet passend zouden zijn en daarom, zonder vermelding van redenen, niet op gemaakte afspraken zou verschijnen, dan lag het op zijn weg om zelfstandig een deskundigenoordeel bij het UWV op te vragen. Hoewel Bidfood hem op deze mogelijkheid heeft gewezen, is gesteld noch gebleken dat werknemer hiervan gebruik heeft gemaakt. Op grond van de onweersproken feitelijke stellingen van Bidfood wordt geoordeeld dat aan de zijde van werknemer sprake is van verwijtbaar handelen en nalaten als bedoeld in artikel 7:669 lid 3 sub e BW. Voorts is er sprake van ernstig verwijtbaar handelen en nalaten nu werknemer bij herhaling niet is verschenen op de afspraken met de werkgever en hij op geen enkele wijze heeft meegewerkt aan zijn re-integratie. Gelet op artikel 7:673 lid 7 sub c BW wordt geoordeeld dat Bidfood geen transitievergoeding is verschuldigd.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 07-08-2020

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2020:7303

Zaaknummer: 8595423 AO VERZ 20-89

Rechters: D.P. Ruitinga

Advocaten: J.E. van der Wolf

Wetsartikelen: 7:669 lid 3 sub e BW, 7:671b lid 5 BW, 7:660a BW en 7:673 lid 7 sub c BW

RECHTSPRAAK

Ontbinding i-grond. Ontbinding d-grond en g-grond uitsluitend niet gerechtvaardigd door gebreken ten aanzien van de tijdigheid van mededeling van de ongeschiktheid en door gebreken in de aanpak van de verstoring. Maximale cumulatievergoeding.

Feiten

Werknemer is sinds 1 november 2001 in dienst bij Pipelife Nederland B.V. (hierna: Pipelife). De huidige functie van werknemer is Senior Purchaser. In een gesprek van 28 oktober 2019 is werknemer door de algemeen directeur geïnformeerd dat Pipelife niet tevreden was over het functioneren van werknemer en dat Pipelife de samenwerking wilde beëindigen. In een gesprek van 7 november 2019 heeft Pipelife opnieuw kenbaar gemaakt aan werknemer dat partijen anders aankijken tegen de manier waarop de functie van Senior Purchaser moet worden ingevuld. Op 9 december 2019 heeft Pipelife in een brief aan werknemer meegedeeld dat er al langere tijd bezwaren zijn tegen zijn functioneren en dat werknemer de gelegenheid krijgt zijn functioneren te verbeteren. Werknemer heeft vanaf februari 2020 coaching gehad. In een eindgesprek van 9 juli 2020 is aan werknemer meegedeeld dat volgens Pipelife zeven maanden na de start van het verbetertraject geen sprake was van een zodanige verbetering dat werknemer voldoende functioneert als Senior Purchaser. Pipelife verzoekt de arbeidsovereenkomst met werknemer te ontbinden primair vanwege disfunctioneren.

Oordeel

d-grond

Pipelife kan worden gevolgd in haar stelling dat werknemer eveneens tekortschiet in zijn 'seniore rol', doordat hij onvoldoende initiatief neemt en onvoldoende een leidende rol laat zien. Die stelling is ook concreet onderbouwd in de verslagen van de evaluatiegesprekken. Gelet op het voorgaande kan in redelijkheid worden geoordeeld dat sprake is van disfunctioneren. De kantonrechter oordeelt verder dat Pipelife na 9 december 2019 op zichzelf wel serieus gelegenheid heeft geboden aan werknemer om zijn functioneren te verbeteren. Er is immers vanaf 9 december 2019 een verbetertraject doorlopen van meer dan zes maanden en daarbij is voldoende duidelijk beschreven waar werknemer tekortschoot in zijn functioneren en op welke punten hij verbetering moest laten zien. Ook is er bijna iedere twee weken een evaluatiegesprek geweest, is werknemer begeleid door X en heeft werknemer vanaf februari 2020 coaching gehad. Naar het oordeel van de kantonrechter heeft Pipelife de ongeschiktheid echter niet tijdig meegedeeld en is daardoor ook afbreuk gedaan aan een reële gelegenheid tot

verbetering. Gelet op het langdurige dienstverband van werknemer en het ontbreken van kritiek in het verleden, had meer van Pipelife mogen worden verwacht. In ieder geval had van haar verlangd kunnen worden om niet direct in te zetten op beëindiging van het dienstverband. Door toch op deze wijze te handelen, heeft Pipelife werknemer niet op juiste en tijdige wijze geïnformeerd over het disfunctioneren en heeft zij gezorgd voor een 'valse start' van het verbetertraject, waarmee ook afbreuk is gedaan aan de reële gelegenheid tot verbetering. Dat valt Pipelife aan te rekenen en dat betekent ook dat ontbinding van de arbeidsovereenkomst uitsluitend op basis van het disfunctioneren van werknemer niet gerechtvaardigd is.

g-grond

De kantonrechter constateert dat de arbeidsverhouding tussen partijen inmiddels zodanig is verstoord dat een draagvlak voor verdere samenwerking niet of nauwelijks meer aanwezig is. Er is echter onvoldoende reden om de arbeidsovereenkomst te ontbinden wegens uitsluitend de verstoorde arbeidsverhouding. Mede gelet op de lange duur van het dienstverband kon van Pipelife worden gevergd om zich, meer dan zij nu heeft gedaan, in te spannen om de verstoring van de arbeidsverhouding aan te pakken of op te lossen, bijvoorbeeld door mediation in te zetten of door de kennelijk groeiende moeizame verhouding tussen werknemer en X in goede banen te leiden. Dat was temeer vereist nu Pipelife heeft gezorgd voor een 'valse start' in het verbetertraject waardoor de arbeidsverhouding onnodig snel 'op scherp is gezet'. Ook dat valt Pipelife aan te rekenen en brengt mee dat ontbinding op alleen deze grond niet gerechtvaardigd is.

i-grond

Hoewel het disfunctioneren en de verstoorde arbeidsverhouding op zichzelf dus onvoldoende grond voor ontbinding opleveren, is de in dat kader vastgestelde combinatie van omstandigheden wel voldoende om tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst over te gaan. Daarbij weegt de kantonrechter mee dat op zichzelf wel vaststaat dat sprake is van disfunctioneren en van een verstoorde arbeidsverhouding, maar dat uitsluitend door gebreken ten aanzien van de tijdigheid van mededeling van de ongeschiktheid en door gebreken in de aanpak van de verstoring van de arbeidsverhouding, ontbinding op een van die gronden niet gerechtvaardigd is. Ook is van belang dat niet goed valt in te zien dat die gebreken inmiddels nog te herstellen zijn en dat gelet op de vertrouwensbreuk moet worden aangenomen dat een nieuw verbetertraject geen echte kans van slagen meer heeft. Dat brengt mee dat in dit geval sprake is van een zodanige combinatie van omstandigheden genoemd in twee gronden dat van Pipelife in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. De conclusie is dat de kantonrechter het verzoek van Pipelife zal toewijzen en dat de arbeidsovereenkomst dus zal worden ontbonden. Hiervoor is geoordeeld dat Pipelife wel steken heeft laten vallen ten aanzien van de tijdige mededeling van de ongeschiktheid en het aanpakken van de verstoring van de arbeidsverhouding, maar dat is niet aan te merken als ernstig verwijtbaar handelen. De kantonrechter ziet geen aanleiding om aan werknemer een billijke vergoeding toe te kennen.

Cumulatievergoeding

Omdat er ten aanzien van het disfunctioneren en de verstoorde arbeidsovereenkomst als ontbindingsgronden geen geringe gebreken waren en Pipelife serieuze steken heeft laten vallen, ziet de kantonrechter aanleiding om de maximale cumulatievergoeding toe te kennen. Daarbij weegt de kantonrechter mee dat niet valt in te zien om welke reden een lagere cumulatievergoeding zou moeten worden toegekend. Pipelife heeft ook geen argumenten of omstandigheden aangedragen die aanleiding kunnen zijn voor toekenning van een lagere cumulatievergoeding.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 28-10-2020

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2020:8985

Zaaknummer: 8673487 AO VERZ 20-70

Rechters: P.J. Jansen

Advocaten: S. van Ketel en O.N.P. Nijkamp

Wetsartikelen: 7:669 lid 3 sub d BW, 7:669 lid 3 sub g BW, 7:669 lid 3 sub i BW en 7:671b lid 8 BW

RECHTSPRAAK

Slapend dienstverband. Werkgever had bij het verzoek van werknemer om zijn eindafrekening moeten begrijpen dat hij verzocht om beëindiging van de arbeidsovereenkomst. In de gegeven omstandigheden is sprake van een informatieplicht voor werkgever.

Feiten

Werknemer is met ingang van 1 januari 2020 in dienst getreden bij werkgever in de functie van logistiek medewerker. Op de arbeidsovereenkomst was de Cao Metaalbewerkingsbedrijf van toepassing. Op 19 december 2016 is werknemer als gevolg van ziekte uitgevallen. Met ingang van 17 december 2018 is aan hem een WGA-uitkering toegekend. Bij brief van 22 november 2018 heeft werkgever aan werknemer medegedeeld dat per 17 december 2018 de loondoorbetaling zal stoppen. Op 19 maart 2019 vraagt werknemer aan werkgever wanneer er een eindafrekening van het dienstverband plaats zal vinden, waarop werkgever reageert dat deze plaatsvindt bij uitdiensttreding, waarvan nog geen sprake is. Op 11 november 2019 heeft werknemer hulp gezocht bij het FNV naar aanleiding van de beslissing van de Hoge Raad inzake slapende dienstverbanden. Op het intakeformulier heeft hij per abuis ingevuld dat hij op 19 december 2019 met pensioen zou gaan in plaats van per 19 november 2019. Werkgever is op 18 november 2019 door werknemer gewezen op de uitspraak van de Hoge Raad en verzocht om tot beëindiging van het dienstverband over te gaan. Bij brief van 22 november 2019 heeft werkgever gereageerd en werknemer bericht dat medewerking aan de beëindiging van de arbeidsovereenkomst niet meer mogelijk is nu de arbeidsovereenkomst ingevolge artikel 12 lid 2 van de CAO voor het Metaalbewerkingsbedrijf reeds is geëindigd met ingang van 19 november 2019. Werkgever merkt daarbij op dat werknemer niet eerder een verzoek heeft gedaan om het dienstverband te beëindigen, maar alleen heeft geïnformeerd naar de eindafrekening. Werkgever heeft begin 2019 aan een directe collega van werknemer, die ook langer dan twee jaar arbeidsongeschikt was en voor wie evenmin re-integratiemogelijkheden bij werkgever bestonden, meegewerkt aan de beëindiging van de arbeidsovereenkomst onder betaling van de transitievergoeding. Werknemer vordert bij de kantonrechter werkgever te veroordelen tot betaling aan hem van de transitievergoeding.

Oordeel

Volgens de kantonrechter moet vooropgesteld worden dat uit de *Xella*-uitspraak van de Hoge Raad geen algemene informatieplicht voor werkgevers voortvloeit. De kantonrechter overweegt dat werkgever, toen werknemer uitdrukkelijk vroeg om een eindafrekening, had moeten begrijpen, dan wel rekening had moeten houden met de mogelijkheid dat hij

kennelijk uitging van beëindiging van het dienstverband. Tegen die achtergrond had van werkgever verwacht mogen worden dat hij bij werknemer navraag had gedaan wat hij bedoelde met de eindafrekening. Dat heeft werkgever niet alleen nagelaten, werkgever heeft werknemer onjuist, althans onvolledig geïnformeerd bij de brief van 19 maart 2019, terwijl werkgever op de hoogte was van de juridische discussies rondom het beëindigen van slapende dienstverbanden en de komst van de Compensatieregeling Transitievergoeding, wat blijkt uit de beëindiging van het eveneens slapend dienstverband met een collega van werknemer. Als werkgever omstreeks maart 2019 naar aanleiding van het verzoek van werknemer om de eindafrekening werknemer al niet deugdelijk had moeten informeren, had hij dat zeker na 8 maart 2019, toen de *Xella*-uitspraak door de Hoge Raad werd gedaan, moeten doen. Gegeven het verzoek om de eindafrekening kan het verweer van werkgever dat werknemer, anders dan zijn collega, niet expliciet om beëindiging van de arbeidsovereenkomst en uitbetaling van de transitievergoeding heeft verzocht niet slagen. Bovendien was werknemer met de e-mail van 18 november 2019, daags voordat de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigde door het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd, net op tijd. Zo werkgever al niet eerder werknemer juist had moeten informeren had hij zeker direct op de e-mail van 18 november 2019 positief moeten reageren. De slotsom is dat werknemer heeft gehandeld in strijd met de norm van goed werkgeverschap en derhalve gehouden is aan werknemer alsnog, bij wijze van schadevergoeding, een bedrag ter hoogte van de transitievergoeding, onbetwist gebleven gesteld een bedrag van € 43.068 (bruto) te voldoen.

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 04-11-2020

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2020:5890

Zaaknummer: 8274065 \ CV EXPL 20-847 \ 498

Rechters: E.W. de Groot

Advocaten: M.T.A. Lamers en Y. Baake

Wetsartikelen: 7:673 BW

RECHTSPRAAK

Werknemers van Vomar mogen na sluitingstijd filiaal alleen gezamenlijk verlaten. Het kwartier wachttijd na sluitingstijd wordt aangemerkt als arbeid, hetgeen meebrengt dat Vomar het loon over de wachttijd had moeten uitbetalen.

Feiten

Werknemer is op 4 juli 2011 bij Vomar Voordeelmarkt B.V. (hierna: Vomar) in dienst getreden in de functie van hulpkracht. Op de arbeidsovereenkomst is de cao VGL van toepassing. Binnen Vomar is een personeelsgids en personeelshandboek geïntroduceerd, hetgeen herhaaldelijk aan werknemers is medegedeeld. Werknemer is werkzaam voor het filiaal van Vomar in IJmuiden dat dagelijks tot 22.00 uur geopend is. Partijen hebben op 3 augustus 2018 overleg met elkaar gehad over het verplicht samen vertrekken vanuit het filiaal na sluitingstijd en hoe die tijd te registreren. Werknemer heeft zich daar op het standpunt gesteld dat de wachttijd, die kan oplopen tot 15 minuten, moet worden uitbetaald omdat het wachten voortvloeit uit een regel die is ingesteld door de filiaalmanager. Werkgever stelt zich op het standpunt dat de wachttijd niet betaald hoeft te worden op basis van artikel 10 van de cao VGL. Artikel 10 bepaalt dat 'Alle werkelijke in opdracht van de werkgever gewerkte tijd, moet worden beloond in tijd of geld'. Wel heeft werkgever vanuit het oogpunt van coulance voorgesteld 5 gewerkte uren na te betalen bij wijze van eenmalige compensatie. Werknemer vordert dat de kantonrechter Vomar veroordeelt tot betaling van het achterstallig loon over de periode van februari 2015 tot en met februari 2020.

Oordeel

De kantonrechter overweegt dat de wachttijd gekwalificeerd moet worden als arbeid. Hoewel sprake is van 'wachttijd', gebeurt dit in opdracht van Vomar. De wachttijd valt daarmee onder het begrip arbeid in de zin van artikel 7:610 BW. Werknemer moet zich immers gedurende die wachttijd beschikbaar houden voor Vomar en blijkt de toelichting op dit artikel is ook het louter beschikbaar zijn van arbeidskracht, voldoende om invulling te geven aan het begrip arbeid. Dat de wachttijd is ingegeven vanuit veiligheidsoverwegingen, kan daaraan niet afdoen. Op grond van artikel 7:658 lid 1 BW is het ook de taak van Vomar om als werkgever voor een veilige werkomgeving te zorgen en de middelen daarvoor beschikbaar te stellen, in dit geval in de vorm van wachttijd. Dit betekent dat werknemer gedurende de wachttijd recht heeft op loon. Gelet op de werkzaamheden en omschrijving van zowel werknemer als Vomar van de tijd na sluitingstijd, komt het de kantonrechter aannemelijk voor dat het in de praktijk een kwartier kost om het pand gezamenlijk te verlaten. Werknemer heeft met een overzicht

inzichtelijk gemaakt op welke dagen hij na sluitingstijd een kwartier heeft gewacht totdat hij het pand kon verlaten. Dit overzicht is volgens de kantonrechter onvoldoende gemotiveerd betwist door Vomar, zodat van de juistheid daarvan zal worden uitgegaan. Wel worden op deze uren van in totaal 41,25 de vijf uitbetaalde compensatie-uren in mindering gebracht, nu niet is gesteld of gebleken dat werknemer daarmee in zijn berekening rekening heeft gehouden. De kantonrechter zal deze uren op het saldo van 2018 in mindering brengen. Hoewel werknemer aanvoert dat de gehanteerde uurlonen onjuist zijn, gaat de kantonrechter hier niet in mee, nu het op de weg van eiser had gelegen om bij zijn vordering zijn uurlonen te onderbouwen. Omdat hij dit niet heeft gedaan, gaat de kantonrechter uit van de uurlonen zoals deze door Vomar zijn gesteld.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 04-11-2020

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2020:8777

Zaaknummer: 8432244 \ CV EXPL 20-1390

Rechters: S.W.S. Kiliç

Advocaten: M.H. Horst en H.J. Ulehake-Mink

Wetsartikelen: 7:610 BW en 7:628 BW

RECHTSPRAAK

Sluiting restaurant in verband met corona in beginsel voor risico werkgever. Werkneemster had de haar opgedragen werkzaamheden in het afhaalgedeelte, die afwijken van haar normale werkzaamheden, onder omstandigheden van het coronavirus niet mogen weigeren. Werkgever hoeft enkel de gewerkte uren te betalen.

Feiten

Werkneemster is op 1 augustus 2017 in dienst getreden bij werkgever in de functie van medewerker bediening. Werkgever heeft vanaf 1 april 2020 geen loon meer betaald aan werkneemster. Bij brief van 13 juli 2020 heeft werkneemster aan werkgever verzocht om het achterstallige loon over de maanden april, mei en juni 2020 binnen zeven dagen per bank aan haar te voldoen. Werkgever heeft via whatsapp gereageerd dat wegens de coronacrisis met werkneemster is overlegd dat zij van 1 april 2020 tot 31 juli 2020 stopt bij werkgever en vanaf 1 augustus 2020 weer bij werkgever begint. Werkneemster heeft de kantonrechter verzocht werkgever te veroordelen tot betaling van het achterstallige loon vanaf 1 april 2020 tot en met heden.

Oordeel

Werkgever heeft werkneemster verzocht om andere werkzaamheden te verrichten dan de gebruikelijke bedieningswerkzaamheden in het restaurantgedeelte van werkgever. De kantonrechter volgt de stelling van werkneemster dat zij van werkgever als kok moest werken niet. Uit de overlegde WeChat-gesprekken tussen werkgever en werkneemster volgt dat werkgever werkneemster meerdere malen heeft verzocht om in het afhaalgedeelte werkzaamheden te verrichten of maaltijden te bezorgen en dat daarop door werkneemster niet is gereageerd dan wel is gereageerd met 'Je houdt me voor de gek, afhalen?'. Tijdens de mondelinge behandeling is van de zijde van werkgever nog toegelicht dat hij werkneemster heeft verzocht om mee te helpen in de keuken om bestellingen klaar te maken en om eten in bakjes te doen en de bestellingen daarna via 'het poortje naar buiten te duwen'. Dit zijn werkzaamheden die zich eerder laten vergelijken met het werk in de bediening, dan met het werk als kok. Bovendien ziet de kantonrechter niet in dat werkgever er belang bij zou hebben om werkneemster te laten werken als kok, terwijl zij daarvoor niet is gekwalificeerd. Ook de stelling van werkneemster dat zij niet kon komen werken omdat zij geen oppas voor haar zoon had, volgt de kantonrechter niet. Uit WeChat-gesprekken blijkt dat werkgever werkneemster heeft aangeboden dat zij haar zoon mee kon nemen naar het restaurant. Mede in het licht van de bijzondere omstandigheden rond de coronacrisis is de kantonrechter van

oordeel dat de door werkgever opgedragen werkzaamheden redelijk zijn en dat van werkneemster verwacht had mogen worden dat zij die werkzaamheden zou verrichten, zeker nu werkgever ook te kennen heeft gegeven dat het geen probleem was als zij haar zoon zou meenemen naar het restaurant. Uit het voorgaande volgt dat het niet verrichten van de werkzaamheden in redelijkheid voor rekening van werkneemster behoort te komen. Dit betekent dat werkgever uitsluitend gehouden is het loon van werkneemster door te betalen voor de dagen en uren die zij wel heeft gewerkt.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 03-11-2020

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2020:9951

Zaaknummer: 8689030 VV EXPL 20-303

Rechters: W.J.J. Wetzels

Advocaten: N. Slingerland en P.F.Y. Yuen

Wetsartikelen: 7:628 BW

RECHTSPRAAK

Ontslag op staande voet wegens onvoldoende controle op facturen niet rechtsgeldig. Gefixeerde schadevergoeding en billijke vergoeding van € 30.000 toegekend. Werkgever wordt daarnaast veroordeeld tot het doen van een rehabilitatiemededeling.

Feiten

Werknemer, geboren in 1953, is op 1 september 2017 bij Werkorganisatie Buch in dienst getreden als programmamanager. Nadat zijn dienstverband is geëindigd in 2020 wegens het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd, is de arbeidsrelatie aansluitend verlengd tot 2021. Op 18 februari 2020 is werknemer door de domeinmanager gevraagd input te leveren op een door de externe projectleider aangeleverde onderbouwing van een aantal facturen. Werknemer heeft daarop op 24 februari 2020 gereageerd. De domeinmanager heeft vervolgens op 27 februari 2020 Hoffman Bedrijfsrecherche (hierna: Hoffman) ingeschakeld met de opdracht om vast te stellen of de externe projectleider werkzaamheden heeft gefactureerd die niet zijn uitgevoerd en zo ja, of er interne betrokkenheid is geweest bij het opmaken van deze valse facturen. Op 16 april 2020 is werknemer door Buch geschorst hangende het onderzoek. Uit het onderzoek van Hoffman is gebleken dat werknemer onvoldoende controles heeft uitgevoerd op de facturatie vanuit de externe projectleider. Bij e-mail van 4 juni 2020 is het rapport van Hoffmann met werknemer gedeeld, waarbij hem is medegedeeld dat het voornemen bestond hem op staande voet te ontslaan en hij in de gelegenheid wordt gesteld om op het ontslagvoornemen te reageren. Werknemer maakt bij brief van 8 juni 2020 bezwaar tegen het ontslagvoornemen en verzoekt om wederhoor. Buch heeft aan dit verzoek geen gehoor gegeven en ontslaat werknemer op staande voet op 10 juni 2020. Werknemer verzoekt de kantonrechter om Buch te veroordelen tot vernietiging van het ontslag op staande voet en betaling van het loon bij regelmatige opzegging, een billijke vergoeding en tot het plaatsen van een bericht op haar intranet met de mededeling tot het rehabiliteren van werknemer.

*Oordeel**Ontslag op staande voet*

De kantonrechter is het met Buch eens dat de wijze waarop de controle op (de facturatie op) het project was ingericht, onvoldoende is geweest. De gedragingen (of het nalaten) van werknemer leveren echter in de gegeven omstandigheden geen dringende reden op. Daarbij is allereerst van belang dat de werkwijze waarop de samenwerking tussen Buch en de externe projectleider was vormgegeven al bestond toen werknemer aantrad. Bovendien heeft

Hoffmann niet vastgesteld dat werknemer wetenschap heeft gehad van de onjuiste facturen en al helemaal niet dat werknemer met de externe projectleider onder één hoedje speelde, waarvan Buch werknemer, zo is ter zitting desgevraagd door Buch verklaard, wel verdacht. Vaststaat aldus dat werknemer zich zelf op geen enkele wijze heeft bevoordeeld. Daarbij komt dat werknemer aannemelijk heeft gemaakt dat wel degelijk werd gecontroleerd of facturen van de externe projectleider waren voorzien van een urenverantwoordingsstaat en dat werknemer de externe projectleider erop heeft aangesproken toen deze ontbraken. Ook is niet vast komen te staan dat Buch daadwerkelijk financiële schade heeft geleden. Verder is de kantonrechter van oordeel dat Buch ook op procedureel vlak de nodige steken heeft laten vallen. Zo is de onderzoeksperiode erg lang geweest en valt te betwijfelen of daarmee aan de onverwijldheidseis is voldaan. Bovendien is werknemer niet deugdelijk gehoord. De kantonrechter vindt deze handelwijze onzorgvuldig en (onnodig) beschadigend voor werknemer. Gelet op al het voorgaande is het ontslag op staande voet niet rechtsgeldig gegeven.

Vergoedingen

Als gevolg van de onregelmatige opzegging heeft werknemer recht op het loon over de opzegtermijn bij rechtsgeldige opzegging. Ook zal de kantonrechter aan werknemer een billijke vergoeding toekennen. Hoewel de kantonrechter niet heeft kunnen vaststellen dat Buch financieel is benadeeld, kan evenmin met zekerheid worden vastgesteld dat dit niet het geval is geweest. De kantonrechter acht het waarschijnlijk dat, wanneer door Buch een ontbindingsverzoek zou zijn ingediend, de arbeidsovereenkomst per 1 november 2020 zou zijn ontbonden, hetgeen leidt tot een inkomensverlies van circa 4,5 maand. Dat werknemer de pensioengerechtigde leeftijd al heeft bereikt, doet aan dit inkomensverlies niet af. Gelet daarbij nog op de mate waarin Buch een verwijt kan worden gemaakt, stelt de kantonrechter de billijke vergoeding vast op € 30.000 bruto.

Rehabilitatie

De kantonrechter vindt het aannemelijk dat de reputatie van werknemer (ernstig) is geschaad door zijn plotselinge vertrek in combinatie met het daags daarna verschenen mediabericht 'dat er aangifte is gedaan tegen een ambtenaar in het kader van een fraudeonderzoek'. Het belang van werknemer bij rehabilitatie is daarmee gegeven. De kantonrechter zal daarom de rehabilitatie toewijzen zoals hierna vermeld.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 26-10-2020

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2020:8982

Zaaknummer: 8647397 AO VERZ 20-108

Rechters: W. Aardenburg

Advocaten: J.F. Holsteijn en J.P. Dikker

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

RECHTSPRAAK

Ontbindingsverzoek docent afgewezen. Niet staat vast dat de docent, hoewel hij meer zorgvuldigheid had kunnen betrachten, volledig zijn eigen weg heeft gevolgd en daarmee het bevoegd gezag heeft willen ondermijnen. Ook is niet gebleken dat de verstoorde arbeidsverhouding niet meer te repareren valt.

Feiten

Werknemer is op 3 september 2001 in dienst getreden bij Stichting voor interconfessioneel en algemeen bijzonder voortgezet onderwijs te Rotterdam e.o. (hierna: LMC) in de functie van leraar. Binnen LMC worden de verplichte vakken, keuzevakken, de lesstof, de toetsen en de eindtermen vastgelegd in een programma van toetsing en afsluiting (PTA). Werknemer heeft in januari 2019 werkgever een bericht verzonden over 'project ICT' en vanaf juni 2019 een opleiding ICT gevolgd. Werknemer is op 27 november 2019 uitgevallen als gevolg van ziekte. Op 28 november 2019 heeft werkgever aan werknemer laten weten een afspraak met werknemer in te willen plannen. Werknemer reageert dat hij alleen met de bedrijfsarts wil praten. Op 2 december 2019 vraagt werkgever opnieuw of werknemer laat weten of hij die dag inzetbaar is. Op 16 december 2019 heeft de bedrijfsarts geadviseerd dat werknemer niet in staat is zijn functie te verrichten voor de periode van minimaal drie en maximaal zes maanden. Op 6 maart 2019 en 28 januari 2020 hebben gesprekken tussen werknemer en LMC plaatsgevonden. Uit het gespreksverslag blijkt dat werknemer heeft aangegeven dat voor zijn ziekte geen achterstand bestond bij al zijn klassen. Werknemer heeft op 31 januari 2020 de volgens hem geldende PTA's verzonden naar de examensecretaris. Op 10 februari 2020 heeft werknemer gereageerd op diverse vragen van LMC over dit programma. De bedrijfsarts heeft op 27 januari 2020, 10 maart 2020, 22 april 2020 en 19 mei 2020 geadviseerd dat werknemer in staat werd geacht om te re-integreren in werkzaamheden met een urenbeperking. LMC verzoekt de kantonrechter over te gaan tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst met werknemer op de e-grond, g-grond dan wel de i-grond.

*Oordeel**E-grond*

LMC voert aan dat werknemer uit eigen beweging en in afwijking van het definitieve PTA het keuzevak ICT is gaan geven en dat hij daarover geen openheid van zaken heeft gegeven. Werknemer heeft daarmee volgens LMC een onaanvaardbaar risico genomen dat de examenleerlingen niet zouden kunnen deelnemen aan het landelijk examen. LMC heeft ter

zitting toegelicht dat bij wijze van pilot is gestart met het keuzevak ICT. Ook is in de studiegids het keuzevak ICT opgenomen. Dit laat echter onverlet dat werknemer na ontvangst van het PTA van 27 september 2019, terwijl hij kennelijk had geconstateerd dat daarin het keuzevak ICT niet was opgenomen, aan de bel had moeten trekken. De kantonrechter overweegt dat de stelling van werknemer dat LMC gewoon in zijn klas had kunnen kijken, niet opgaat, nu LMC voldoende toezicht heeft gehouden voor wat betreft de uitvoering van het examenprogramma. Hoewel werknemer niet hard heeft kunnen maken dat hij het vak ICT in het schooljaar volledig met instemming en medeweten van zijn leidinggevenden is gaan onderwijzen, kan gelet op de onduidelijkheden niet worden geconcludeerd dat werknemer volledig zijn eigen weg heeft gevolgd en daarmee het bevoegd gezag heeft willen ondermijnen. Ook is ter zitting erkend dat werknemer het vak ICT enkel aan derde klassen en niet aan examenklassen heeft gegeven. Ook heeft LMC onvoldoende onderbouwd dat werknemer niet alle lesstof heeft behandeld en in hoeverre leerlingen daadwerkelijk zijn benadeeld. Hoewel werknemer in het begin van zijn uitval wegens ziekte niet gelijk openheid van zaken heeft gegeven, heeft hij bij e-mail van 10 februari 2020 wel erkend dat hij een achterstand had met het afnemen van toetsen. Hoewel werknemer steken heeft laten vallen is daarmee nog geen sprake van (ernstig) verwijtbaar handelen, nu bovendien niet kan worden uitgesloten dat de burn-outklachten van werknemer daarbij een rol hebben gespeeld.

G-grond, i-grond

Uit het standpunt van LMC blijkt dat er wat haar betreft geen behoorlijk draagvlak meer is voor een verdere samenwerking met werknemer, omdat het vertrouwen van haar kant ontbreekt. De kantonrechter overweegt dat het beeld is ontstaan dat een verschil van inzicht is ontstaan over de invulling van de functie van werknemer. Dat er problemen zijn gerezen in de verhouding tussen partijen is begrijpelijk, maar niet gesteld of gebleken is dat de verhouding niet meer te repareren valt. LMC heeft daarnaast het aanbod van werknemer om mediation te beproeven ten onrechte als een gepasseerd station beschouwd. Voor zover al kan worden geconcludeerd dat sprake is van een verstoorde verhouding tussen partijen, is deze ook te wijten aan de handelwijze van LMC na de ziekmelding van werknemer. Gelet hierop is een ontbinding op de g-grond volgens de kantonrechter niet toewijsbaar. Tot slot oordeelt de kantonrechter dat de stellingen van LMC geen deugdelijke onderbouwing vormen voor een voldragen i-grond.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 21-10-2020

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2020:9827

Zaaknummer: 8672481 VZ VERZ 20-15165

Rechters: A.J.M. van Breevoort

Advocaten: P.T.M. de Haan en W. de Bruijn

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

RECHTSPRAAK

Het zonder toestemming meenemen van een campingstoel en voor de verkoop bestemde chirurgische mondkapjes alsmede het rondsnuffelen tussen de opgeslagen inboedels bij werkgeefster leveren een dringende reden voor ontslag op staande voet op.

Feiten

Werkgeefster verricht diverse dagelijkse schoonmaak- en reinigingswerkzaamheden, maar ook reiniging na brand en 'crime scene-cleaning'. Daarbij zorgt werkgeefster ook voor de opslag van inboedels. Werknemer is op 11 oktober 2010 bij werkgeefster in dienst getreden als administratief medewerker. Begin mei 2020 was in het magazijn een rolcontainer met dozen chirurgische mondkapjes aanwezig. Op 14 mei 2020 heeft de rayonleider ontdekt dat drie dozen met chirurgische mondkapjes waren verdwenen. De algemeen manager heeft via de groepsapp gevraagd wie de dozen had weggenomen. Werknemer heeft op 15 mei 2020 geantwoord dat hij een doos chirurgische mondkapjes had meegenomen en dat hij daarvoor toestemming had van de medewerker reiniging na calamiteiten. De algemeen manager heeft de camerabeelden op 16 mei 2020 nagekeken. Op deze beelden is te zien dat werknemer op 8 mei 2020, naast een doos mondkapjes, ook een campingstoel heeft meegenomen. Verder is te zien dat werknemer op 23 april 2020 een gereedschapskist uit een inboedel openmaakt en doorzoekt, een radio uit een inboedel neemt en deze uitprobeert en daarna in een andere inboedel terugzet en dat hij ook op 24 april 2020 in het magazijn rondsnuffelt. Op 17 mei 2020 is werknemer per whatsappbericht op staande voet ontslagen, omdat hij (1) op 8 mei 2020 een doos chirurgische mondkapjes, wetende dat deze bestemd waren voor de verkoop en zonder toestemming van een leidinggevende, heeft meegenomen, (2) op diezelfde dag zonder toestemming een campingstoel uit een inboedel heeft meegenomen en (3) op 23 april 2020 heeft rondgeneusd tussen inboedels. Op 25 mei 2020 heeft werknemer de sleutels en de doos mondkapjes bij werkgeefster ingeleverd. Werknemer heeft een andere campingstoel ingeleverd. Werknemer verzoekt de kantonrechter onder meer het ontslag op staande voet te vernietigen.

Oordeel

De chirurgische mondkapjes

Niet in geschil is dat werknemer op 8 mei 2020 een doos chirurgische mondkapjes heeft meegenomen. Werkgeefster heeft gesteld dat de algemeen manager begin mei 2020 richting het personeel uitdrukkelijk heeft gecommuniceerd dat deze chirurgische mondkapjes niet

bestemd waren voor het personeel. Werknemer heeft deze stelling niet betwist, maar gesteld dat hij toestemming van de medewerker reiniging had om deze mondkapjes mee te nemen. Werkgeefster heeft als bijlage 21 een schriftelijke verklaring van de medewerker reiniging van 17 september 2020 overgelegd waarin zij verklaart dat zij niet wist dat de chirurgische mondkapjes bestemd waren voor de verkoop, omdat er ook mondkapjes waren voor medewerkers. Verder heeft de medewerker reiniging verklaard dat zij nooit tegen iemand heeft gezegd dat de mondkapjes meegenomen konden worden. Werknemer heeft de juistheid van deze verklaring niet gemotiveerd betwist. Bovendien heeft werknemer niet betwist dat de medewerker reiniging niet bevoegd was om toestemming te geven. Werknemer wist, althans had kunnen en moeten weten, dat de medewerker reiniging niet bevoegd was tot het geven van toestemming voor het meenemen van deze mondkapjes.

De campingstoel en het gerommel tussen inboedels

Niet in geschil is verder dat werknemer op 8 mei 2020 een campingstoel heeft meegenomen uit een opgeslagen inboedel. Werknemer heeft gesteld dat de meegenomen campingstoel zijn eigendom was. De kantonrechter acht de stelling van werknemer dat de meegenomen campingstoel zijn eigendom was niet geloofwaardig. Op de camerabeelden is te zien dat de meegenomen campingstoel behoorde tot een set van drie soortgelijke campingstoelen. Werknemer neemt van die set maar één stoel mee. De andere twee stoelen laat hij staan. Vervolgens heeft werknemer geen verklaring gegeven voor het feit dat hij op 25 mei 2020 een campingstoel heeft teruggegeven aan werkgeefster. De stoel was volgens werknemer immers van hem. Daar komt nog bij dat op de camerabeelden te zien is dat de meegenomen campingstoel een verhoogde rugleuning heeft. Werkgeefster heeft als bijlage 16 een foto overgelegd van een twee stoelen; een stoel uit de inboedel met een verhoogde leuning en de door werknemer teruggebrachte stoel zonder verhoogde leuning. Desgevraagd heeft werknemer ter zitting verklaard en ook volgehouden dat dit dezelfde stoel betrof als de stoel die hij op 8 mei 2020 heeft meegenomen. Resumerend: werknemer neemt een stoel mee uit een inboedel, die niet van hem is en brengt een andere stoel terug. Op camerabeelden is voorts te zien dat werknemer op 23 april 2020 een tot een inboedel behorende gereedschapskist opent en doorzoekt en een radio pakt, deze uitprobeert en bij een andere inboedel terugzet. Werknemer heeft gesteld dat ook deze radio zijn eigendom was. Hij heeft echter niet verklaard waarom hij de radio dan weer terugzet bij een (andere) inboedel en deze niet net als de campingstoel meeneemt. Ook heeft werknemer geen verklaring gegeven hoe het is gekomen dat spullen uit zijn inboedel beland zijn tussen de inboedels van klanten, terwijl spullen uit andere inboedels bij elkaar worden gezet en worden afgezet met een lint.

Conclusie

De kantonrechter is van oordeel dat de genoemde gedragingen zijn komen vast te staan en in onderlinge samenhang bezien een dringende reden vormen voor het ontslag op staande voet. Samengevat komen de verweten gedragingen erop neer dat werknemer spullen die hem niet toebehoren meeneemt zonder dat hij daarvoor van een daartoe bevoegde medewerker toestemming heeft en dat werknemer rondsnuift tussen de opgeslagen inboedels. Het kan

van werkgeefster niet worden geveerd om werknemer nog langer in dienst te houden. Werkgeefster moet bij haar medewerkers er immers op kunnen vertrouwen dat zij op een correcte manier omgaan met de opgeslagen inboedels. Het voorgaande betekent dat het ontslag op staande voet standhoudt.

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 22-10-2020

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2020:8409

Zaaknummer: 8647082 AZ VERZ 20-75

Rechters: P.H.M. Kuster

Advocaten: A.W. van Duijnhoven en L.H.J. Somers

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

RECHTSPRAAK

De handtekening van werknemer onder de opzeggingsbrief levert ingevolge artikel 159 Rv dwingend bewijs op. Werkgever heeft de opzeggingsbrief van werknemer als een duidelijke en ondubbelzinnige verklaring mogen opvatten en hierop mogen vertrouwen. Loonvordering wordt afgewezen.

Feiten

Onderbewindgestelde werknemer is op 20 juni 2019 bij de pizzeria van werkgever in dienst getreden op basis van een arbeidsovereenkomst voor de duur van één jaar. Op de arbeidsovereenkomst is de Horeca Cao (hierna: de cao) van toepassing. Werknemer heeft vanaf 31 augustus 2019 geen werkzaamheden meer verricht. Ook heeft werknemer vanaf deze datum geen loon ontvangen. Bij brief van 4 november 2019 verzoekt de gemachtigde van de bewindvoerders van werknemer om uitbetaling van het achterstallig loon en overuren. In deze brief is onder meer opgenomen dat werknemer circa 80 uur per week werkte en zich op 31 augustus 2019 ziek heeft gemeld vanwege ernstige spanningsklachten. Werkgever betwist de loonvordering. Hij voert aan dat werknemer op 30 juli 2019 zelf ontslag heeft genomen. De reden van de opzegging had te maken met de situatie dat de partner van werknemer op enig moment vanuit Indonesië in Nederland is gaan wonen en zij niet accepteerde dat werknemer in de avonden in de horeca werkte. De bewindvoerders betwisten de stelling dat werknemer door middel van de brief van 30 juli 2019 zijn arbeidsovereenkomst per 31 augustus 2019 heeft opgezegd. Niet wordt betwist dat de handtekening onder deze brief van werknemer afkomstig is. Bij aanvang van de arbeidsovereenkomst is aan werknemer gevraagd om een door werkgever opgestelde opzeggingsbrief te ondertekenen, met daarin nog niet opgenomen de datum waartegen wordt opgezegd. De bewindvoerders betwisten zowel dat de brief als de met pen geschreven datum waartegen wordt opgezegd van werknemer afkomstig is.

Oordeel

De kantonrechter merkt allereerst op dat de arbeidsovereenkomst en de opzeggingsbrief een andere lay-out hebben: zowel de opzet als het lettertype verschilt van elkaar. Nu door de bewindvoerders geen omstandigheden zijn aangevoerd die erop wijzen dat de opzeggingsbrief door werkgever is opgesteld, is niet komen vast te staan dat de opzeggingsbrief door laatstgenoemde is opgesteld. Indien sprake is van een ondertekende onderhandse akte, hetgeen dwingend bewijskracht heeft, waarbij werknemer ook erkent dat hij zijn handtekening onder de brief heeft geplaatst, ligt het op de weg van de bewindvoerders om het tegendeel te bewijzen. De blote stelling van de bewindvoerders dat de met pen geschreven

datum niet op het handschrift van werknemer ziet, is daarbij onvoldoende om tot het oordeel te komen dat de opzeggingsbrief niet door hem is opgesteld. Nu werkgever de stellingen van werknemer gemotiveerd heeft betwist, lag het op de weg van de bewindvoerders om bewijs van de stellingen over te leggen dan wel een gespecificeerd bewijsaanbod te doen. Gelet op het vorenstaande concludeert de kantonrechter dat hij, gezien de dwingende bewijskracht van een ondertekende onderhandse akte, niet tot een ander oordeel kan komen dan vast te stellen dat de opzeggingsbrief van werknemer afkomstig is. Daarbij heeft werkgever de opzeggingsbrief van werknemer als een duidelijke en ondubbelzinnige verklaring mogen opvatten en hierop mogen vertrouwen. Werkgever heeft immers onweersproken gesteld dat werknemer al enige tijd, in verband met de komst van zijn partner uit Indonesië, op zoek was naar een nieuwe baan in de groenvoorziening waar hij overdag kon werken. Dat werkgever op de opzeggingsbrief van werknemer mocht vertrouwen, klemmt temeer nu werknemer ruim twee maanden nadien niets van zich heeft laten horen. Tevens acht de kantonrechter het verhaal van werknemer ongeloofwaardig dat hij in de situatie waarin hij zich op 31 augustus 2019 ziek heeft gemeld en vanaf deze datum geen loon heeft ontvangen, voor het eerst op 4 november 2019 zijn werkgever hierover rappelleert. Hierbij is niet zonder belang dat de overgelegde verklaringen van de ex-werkgevers van werknemer een vergelijkbaar beeld schetsen over de wijze waarop de beëindiging van de arbeidsovereenkomst met hen heeft plaatsgevonden, hetgeen niet door werknemer wordt betwist. Nu de bewindvoerders hebben nagelaten om de gemaakte overuren voldoende deugdelijk te onderbouwen, zal ook deze vordering worden afgewezen.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 02-09-2020

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2020:7195

Zaaknummer: 8400871 CV EXPL 20-2696

Rechters: D.P. Ruitinga

Advocaten: J.F.R. Eisenberger

Wetsartikelen: 151 Rv, 159 Rv en 7:672 BW

RECHTSPRAAK

Relatiebeding in (opdracht)overeenkomst van cosmetisch arts is geen relatiebeding in de zin van 7:653 BW. Voor toewijzing van de verbeurde boetes is nader onderzoek naar de feiten nodig is, waarvoor het kort geding zich niet leent.

Feiten

X is arts. Hij heeft een overeenkomst gesloten met HBRID B.V. met als ingangsdatum 1 juli 2017 (hierna: de Overeenkomst). Op basis van de Overeenkomst verrichtte X cosmetische (geneeskundige) handelingen. De Overeenkomst is aangegaan voor een periode van twee jaar. Op 1 oktober 2018 is HBRID B.V. juridisch gefuseerd met HBR B.V. (hierna: HBR) en uitgeschreven uit het handelsregister. De rechten en verplichtingen van HBRID B.V. zijn op dat moment onder algemene titel overgegaan op HBR. HBR heeft klinieken in verschillende plaatsen in Nederland, waar zij cosmetische en plastische chirurgie uitoefent. In artikel 16 van de Overeenkomst is een relatiebeding en boetebeding opgenomen. Vanaf november 2018 is X, na daartoe een opleiding te hebben gevolgd, ook ooglidcorrecties gaan doen. Vanaf dat moment hebben partijen onderhandelingen gevoerd over een andere vorm van samenwerking, waarin X tevens een aandelenbelang zou verkrijgen in HBR. Nadat de Overeenkomst per 1 juli 2019 was geëindigd, is X zijn gebruikelijke werkzaamheden ten behoeve van HBR blijven verrichten. Eind 2019 zijn de onderhandelingen tussen partijen over onder meer de koop van aandelen in HBR door X afgeketst. Op dat moment heeft X de Overeenkomst per 31 december 2019 opgezegd. HBR is hiermee akkoord gegaan. In 2020 heeft X samen met zijn partner, die voorheen ook voor HBR werkzaam is geweest, Zuidas Kliniek B.V. opgericht. Zuidas Kliniek houdt zich net als HBR bezig met het verrichten van medische (cosmetische) handelingen. Bij brief van 27 mei 2020 en 29 juni 2020 heeft de raadsvrouw van HBR X onder meer bericht dat HBR heeft geconstateerd dat X het relatiebeding heeft overtreden. X is gesommeerd een bedrag van € 80.000 (de verbeurde boete) over te maken. De raadsman van X heeft namens X de geldigheid van het relatiebeding betwist, onder meer omdat een relatiebeding geen onderdeel maakte van de nieuwe afspraken van eind 2018 en, als het beding wel geldig zou zijn, op 1 juli 2020 is verlopen. Daarnaast stelt X dat mogelijk sprake was van een arbeidsovereenkomst en niet is voldaan aan het schriftelijkheidsvereiste. Als het relatiebeding wel zou gelden, wordt betwist dat het is overtreden.

Oordeel

De Overeenkomst heeft als ingangsdatum 1 juli 2017 en is aangegaan voor een periode van twee jaar, dus tot 1 juli 2019. Vanaf die datum heeft X zijn werkzaamheden op de oude wijze

voortgezet. Voorshands wordt ervan uitgegaan dat de Overeenkomst op die datum stilzwijgend doorliep tot het moment van opzegging (31 december 2019). Ook de overige verweren van X waaruit zou moeten volgen dat geen sprake is van een rechtsgeldig relatiebeding, worden verworpen. Zo is het gezien alle feiten en omstandigheden voorshands niet aannemelijk dat 'eigenlijk' sprake zou zijn van een arbeidsovereenkomst. De conclusie tot zover is dan ook dat het relatiebeding geldig is tot 1 januari 2021 en dat X zich daaraan dient te houden. Vervolgens ligt de vraag voor of boetes zijn verbeurd. X heeft in dit verband terecht aangevoerd dat aan toewijzing van een geldvordering in kort geding hoge eisen worden gesteld. Zo moet het voldoende aannemelijk zijn dat de bodemrechter de vordering eveneens zal toewijzen. Om verschillende redenen is dit hier niet het geval. Tegen de acht beweerde overtredingen heeft X gemotiveerd verweer gevoerd. Zo valt volgens hem uit het overgelegde 'bewijs' niet altijd met voldoende zekerheid af te leiden wie er op de foto's staan, wanneer die foto's zijn genomen en of de desbetreffende personen ook wel daadwerkelijk door X (in de Zuidaskliniek) zijn behandeld. Sommige foto's zijn immers slechts geplaatst op Instagram als reclame, zonder dat de persoon op de foto is behandeld, aldus X. In die gevallen zou het gaan om vriendinnen van X. Ook valt volgens X uit de afsprakenhistorie niet altijd af te leiden of de desbetreffende persoon patiënt was bij HBR. In het licht van dit verweer heeft HBR onvoldoende concreet gemaakt waarom het 'bewijs' wél overtuigend is en waarom daarop wél de conclusie kan worden gebaseerd dat X voormalige patiënten van HBR heeft behandeld in de Zuidaskliniek. Al met al wordt geoordeeld dat voor de vraag of X de acht gestelde overtredingen heeft begaan nader onderzoek naar de feiten nodig is, waarvoor het kort geding zich niet leent. Verder kan niet worden uitgesloten dat de bodemrechter, als zou worden geoordeeld dat het relatiebeding is overtreden, tot matiging van de boetes komt.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 26-10-2020

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2020:5150

Zaaknummer: C/13/687873 / KG ZA 20-675

Rechters: R.A. Dudok-van Heel

Advocaten: H.E. Meerman en E. Hennis

Wetsartikelen: 7:610 BW en 7:653 BW

RECHTSPRAAK

Ontbinding arbeidsovereenkomst op de i-grond. Werknemer toont geen zelfinzicht terwijl er meerdere verklaringen van collega's zijn omtrent zijn negatieve gedrag. In een klein bedrijf waar de lijnen kort zijn en een goede samenwerking cruciaal is, kan van werkgeefster niet verlangd worden het dienstverband te laten voortduren.

Feiten

Werknemer is van 1 oktober 2013 tot juli 2019 in dienst geweest van werkgeefster en is sinds 14 oktober 2019 wederom in dienst van werkgeefster, laatstelijk werkzaam als ordermanager. Op 14 september 2020 bericht werkgeefster werknemer onder meer over de door haar geconstateerde negatieve uitlatingen over directeur A. Werkgeefster stelt werknemer vrij van werk en doet hem vervolgens een voorstel tot beëindiging van het dienstverband met wederzijds goedvinden. Werknemer reageert hierop en geeft aan dat hij zichzelf niet herkent in de geuite kritiek en niet akkoord gaat met de voorgestelde beëindiging van het dienstverband. Diverse werknemers leggen tussen 22 september 2020 en 16 oktober 2020 verklaringen af over de samenwerking met werknemer. Op 27 september 2020 heeft werknemer zich ziek gemeld. Werkgeefster verzoekt ontbinding op primair de e-grond, subsidiair de g-grond en meer subsidiair de i-grond.

*Oordeel**E-grond*

Uit de verklaringen van collega's kan naar het oordeel van de kantonrechter worden opgemaakt dat collega's een negatieve houding bij werknemer ervaren en niet graag met hem werken. Werknemer heeft betwist dat hij de directeur heeft uitgemaakt voor egoïst en/of klootzak. Werkgeefster heeft echter een verklaring in het geding gebracht waaruit kan worden opgemaakt dat werknemer in de vakantie van de directeur deze negatieve bewoordingen heeft geuit. De kantonrechter acht het verwijtbaar om dergelijke uitlatingen te doen over de directeur. Rondom de coronabesmetting van collega H heeft de directeur echter zelf ook niet adequaat gereageerd – hij is immers leidinggevende en diende te beslissen over het aan het werk laten van H –, hetgeen aanleiding heeft gegeven voor negatieve uitlatingen. Naar het oordeel van de kantonrechter is dit gedrag van werknemer verwijtbaar maar niet zodanig dat dit voldoende reden geeft om de arbeidsovereenkomst op die grond te ontbinden. Het had op de weg van werkgeefster gelegen om werknemer duidelijk te maken wat zij van hem verwachtte en daarover duidelijke afspraken te maken en waarschuwingen te geven, alvorens

over te gaan tot beëindiging van het dienstverband. Werkgeefster heeft werknemer bij brief van 14 september 2020 weliswaar een officiële waarschuwing gegeven, maar heeft hem ook meteen vrijgesteld van werkzaamheden. De kans om zijn houding en gedrag aan te passen is werknemer daardoor naar het oordeel van de kantonrechter niet – voldoende – geboden, hetgeen wel van werkgeefster verwacht had mogen worden.

G-grond en i-grond

De arbeidsverhouding is verstoord door het negatieve gedrag van werknemer, waarin hij juist zo kort na het gesprek van 13 augustus 2020 vervalt. Hij heeft dan ook wel verwijtbaar gehandeld. Werkgeefster heeft daar echter voor 13 augustus 2020 niet adequaat op gestuurd en gereageerd en na 13 augustus 2020 heel snel een eindconclusie getrokken. In het kader van de g-grond mocht van werkgeefster worden verlangd dat zij eerst via waarschuwingen en mediation zou proberen de verstoorde verhouding te herstellen. Dat zal echter gelet op de uitlatingen richting de directeur en de geringe omvang van de onderneming (20 personen) waarbij men nauw met elkaar samenwerkt, niet eenvoudig zijn. Dat wordt nog moeilijker nu werknemer in de brief van 14 september 2020 heeft aangegeven zich totaal niet te herkennen in de geuite kritiek en te verlangen dat werkgeefster terugkomt op eerdere aantijgingen door middel van een schriftelijk excuus. In die situatie, daar waar werknemer geen zelfinzicht toont terwijl er meerdere verklaringen van collega's zijn omtrent zijn negatieve gedrag en het een klein bedrijf betreft waar, zoals door werkgeefster onbetwist is gesteld, de lijnen kort zijn en een goede samenwerking cruciaal is, kan van werkgeefster niet verlangd worden nog een weg te zoeken om samen verder te gaan en het dienstverband te laten voortduren. Gelet op deze omstandigheden ziet de kantonrechter aanleiding tot ontbinding over te gaan van de arbeidsovereenkomst op de i-grond.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 02-11-2020

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2020:4734

Zaaknummer: 8797486 / ME VERZ 20-157

Rechters: K.G.F. van der Kraats

Advocaten: H. den Besten en A. van de Beek

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

RECHTSPRAAK

Payrollovereenkomst met uitzendbeding met inwerkingtreding van de Wab per 1 januari 2020 niet meer toegestaan, waardoor de arbeidsovereenkomst niet van rechtswege is geëindigd door de ziekmelding van werknemer. Het payrollbedrijf kon de overeenkomst evenmin eenzijdig opzeggen.

Feiten

Werknemer is per 26 augustus 2019 in dienst getreden bij het payrollbedrijf. Het betrof een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd tot 21 februari 2021. Werknemer was werkzaam als floormanager bij de inlener. Werknemer heeft in juni 2019 rechtstreeks bij de inlener gesolliciteerd op deze functie naar aanleiding van een vacaturemelding op de website van het restaurant. Na een succesvol sollicitatietraject is zij per 26 augustus 2019 aangenomen. Vervolgens is haar meegedeeld dat het formele werkgeverschap is uitbesteed aan het payrollbedrijf. In de arbeidsovereenkomst is de ABU-cao van toepassing verklaard. Tevens is het uitzendbeding opgenomen. Werknemer heeft zich op 13 maart 2020 ziek gemeld. Op 15 maart 2020 heeft het payrollbedrijf het dienstverband met werknemer per direct opgezegd met een beroep op het uitzendbeding. Op 18 mei 2020 heeft werknemer een verzoek met producties ingediend. Primair verzoekt werknemer een vergoeding ter hoogte van het loon over de termijn dat de arbeidsovereenkomst zou hebben geduurd indien deze van rechtswege was geëindigd, te weten € 26.077,84 bruto, nu de arbeidsovereenkomst geen mogelijkheid tot tussentijdse opzegging kent. Indien de mogelijkheid tot tussentijdse opzegging wel bestaat, verzoekt werknemer subsidiair een schadevergoeding wegens onregelmatige opzegging van € 3.483,00, een billijke vergoeding van € 13.932 bruto, de transitievergoeding van € 427,29 bruto en achterstallig salaris over ten onrechte ingehouden min-uren wegens het niet werken in verband met een verbouwing van € 535,85 bruto.

*Oordeel**Niet-ontvankelijkheid*

Het payrollbedrijf voert samengevat aan dat geen sprake is geweest van een opzegging per 15 maart 2020, omdat de arbeidsovereenkomst op grond van artikel 15 lid 1 sub b van de toepasselijke ABU-cao reeds was geëindigd per 13 maart 2020, de datum waarop werknemer zich ziek heeft gemeld. Het payrollbedrijf stelt derhalve dat werknemer in de eerste plaats niet-ontvankelijk is in haar verzoek, omdat het te laat is ingediend. De kantonrechter gaat hier ongemotiveerd aan voorbij. In antwoord op het herstelverzoek van het

payrollbedrijf ex artikel 31 en 32 Rv is slechts de datum van indiening van het verzoek handgeschreven gecorrigeerd.

Uitzendbeding en tussentijdse opzegmogelijkheid in de payrollovereenkomst

Werkneemster heeft gereageerd op een vacature op de website van de inlener, waarna zij een sollicitatieprocedure aldaar heeft doorlopen. Van de voor uitzending vereiste allocatiefunctie is in dit geval dus geen sprake geweest. Dat het sollicitatiegesprek werd afgenomen door een medewerker van het payrollbedrijf die daar was gestationeerd, is werkneemster op dat moment niet duidelijk gemaakt en maakt dit oordeel ook niet anders. Pas na afloop van de sollicitatieprocedure, toen zij was aangenomen, is werkneemster erop gewezen dat het payrollbedrijf haar formele werkgever zou worden. Naast het voorgaande is doorslaggevend dat uit de overeenkomst blijkt dat werkneemster exclusief voor de inlener is aangenomen. Deze payrollconstructie staat ook expliciet uitgewerkt in de arbeidsovereenkomst met het payrollbedrijf. De toepasselijkheid van de ABU-cao staat niet in de weg aan het oordeel dat hier een payrollconstructie werd bedoeld. Deze opzet was tot 1 januari 2020, bij de inwerkingtreding van de Wet arbeidsmarkt in balans (Wab) ook niet ongebruikelijk, omdat tot dat moment het uitzendbeding ook van toepassing kon zijn op payrollovereenkomsten. Met de Wab is echter de rechtspositie van payrollmedewerkers gelijkgetrokken met die van de overige medewerkers van het payrollbedrijf. Nu is geoordeeld dat de tussen partijen gesloten overeenkomst een payrollovereenkomst betreft en het zogeheten uitzendbeding met ingang van 1 januari 2020 niet meer is toegestaan in een dergelijke overeenkomst, is de arbeidsovereenkomst niet van rechtswege geëindigd door de ziekmelding van werkneemster op 13 maart 2020 en kon het payrollbedrijf de overeenkomst evenmin eenzijdig opzeggen per 15 maart 2020. De opzegging was derhalve onregelmatig, zodat werkneemster aanspraak heeft op de gefixeerde schadevergoeding ex artikel 7:672 lid 10 BW ter hoogte van de opzegtermijn die in acht had moeten worden genomen bij een rechtsgeldige opzegging. Daarbij is van belang of de arbeidsovereenkomst een tussentijdse opzegmogelijkheid bevatte. Met werkneemster wordt geoordeeld dat dat laatste uit de tekst van de overeenkomst niet blijkt, zodat ervan moet worden uitgegaan dat deze mogelijkheid er niet was. Dat betekent dat de vergoeding moet worden berekend over de resterende duur van het contract. Gelet op de beperkte periode dat werkneemster feitelijk voor het payrollbedrijf heeft gewerkt wordt deze periode ex artikel 7:672 lid 11 BW billijkheidshalve beperkt tot drie maanden oftewel € 6.966 bruto. Dit bedrag zal worden toegekend.

Transitievergoeding, billijke vergoeding en achterstallig salaris

Nu het payrollbedrijf heeft erkend dat de transitievergoeding verschuldigd is en geen verweer is gevoerd tegen de hoogte van het door werkneemster gevorderde bedrag, is dit eveneens toewijsbaar. Gelet op de bijzondere omstandigheden als gevolg van de van overheidswege uitgevaardigde maatregelen in verband met Covid-19, waardoor het payrollbedrijf onweersproken een financieel zware periode doormaakt, alsmede de wetswijziging lopende het contract, waardoor het uitzendbeding niet langer gold tussen partijen, is er naar het oordeel van de kantonrechter geen reden voor het toekennen van een billijke vergoeding.

Door de inwerkingtreding van de Wab per 1 januari 2020 is ook artikel 22 lid 1 van de ABU-cao, waarin de loondoorbetaling bij het wegvallen van uitzendarbeid wordt uitgesloten, komen te vervallen in de rechtsverhouding tussen partijen. Aan de hand van artikel 7:628 BW wordt geoordeeld dat de omstandigheid dat het restaurant was gesloten wegens verbouwing, waardoor werkneemster niet kon werken, een omstandigheid is die voor rekening van het payrollbedrijf als werkgever komt. Werkneemster heeft dus recht op uitbetaling van het ten onrechte ingehouden loon.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 14-07-2020

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2020:6130

Zaaknummer: 8523914

Rechters: C.W. Inden

Advocaten: L.N. Huizenga en N.M. Wolters

Wetsartikelen: 7:628 BW, 7:672 BW, 15 lid 1 onder b ABU-cao, 15 lid 4 ABU-cao en 22 ABU-cao

RECHTSPRAAK

De tekstuele bepaling en de verwachtingen die partijen daaraan redelijkerwijs mochten ontlelen, leiden tot de conclusie dat werknemer zich had moeten aanmelden bij een collectieve ziektekostenverzekering van werkgeefster om aanspraak te kunnen maken op de bijdrage.

Feiten

Werknemer is op 1 december 1998 in dienst getreden bij de rechtsvoorganger van Three Oaks Alkmaar Financiële Diensten B.V. (hierna: Three Oaks), Rooker Assurantiën B.V. (hierna: Rooker). Werknemer en Three Oaks hebben op 31 december 2014 een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd gesloten. Three Oaks heeft werknemer per 1 januari 2015 overgenomen van Rooker. In artikel 6 van de arbeidsovereenkomst is bepaald dat de medewerker een bijdrage van € 25 per maand krijgt vanaf het moment dat hij een collectieve ziektekostenverzekering inclusief aanvulling van Three Oaks en haar gelieerde ondernemingen heeft. Werknemer heeft vanaf 2005 een ziektekostenverzekering van ONVZ. Hij heeft deze afgesloten via Rooker. Op de polisbladen van ONVZ van 2015 tot en met 2020 staat: 'collectief verzekerd via Agenten – Relaties (982)'. Op 16 november 2017 heeft ONVZ aan een collega van werknemer bericht dat Three Oaks op dat moment vier collectiviteiten heeft, waaronder 'Zorgcollectief Three Oaks Alkmaar Netto, coll nr 100875'. In de brief staat daarnaast dat 'het collectief 982' een collectiviteit is vanuit ONVZ voor alle verzekeringsadviseurs en hun personeel en dat Three Oaks daarin (via een hyperlink) haar personeelsleden kan aanmelden. Op 15 november 2019 heeft werknemer aan Three Oaks gemaild dat hij de vergoeding van € 25 per maand nooit heeft ontvangen en alsnog aanspraak gemaakt op 62 x € 25. Op 4 februari 2020 heeft werknemer aan Three Oaks geschreven dat hij op grond van artikel 6 van de arbeidsovereenkomst aanspraak heeft op € 25 per maand, zich ter zake van het bedrag (€ 1.500) al zijn rechten voorbehoudt en dat zij deze brief dan ook dient te beschouwen als een stuitingshandeling. Werknemer vordert dat de kantonrechter Three Oaks veroordeelt tot betaling van primair € 1.525 en subsidiair € 1.475 aan achterstallig salaris, € 276,79 aan buitengerechtelijke kosten, de wettelijke rente over deze bedragen vanaf 1 januari 2020 en de proceskosten met nakosten en rente. Subsidiair geldt dat werknemer de verjaring in februari 2020 heeft gestuit. De vordering bedraagt daarom, subsidiair, € 1.475 netto (59 maanden à € 25).

Oordeel

Een (louter) tekstuele uitleg van de bepaling brengt mee dat werknemers alleen recht hebben

op een bijdrage in de zorgverzekering als zij een collectieve ziektekostenverzekering inclusief aanvulling van Three Oaks en haar gelieerde ondernemingen hebben gesloten. De tekst 'gelieerde ondernemingen' ziet op ondernemingen die gelieerd zijn met Three Oaks, dus ondernemingen die aan haar verbonden zijn. Uit de tekst van de bepaling volgt niet dat bedoeld is de vergoeding te relateren aan iedere collectieve ziektekostenverzekering die via een relatie van Three Oaks kan worden afgesloten, zoals werknemer meent. Voor de beantwoording van de vraag wat partijen zijn overeengekomen, is echter niet alleen de tekst van de vaststellingsovereenkomst van belang, maar ook de betekenis die partijen in dat kader over en weer redelijkerwijs aan elkaars verklaringen en gedragingen mochten toekennen en wat zij in dat kader redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Werknemer heeft niet onderbouwd waarom de bepaling anders moet worden begrepen dan hiervoor vermeld of waarom hij meent te mogen verwachten dat hij recht heeft op de bijdrage als hij een collectieve ziektekostenverzekering via een relatie van Three Oaks heeft afgesloten. Werknemer heeft weliswaar betwist dat Three Oaks de bepaling bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst heeft toegelicht, maar ook dat niet onderbouwd. Dat had gezien de betwisting door Three Oaks wel gemoeten, mede omdat de pagina's van de arbeidsovereenkomst zijn geparafeerd, wat impliceert dat de tekst van de arbeidsovereenkomst is doorgenomen, zoals Three Oaks ook stelt. Werknemer heeft bij dagvaarding nog gesteld dat hij een collectieve ziektekostenverzekering heeft afgesloten via het agentschap van de rechtsvoorganger van Three Oaks en hij ervan uit mocht gaan dat de collectieve regeling door Three Oaks is overgenomen (art. 7:663 BW). Deze stelling gaat niet op. Ter zitting is gebleken dat werknemer van zijn vorige werkgever geen soortgelijke bijdrage ontving. Om aanspraak te kunnen maken op de bijdrage van Three Oaks had werknemer zich dus moeten aanmelden bij een collectief van Three Oaks. Nu hij dat niet heeft gedaan, heeft hij geen recht op de bijdrage.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 04-11-2020

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2020:8022

Zaaknummer: 8534164 \ CV EXPL 20-2181

Rechters: I.H. Lips

Advocaten: M.A. van Dalen

Wetsartikelen: 7:610 BW

RECHTSPRAAK

Betaling aanzegvergoeding niet onaanvaardbaar naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Werkgever wordt in de gelegenheid gesteld bewijs te leveren voor zijn stelling dat op de dag van mondelinge aanzegging ook per post een aanzegbrief aan werknemer is gezonden.

Feiten

Maxs is een betonleverancier. Werknemer is in 2019 voor bepaalde tijd in dienst getreden bij Maxs tot 1 december 2019 in de functie van algemeen medewerker. Zijn loon bedroeg bij een dienstverband van 50 uur per week € 3.200 per maand. Op 30 oktober 2019 heeft de directeur van Maxs werknemer in een gesprek op het kantoor van Maxs medegedeeld dat zijn arbeidsovereenkomst niet per 1 december 2019 zal worden verlengd. Maxs voert aan dat zij bedoelde mededeling niet alleen mondeling heeft gedaan op 30 oktober 2019, maar ook schriftelijk op 31 oktober 2019. De directeur van Maxs heeft werknemer die dag persoonlijk een brief overhandigd en deze brief die dag ook per gewone post aan werknemer gezonden. Werknemer ontkent dat de directeur van Maxs hem op 31 oktober 2019 een brief met bedoelde mededeling heeft overhandigd en ook dat hij deze brief nadien per post heeft ontvangen. In eerste aanleg heeft werknemer de kantonrechter onder meer verzocht Maxs te veroordelen tot betaling van de aanzegvergoeding van € 3.200 bruto. De kantonrechter heeft in het midden gelaten of Maxs op 31 oktober 2019 schriftelijk aan werknemer heeft medegedeeld dat zijn arbeidsovereenkomst per 1 december 2019 niet zou worden verlengd. Volgens de kantonrechter hoeft Maxs de aanzegvergoeding niet te betalen, omdat dit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Werknemer heeft in zijn beroepschrift onder meer verzocht dat het hof de bestreden beschikking zal vernietigen en voor recht zal verklaren dat Maxs niet heeft voldaan aan de aanzegverplichting van artikel 7:668 lid 1 aanhef en onder a BW en op grond van lid 3 van genoemd artikel een aanzegvergoeding aan werknemer is verschuldigd geworden.

Oordeel

Betaling aanzegvergoeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar

In dit geval had werknemer op 30 oktober 2019 uit de (mondelinge) mededelingen van de directeur van Maxs voldoende duidelijk begrepen dat zijn arbeidsovereenkomst niet zou worden verlengd. Werknemer is vervolgens gaan zoeken naar een andere baan en heeft – direct aansluitend op zijn dienstverband met Maxs – per 1 december een andere baan gevonden. Werknemer heeft met andere woorden geen nadeel geleden doordat de aanzegging

mondeling is gedaan. Gezien het voorgaande lijkt het redelijk om in dit geval door de vingers te zien dat Maxs de mededeling niet schriftelijk heeft gedaan. Toch komt het hof tot een ander oordeel. Hiertoe overweegt het dat artikel 7:668 BW van dwingend recht is. Dat betekent dat de rechtsgevolgen hiervan slechts onder bijzondere omstandigheden terzijde geschoven mogen worden. De aanzegplicht is in de wet opgenomen om een werknemer met een tijdelijk contract niet tot het einde toe in onzekerheid te laten over het wel of niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst na ommekomst van de (overeengekomen) duur. Volgens de wetgever brengt het uitgangspunt dat een werkgever zich goed moet gedragen met zich dat de aanzegging schriftelijk moet worden gedaan. Als dit niet het geval is, dan is volgens de tekst van de wet en de memorie van toelichting het gevolg dat een aanzegvergoeding moet worden betaald. De wetgever heeft er met andere woorden expliciet voor gekozen dat een mondelinge aanzegging niet voldoende is. Gezien deze argumenten houdt het hof in dit geval toch vast aan de wettelijke 'hard and fast rule'. Het hof passeert het beroep door Maxs op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid.

Schriftelijke mededeling

Volgens de hoofdregel van artikel 150 Rv zou op werknemer de bewijslast rusten om te bewijzen dat bedoelde brief op 31 oktober 2019 niet aan hem is overhandigd en dat hij deze brief nadien ook niet per post heeft ontvangen. Uit de strekking van artikel 7:688 lid 3 BW (bescherming werknemer) en de billijkheid volgt echter dat op een werkgever die aanvoert dat hij bedoelde schriftelijke mededeling heeft gedaan, de bewijslast rust dat dit het geval is. Werknemer kan in dit geval dus volstaan met de stelling dat hij de schriftelijke mededeling niet heeft ontvangen. Op Maxs rust dus de bewijslast van haar stelling dat zij op 31 oktober 2019 een brief aan werknemer heeft overhandigd met de mededeling dat de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd niet zou worden voortgezet na 1 december 2019 en/of op deze dag een gelijkkluidende brief per gewone post aan werknemer heeft gezonden en dat deze brief nadien door werknemer is ontvangen. Naar het oordeel van het hof heeft Maxs dit bewijs niet op voorhand geleverd. Maxs wordt in de gelegenheid gesteld het bewijs alsnog te leveren.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 12-10-2020

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2020:9078

Zaaknummer: 200.278.332

Rechters: L.R. van Harinxma thoe Slooten, A.E.F. Hillen en R.J.A. Dil

Advocaten: J. van Overdam en E.R. Chiel

Wetsartikelen: 7:668 BW en

RECHTSPRAAK

Gedeeltelijke toewijzing schadevergoeding ex artikel 7:611 BW op grond van de Xella-beschikking nu werknemer niet voortvarend heeft gehandeld door het geschil omtrent de jubileumtoeslag laat naar voren te brengen en werkgever aan beëindiging van de arbeidsovereenkomst de voorwaarde verbond dat partijen elkaar finale kwijting zouden verlenen.

Feiten

Werknemer is op 1 mei 1992 in dienst getreden bij KLM Catering Services Schiphol B.V. (hierna: KCS) in de functie van Controleur Warehouse. Op 15 augustus 2013 heeft werknemer zich ziek gemeld. In de periode 26 mei tot 27 juli 2015 heeft werknemer bij Gamma re-integratiewerkzaamheden verricht in het kader van het volgen van een tweedespoortraject. Sinds 11 augustus 2016 is tussen partijen sprake van een zogenoemd slapend dienstverband. Op 20 februari 2019 heeft werknemer KCS verzocht het dienstverband te beëindigen. KCS heeft begin maart 2019 aan werknemer voorgesteld om tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst over te gaan, onder betaling van de transitievergoeding, tegen finale kwijting. Bij brief van 10 december 2019 heeft KCS werknemer gewezen op de gevolgen van beëindiging van zijn arbeidsovereenkomst na 31 december 2019 voor de hoogte van de transitievergoeding. In de bijgevoegde beëindigingsovereenkomst is onder meer een finaal kwijtingsbeding opgenomen. Partijen hebben geen beëindigingsovereenkomst gesloten. KCS heeft vervolgens op 24 februari 2020 een aanvraag bij het UWV ingediend om de arbeidsovereenkomst met werknemer te beëindigen. Het UWV heeft bij beslissing van 13 maart 2020 het verzoek van KCS toegewezen. Bij brief van 25 maart 2020 is door KCS de arbeidsovereenkomst van werknemer per 31 juli 2020 opgezegd. KCS heeft een transitievergoeding van € 27.040,27 bruto aan werknemer voldaan. Werknemer vordert primair KCS te veroordelen tot betaling van de transitievergoeding conform de 'rekenregels 2019' ad € 34.524,00 met daarop in mindering gebracht de reeds betaalde transitievergoeding conform de 'rekenregels 2020' ad € 27.040,27, zodat thans nog € 7.483,73 wordt gevorderd. Werknemer vordert subsidiair een schadevergoeding gelijk aan het verschil tussen de transitievergoeding 2019 en de transitievergoeding 2020 ter hoogte van € 7.483,73.

*Oordeel**De transitievergoeding*

De primaire grondslag voor dit verzoek is dat de wettelijke transitievergoeding € 34.524,00

bedraagt, berekend aan de hand van de in 2019 geldende regelgeving. Nu werknemer conform de rekenregels uit 2020 een transitievergoeding van € 27.040,27 heeft ontvangen, maakt hij nog aanspraak op een bedrag van € 7.483,73 aan transitievergoeding. De kantonrechter is van oordeel dat op deze grondslag de hogere transitievergoeding niet toewijsbaar is, aangezien de arbeidsovereenkomst van werknemer in 2020 is beëindigd. Voor de hoogte van de transitievergoeding dient aangesloten te worden bij de berekening die uit het (nieuwe) artikel 7:673 BW voortvloeit en ook vanaf 1 januari 2020 geldt.

Vergoeding conform artikel 7:611 BW

Voor de gevorderde schadevergoeding verwijst werknemer naar de zogenoemde *Xella*-uitspraak van de Hoge Raad van 8 november 2019. De kantonrechter stelt vast dat KCS het verzoek van werknemer op 20 februari 2019 tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst spoedig heeft opgevolgd. Ook heeft KCS met haar schrijven van 10 december 2019 werknemer voldoende tijdig op de financiële gevolgen gewezen bij het beëindigen van de arbeidsovereenkomst na 31 december 2019. Ter zitting is vast komen te staan dat KCS op 24 december 2019 werknemer heeft aangeboden om de finale kwijting uit de vaststellingsovereenkomst weg te laten om zodoende voor het einde van het jaar tot overeenstemming te komen. De kantonrechter concludeert dat de finale kwijting niet de reden is geweest waardoor partijen niet vóór het einde van 2019 tot overeenstemming zijn gekomen. Ter zitting is gebleken dat de onderhandelingen tussen partijen vanaf 24 december 2019 spaak zijn gelopen wegens het geschil omtrent de verschuldigdheid van de jubileumtoeslag. Vaststaat dat de jubileumtoeslag in de afrondende fase van de onderhandelingen niet aan de orde is geweest en de gemachtigde van werknemer dit voor het eerst op 24 december 2019 ter sprake heeft gebracht. De kantonrechter concludeert dat mede gelet op het late uur waarop de gemachtigde van werknemer de jubileumtoeslag naar voren heeft gehaald de onderhandelingen in 2019 niet succesvol zijn afgerond. De kantonrechter oordeelt echter dat KCS in de eerste periode van onderhandelingen niet aan de beëindiging van de arbeidsovereenkomst de voorwaarde mocht verbinden dat partijen elkaar finale kwijting zouden verlenen. KCS heeft hiermee in strijd met het goed werkgeverschap in de zin van artikel 7:611 BW gehandeld. Op grond hiervan oordeelt de kantonrechter dat KCS aan werknemer een schadevergoeding op grond van artikel 7:611 BW verschuldigd is. De kantonrechter oordeelt evenwel tevens dat moet worden vastgesteld dat werknemer evenzeer blaam treft ten aanzien van het niet voortvarend onderhandelen om vóór 2020 een beëindigingsovereenkomst te sluiten. De kantonrechter wijst de gevorderde schadevergoeding van werknemer dan ook voor niet meer dan 50% toe.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 14-10-2020

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2020:8628

Zaaknummer: 8357032 CV EXPL 20-2065

Rechters: D.P. Ruitinga

Advocaten: M.H. Horst en R.A.C.G. Martens

Wetsartikelen: 7:611 BW en 7:673 BW

RECHTSPRAAK

Ook volgens het hof heeft hoogleraar RUG ernstig verwijtbaar gehandeld door persoonlijke bevoordeling. Desondanks maakt hij aanspraak op een gedeeltelijke transitievergoeding (art. 7:673 lid 8 BW).

Feiten

Werknemer is op 1 februari 1995 in dienst getreden bij de Rijksuniversiteit Groningen (hierna: de RUG). In 2003 werd hij bevorderd tot universitair hoofddocent IBIO van de Faculteit der Letteren. Sinds 1 april 2012 vervult hij de functie van hoogleraar 2 in de leerstoel Globalisation Studies and Humanitarian Action. Door meerdere Europese universiteiten wordt gezamenlijk de masteropleiding NOHA aangeboden. De jaarlijks door de EU verstrekte subsidiegelden worden door NOHA AISBL verdeeld over de deelnemende universiteiten. In 2014 werd werknemer voorzitter van het bestuur van NOHA AISBL. Op 9 juli 2014 heeft werknemer, zonder medeweten van de RUG, de Stichting NOHA Groningen (hierna: SNG) opgericht. De geldstromen vanuit NOHA AISBL liepen daarna via SNG. Bij brief van 11 maart 2019 informeerde werknemer het faculteitsbestuur over oprichting van de SNG. In reactie hierop heeft de RUG werknemer op non-actief gesteld met behoud van bezoldiging. De RUG heeft aan Ernst & Young Forensic & Integrity Services (hierna: EY) de opdracht gegeven om onderzoek te doen naar de financiële stromen rond SNG. In het rapport van EY is vermeld dat door NOHA AISBL over de jaren 2014 tot maart 2019 aan SNG 1,4 miljoen euro is uitgekeerd, welk geld bedoeld was voor de RUG. Op 16 januari 2020 is er in NRC een interview gepubliceerd met de bestuursvoorzitter van de RUG waarin onder meer staat dat een hoogleraar globalisering en humanitaire hulp en twee van zijn medewerkers voor 1,2 miljoen euro hebben gefraudeerd. In eerste aanleg heeft de kantonrechter de arbeidsovereenkomst op de e-grond ontbonden. De handelwijze van werknemer met betrekking tot SNG, Texas University en Ranepa werd als zeer laakbaar beoordeeld, en in het verlengde daarvan als ernstig verwijtbaar. Dit betekende ook dat werknemer geen aanspraak kon maken op een transitievergoeding. Tegen dit oordeel keert werknemer zich in hoger beroep. Hij verzoekt het hof primair de arbeidsovereenkomst te herstellen en te oordelen dat hij niet ernstig verwijtbaar heeft gehandeld. Subsidiar verzoekt hij het hof hem een billijke vergoeding van € 1.209.817 toe te kennen.

Oordeel

Hoorplicht

Allereerst betoogt werknemer dat de procedurevoorschriften die vóór 1 januari 2020 voor een (disciplinair) ontslag golden ondanks de inwerkingtreding van de Wnra van toepassing zijn gebleven. Op grond van deze voorschriften had het college van bestuur van RUG werknemer moeten horen over de bevindingen van EY, voordat RUG een ontbindingsverzoek bij de kantonrechter had kunnen indienen. Het hof volgt werknemer daarin niet. Met de inwerkingtreding van de Wnra is op de daarin aangewezen werknemers van overheidsinstellingen het 'gewone' arbeidsrecht zoals geregeld in het BW van toepassing geworden. Een algemene verplichting voor de werkgever om een werknemer te horen voordat een ontbindingsverzoek op de e-grond of de g-grond wordt ingediend, komt daarin niet voor. Van een niet te repareren gebrek zoals werknemer dat heeft aangeduid, is dan ook geen sprake. Volgens het hof neemt dit echter niet weg dat de eisen van goed werkgeverschap wel kunnen meebrengen dat een werknemer moet worden gehoord voordat een werkgever een ontbindingsverzoek bij de kantonrechter indient. Met de kantonrechter is het hof van oordeel dat het in dit geval in de rede had gelegen dat het college van bestuur werknemer eerst had gehoord over de gevolgtrekkingen die het College had gemaakt uit het feitenonderzoek dat EY had verricht. Dat EY in het kader van dat feitenonderzoek werknemer (meermalen) had gehoord en (delen van) haar conceptrapport aan hem voor commentaar had voorgelegd, is daarmee niet op één lijn te stellen. Volgens het hof betekent dit echter niet dat het ontbindingsverzoek moet worden afgewezen. Wél weegt deze omstandigheid mee bij de beoordeling van de andere verzoeken van werknemer.

Verwijtbaar handelen

Werknemer heeft in eerste aanleg als rechtvaardiging voor zijn handelwijze aangevoerd dat de werkwijze van SNG feitelijk een voortzetting was van de financiële gang van zaken toen hij penningmeester van NOHA Brussel was, dat de bestuurders van RUG weinig interesse hadden in de financiering van het programma en dat hij bang was dat de NOHA-gelden door het faculteitsbestuur aan andere doeleinden zouden worden besteed als de geldstroom via de faculteit zou lopen. Daarbij heeft hij gewezen op de financiële problemen binnen de letterenfaculteit. Daarnaast vreesde hij de bureaucratie en stroperigheid van de letterenfaculteit. Deze rechtvaardigingsgronden zijn door de kantonrechter terecht van de hand gewezen. In hoger beroep heeft werknemer deels afstand genomen van zijn verklaring dat hij bang was dat de NOHA-gelden in de bodemloze put van de letterenfaculteit terecht zouden komen. Op zitting heeft hij benadrukt dat de opleiding in Groningen in vergelijking met de andere deelnemende universiteiten juist financieel goed geregeld was en dat RUG de NOHA-gelden niet dringend nodig had en dat deze besteed konden worden aan andere onderdelen van het NOHA-netwerk waar het geld harder nodig was. RUG heeft dit betwist. Dat voor RUG bestemde gelden ook zonder meer buiten RUG om mochten worden aangewend ten behoeve van andere deelnemende universiteiten vindt geen steun in de consortium agreements. Verder heeft werknemer aangevoerd dat hij als hoogleraar een eigen zelfstandig budgetrecht had. Dit is door RUG betwist en daarvan is het hof ook niet gebleken. Daarnaast heeft werknemer nog gewezen op problemen die andere hoogleraren, die betrokken waren bij internationale opleidingen met een financiering deels uit Europese

fondsen, ondervonden met de bureaucratie binnen RUG en de beslissing over de besteding van die gelden. Het hof oordeelt dat ook dit geen rechtvaardiging vormt voor de gedragingen van werknemer, die geheel uit het oog verliest dat de universitaire 'bureaucratie' naast de schaduwkanten wel degelijk een functie heeft. Werknemer benadrukt uitsluitend de nadelen daarvan maar zijn eigen alternatief – zonder administratie en verantwoording van besteding van grotendeels publieke middelen – schiet nog meer tekort, nog daargelaten dat hij zich ten onrechte boven het gezag van RUG als werkgever verheven achtte. Ten slotte beroept werknemer zich op de gebrekkige controle van RUG die volgens hem – ook zonder dat hij melding had gemaakt van SNG – van het bestaan van deze stichting op de hoogte was dan wel had kunnen zijn. Hij heeft erop gewezen dat er ook betalingen van RUG aan SNG zijn geweest, namelijk terugbetaling van collegegelden van studenten die hun studiejaar niet vol maakten binnen RUG, en dat in de boekhouding van RUG daarvoor een debiteurennummer voor SNG was aangemaakt. Het hof oordeelt dat dit laatste niet inhoudt dat RUG bekend was met de handelwijze van SNG en de rol van werknemer daarin. Dat bij een scherpere controle van RUG van de financiële stromen rond het NOHA-programma de niet toegestane gedragingen van werknemer eerder aan het licht waren gekomen, maakt die gedragingen niet minder laakbaar. De kantonrechter heeft verwezen naar een uitspraak van de Centrale Raad van Beroep in een enigszins vergelijkbaar geval waarin een tekortschietend toezicht niet afdeed aan de toerekenbaarheid van het plichtsverzuim (zie ECLI:NL:CRVB:2013:1633). Omdat de gedragingen van werknemer plaatsvonden in de periode dat hij nog ambtenaar was, is dit oordeel relevant. De kantonrechter heeft de arbeidsovereenkomst dan ook op de juiste gronden ontbonden. Met de kantonrechter oordeelt het hof dat het laakbare handelen van werknemer verwijtbaar handelen oplevert en de mate van verwijtbaarheid bovendien als ernstig kan worden aangemerkt.

Transitievergoeding, redelijkheid en billijkheid (art. 7:673 lid 8 BW)

Hoewel vaststaat dat werknemer ernstig verwijtbaar heeft gehandeld, is in het onderhavige geval sprake van bijzondere omstandigheden die maken dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat werknemer in het geheel geen transitievergoeding ontvangt. In dit verband komt betekenis toe aan: (1) het langdurige dienstverband van werknemer, (2) zijn verdere goede staat van dienst en grote verdiensten voor het NOHA-programma, (3) zijn ziekte en (4) de ruchtbaarheid die RUG aan zijn ontslag en de reden daarvoor heeft gegeven, waardoor de kansen voor hem om op zijn specialistische werkgebied een andere betrekking te vinden als niet bijzonder hoog worden ingeschat. Ook komt betekenis toe aan de omstandigheid dat (5) werknemer voorafgaand aan het ontbindingsverzoek niet is gehoord over de conclusies uit het feitenrapport van EY, terwijl dit wel van RUG als goed werkgeefster mocht worden verwacht.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 03-11-2020

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2020:9060

Zaaknummer: 200.280.269/01

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

Advocaten: A.A. Kootstra en D. Lacevic

Wetsartikelen: 7:66g lid 3 sub e BW, 7:671b BW, 7:673 lid 7 sub c BW en 7:673 lid 8 BW

RECHTSPRAAK

Gevolgen Coronacrisis van gewicht bij beoordeling bedrijfseconomisch ontslag. Bewijsopdracht herplaatsingsaanbod.*Feiten*

Werkneemster is op 1 januari 2019 in dienst getreden bij X in de functie van ‘planner Aviation/dedicated transportplanner’. Haar salaris bedraagt € 3.323,13 bruto per maand, te vermeerderen met 8% vakantietoeslag en overige emolumenten. X is een transportbedrijf dat zich bezighoudt met het transport van onder andere brandstoffen voor wegverkeer en luchtvaart ter bevoorrading van tankstations en vliegvelden. In totaal zijn bij X ongeveer 910 personen werkzaam. Werkneemster coördineerde onder meer het transport van tankwagenladingen vliegtuigbrandstof vanaf laadplaatsen in de Benelux naar regionale luchthavens. Aanvankelijk deed zij dit alleen voor brandstofleverancier Shell, maar in 2019 zijn ook Total en BP erbij gekomen. Voordat werkneemster voor deze functie was aangenomen, werden de werkzaamheden door werknemers van een andere afdeling uitgevoerd. Doordat de luchtvaartsector als gevolg van de coronacrisis met aanzienlijke werkvermindering is geconfronteerd, heeft X werkneemster in de periode april t/m mei meermalen aangeboden alternatieve werkzaamheden uit te voeren voor de afdeling industriële (cryogene) gassen in een gecombineerde functie personeels-/transportplanner. Werkneemster heeft dit aanbod niet geaccepteerd. Op 14 mei 2020 is werkneemster daarom een beëindigingsovereenkomst aangeboden, waarbij haar is toegezegd dat er een terugkeermogelijkheid zou zijn als blijkt dat de werkzaamheden weer gelijkwaardig zouden zijn aan de situatie van 2019. Nadien heeft X het aanbod aangevuld met de opmerking dat de terugkeermogelijkheid ook breder zou gelden. Ook hiermee ging werkneemster niet akkoord. Op 11 juni 2020 heeft X bedrijfseconomisch ontslag bij UWV AJD te Rotterdam aangevraagd. UWV heeft toestemming voor het ontslag verleend. Werkneemster verzoekt de kantonrechter primair de arbeidsovereenkomst te herstellen en subsidiair haar een billijke vergoeding van € 20.000 toe te kennen.

Oordeel

De kantonrechter oordeelt als volgt.

Coronacrisis

Als gevolg van de coronacrisis is de omzet van X aanzienlijk teruggelopen en zijn de vooruitzichten vooralsnog niet rooskleurig. Hierbij komt ook dat niet is betwist dat ook de omzet en de werkzaamheden ten behoeve van de bevoorrading van tankstations, de andere

discipline binnen de afdeling Motorbrandstoffen van werkneemster, aanzienlijk zijn teruggelopen. Dit betekent dat de planners die zich met dit deel van het transport bezighouden ook minder werk hebben. Bij het aanvragen van een ontslagvergunning heeft X een overzicht overgelegd van het omzetverloop in de maanden april en mei 2019 enerzijds en de maanden april en mei 2020 anderzijds. Uit een vergelijking tussen de maanden van beide jaren blijkt een omzetafname van respectievelijk (ongeveer) 48% en 42%. Op zitting is echter komen vast te staan dat bij de berekening van de omzetafname de werkzaamheden voor Total en BP buiten beschouwing zijn gelaten. Dit betekent dat de omzetsdaling van de werkzaamheden binnen X niet exact 48% respectievelijk 42% zal zijn, zoals X stelt. Hoeveel de omzetsdaling dan wel precies is, kan uit de overgelegde cijfers niet worden afgeleid. Hier staat echter wél tegenover dat vast is komen te staan dat het werk voor Shell het grootste deel uitmaakt van het takenpakket van werkneemster. Ook weegt mee dat aan X een zekere beleidsvrijheid toekomt haar onderneming zó in te richten dat het voortbestaan daarvan ook op langere termijn is verzekerd. Onder de gegeven omstandigheden valt dan ook te begrijpen dat zij heeft besloten terug te keren naar de situatie zoals deze was voordat werkneemster was aangenomen, te weten: de situatie waarin de medewerkers van de afdeling planning ook de planning/coördinatie van het transport van vliegtuigbrandstof verzorgden.

Herplaatsingsaanbod

Partijen zijn het erover eens dat de functie van vrachtwagenchauffeur – gelet op haar opleiding, ervaring en capaciteiten – passend is, maar herplaatsing in deze functie niet in de rede ligt vanwege haar persoonlijke omstandigheden. Ook zijn partijen het erover eens dat de door X aangeboden gecombineerde functie personeels-/transportplanner passend zou zijn. Werkneemster voert op dit punt echter aan dat X zich onvoldoende heeft ingespannen haar in deze functie te herplaatsen. Zo heeft tussen partijen allereerst een gesprek plaatsgevonden, waarin werkneemster deze functie is aangeboden. Werkneemster heeft toen te kennen gegeven niet enthousiast te zijn, omdat haar hart bij transport ligt en niet zozeer bij personeelsplanning. Ook zouden haar leidinggevers toen ontkennend hebben geantwoord op de vraag of zij weg moest bij X. Een week later heeft opnieuw een gesprek plaatsgevonden. Werkneemster heeft toen te horen gekregen dat zij de functie moest accepteren en er niets anders voor haar was. Werkneemster heeft toen gezegd dat zij hierover wilde nadenken. Nadien heeft werkneemster een gesprek gevoerd met de directeur. Hij zou hebben toegezegd dat hij zou kijken of hij nog wat voor werkneemster zou kunnen doen. In de beleving van werkneemster betekende dit dat X nog zou onderzoeken of er andere mogelijkheden waren. Enkele dagen later is werkneemster een vaststellingsovereenkomst aangeboden en was de aangeboden functie inmiddels vergeven. Naar het oordeel van de kantonrechter lag het op de weg van X werkneemster een redelijke termijn te geven om over het aanbod voor de alternatieve functie na te denken. Ook had X in dit verband duidelijk moeten maken wat de consequentie van een definitieve afwijzing zou zijn, te weten: beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Omdat werkneemster gemotiveerd heeft betwist dat X hierover duidelijkheid heeft verschaft, ligt het op de weg van X te bewijzen dat werkneemster de aangeboden functie in expliciete bewoordingen heeft geweigerd op het moment dat het haar

duidelijk was dat haar arbeidsovereenkomst bij weigering zou worden beëindigd. Als X in het bewijs slaagt, staat daarmee vast dat werkneemster een passende functie expliciet heeft geweigerd en heeft X voldaan aan de herplaatsingsplicht. Als dat niet zo is, is de arbeidsovereenkomst in strijd met artikel 7:669 lid 1 BW opgezegd. De arbeidsovereenkomst wordt in dat geval met terugwerkende kracht hersteld.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 02-11-2020

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2020:9761

Zaaknummer: 8741518 HA VERZ 20-88

Rechters: P. Joele

Advocaten: P.J. van Sambeek en P.M.D. Weijers

Wetsartikelen: 7:669 lid 1 BW, 7:669 lid 3 sub a BW en 7:682 lid 1 sub a BW

RECHTSPRAAK

OR is ten onrechte geen advies gevraagd over het aangaan van een overeenkomst van dienstverlening tussen twee partijen die behoorden tot een gesplitste onderneming.

Feiten

Abeos Agri Holding BV (hierna: 'Abeos Agri') en Abeos Uitzend behoorden aanvankelijk tot dezelfde onderneming, gedreven door de Coöperatieve Vereniging Agrarische Bedrijfsverzorging U.A. (hierna: de coöperatie). Per 1 juli 2019 is de onderneming gesplitst, waarbij de ondersteunende (staf)diensten bij Abeos Uitzend zijn ondergebracht. De overeenkomst van dienstverlening (ook service level agreement of SLA genoemd) regelt de voorwaarden waarop Abeos Uitzend als opdrachtnemer ondersteunende (staf)diensten verleent aan Abeos Agri als opdrachtgever. Op 16 april 2019 heeft de bestuurder van de coöperatie aan de OR van de coöperatie advies gevraagd over de splitsing/herstructurering van de onderneming van de coöperatie in een agrarisch bedrijf en een uitzendbedrijf. De OR adviseerde negatief, omdat hij naar eigen zeggen geen inzicht in de inhoud van de SLA heeft gekregen. Ook merkte de OR op dat het hier om een adviesplichtig onderwerp gaat, en van de coöperatie wordt verwacht dat zij de OR om advies zou vragen. De coöperatie heeft – in afwijking van het negatieve advies van de OR – besloten tot de herstructurering en bij brief van 23 mei 2019 dat besluit gemotiveerd. In de brief is niet ingegaan op de opmerking van de OR dat de herstructurering een adviesplichtig onderwerp is. Per 1 juli 2019 heeft de herstructurering (formeel) haar beslag gekregen. De coöperatie houdt alle aandelen in Abeos Agri en alle certificaten van aandelen in Abeos Uitzend. Er bestaat thans een personele unie tussen het bestuur van Abeos Agri en Abeos Uitzend. Op 2 januari 2019 is ook een OR ingesteld. Deze OR is teruggekomen op de adviesplichtigheid van de herstructurering en stelde zich op het standpunt dat hem advies moet worden gevraagd over de tussen Abeos Agri en Abeos Uitzend gesloten overeenkomst van dienstverlening. De OR verzoekt de OK thans te oordelen dat Abeos Agri in redelijkheid niet heeft kunnen komen tot het besluit een overeenkomst van dienstverlening aan te gaan met Abeos Uitzend zónder daaraan voorafgaand de OR om advies te vragen. De OR verzoekt de OK dan ook Abeos Agri te gebieden het besluit in te trekken en alle gevolgen daarvan ongedaan te maken alsmede te verbieden handelingen te verrichten ter uitvoering van het besluit. Abeos Agri voert kort gezegd ten verweere aan dat de coöperatie geen verwachtingen heeft gewekt, geen sprake is van een adviesplichtig besluit en dat de OR niet-ontvankelijk is in zijn beroep omdat hij dit niet heeft ingesteld binnen een maand nadat hem duidelijk was dat geen advies zou worden gevraagd over de inhoud van de overeenkomst van dienstverlening.

Oordeel

De OK oordeelt als volgt.

Beroep tijdig ingesteld?

De OK verwerpt het ontvankelijkheidsverweer van Abeos Agri. In een geval waarin de ondernemer een adviesplichtig besluit neemt zonder advies te hebben gevraagd, kan de OR op de voet van artikel 26 WOR beroep instellen binnen een maand nadat hij van het besluit in kennis is gesteld. In dit geval moet als (te nemen) besluit worden aangemerkt het besluit tot het finaliseren van een overeenkomst van dienstverlening tussen Abeos Agri en Abeos Uitzend met een bepaalde inhoud. Dat Abeos Agri daartoe inmiddels heeft besloten staat niet vast – ter zitting bleek dat er nog geen ondertekende overeenkomst is – en aan de OR is in ieder geval niet medegedeeld dat zodanig besluit is genomen. Hieruit volgt dat de termijn van artikel 26 lid 2 WOR niet is verstreken; anders dan Abeos Agri kennelijk meent, vangt die termijn niet aan met de mededeling dat geen advies zal worden gevraagd. In een geval als dit waarin de ondernemer zich jegens de OR definitief op het standpunt stelt dat hij geen advies zal vragen, brengt een redelijke toepassing van artikel 26 WOR en de Linge-leer wel mee dat (a) de OR niet hoeft te wachten op (mededeling van) het genomen besluit alvorens beroep in te stellen op de grond dat ten onrechte geen advies is gevraagd en (b) de OR niet uitsluitend is aangewezen op een verzoek tot nakoming op de voet van artikel 36 WOR. Een andere opvatting – inhoudende dat de OR als hem is medegedeeld dat geen advies zal worden gevraagd pas beroep kan instellen nadat het besluit is genomen – zou slechts leiden tot vertraging waarmee geen redelijk belang is gediend. Bovendien zou die andere opvatting de OR in een lastige positie plaatsen indien de ondernemer zich, als uitvloeisel van zijn opvatting dat het te nemen besluit niet adviesplichtig is, tevens niet geroepen voelt om de OR in kennis te stellen van het besluit. Het beroep is dus tijdig ingesteld.

Is het besluit adviesplichtig?

Volgens vaste rechtspraak is de ondernemer primair verantwoordelijk voor een goed verloop van het medezeggenschapstraject. Hij moet er zorg voor dragen dat de medezeggenschap ten volle tot haar recht komt. Dit betekent dat de ondernemer het medezeggenschapstraject zorgvuldig moet vormgeven en daarover eenduidig dient te communiceren met de OR. Dat geldt ook indien besluitvorming ‘gefaseerd’ plaatsvindt, in die zin dat advies wordt gevraagd over een besluit terwijl bepaalde wezenlijke aspecten daarvan nog niet zijn uitgewerkt. In dat geval moet de ondernemer voorkomen dat onduidelijkheid over de fasering ontstaat en waarborgen dat de fasering geen afbreuk doet aan de effectiviteit van de medezeggenschap (zie o.m. ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ9689, AR 2013-0380 en ECLI:NL:GHAMS:2015:1451, AR 2015-0507). Omdat de inhoud van de te sluiten overeenkomst van dienstverlening ten tijde van de adviesaanvraag op 16 april 2019 nog niet bekend was, terwijl de splitsing reeds op 1 juli 2019 zijn beslag zou krijgen, is de besluitvorming gefaseerd. Op 23 mei 2019 is tot herstructurering besloten, terwijl besluitvorming over de inhoud van de overeenkomst van dienstverlening pas nadien heeft plaatsgevonden. Hoewel dit op zichzelf toelaatbaar is, mag

dit er niet toe leiden dat aan de medezeggenschap afbreuk wordt gedaan. Naar het oordeel van het hof is van dit laatste echter wel sprake. Hierbij is het volgende van belang.

Het besluit Abeos Agri niet toe te rusten met eigen ondersteunende (staf)diensten, maar in plaats daarvan deze diensten op contractuele basis af te nemen van Abeos Uitzend is adviesplichtig op de voet van artikel 25 lid 1 sub b en e WOR. Indien de voorgenomen inhoud van de overeenkomst van dienstverlening bekend zou zijn geweest ten tijde van de adviesaanvraag over de herstructurering, had de OR ook daarover advies mogen uitbrengen en had de OR die inhoud kunnen betrekken bij zijn advies over het toedelen van de ondersteunende (staf)diensten aan Abeos Uitzend en over de herstructurering als zodanig. Het adviesrecht van de OR is immers niet beperkt tot de hoofdlijnen van een voorgenomen adviesplichtig besluit maar strekt zich ook uit over alle onderdelen en mogelijke gevolgen daarvan. Ter zitting heeft Abeos Agri nog aangevoerd dat ten tijde van het advies van 15 mei 2019 voor de OR (van de coöperatie) voldoende duidelijk was wat de (beperkte) scope van de overeenkomst van dienstverlening zou zijn en dat de OR daarover dus had kunnen adviseren. Volgens het hof miskent dit argument dat niet is gebleken dat de coöperatie aan de (toenmalige) OR wezenlijk meer informatie heeft verstrekt over de inhoud van de te sluiten overeenkomst van dienstverlening. Nadat de OR duidelijk had gemaakt óók te willen adviseren over de inhoud van de overeenkomst van dienstverlening, heeft de ondernemer (toen nog de coöperatie) niet duidelijk gemaakt dat hij daarover geen advies zou vragen. Integendeel, de ondernemer liet weten de gevraagde toezegging overbodig te vinden in het licht van artikel 25 WOR. Ook in de daaropvolgende e-mailwisseling heeft de ondernemer bepaald niet duidelijk gemaakt dat geen advies zou worden gevraagd over de inhoud van de overeenkomst. Aldus heeft de ondernemer in strijd met de door hem in acht te nemen zorgvuldigheid ten aanzien van het medezeggenschapstraject gehandeld.

Uitvoeringsbesluit ex artikel 25 lid 5 WOR

Voorts voert Abeos Agri aan dat de overeenkomst van dienstverlening slechts als een uitvoeringsbesluit moet worden gezien. Hiermee gaat zij evenwel eraan voorbij dat ook voor dit type besluiten, zij het dat hiertegen geen beroep openstaat, advies moet worden gevraagd. Volgens het hof is de stelling dat het aangaan van de overeenkomst slechts een uitvoeringsbesluit is, bovendien onjuist. De inhoud van de overeenkomst op basis waarvan Abeos Agri ondersteunende (staf)diensten, die voor de continuïteit van haar bedrijfsvoering essentieel zijn, betreft van Abeos Uitzend is immers een wezenlijk element van de herstructurering. Een belangrijk motief voor herstructurering was namelijk dat het agrarische bedrijf en het uitzendbedrijf elk een wezenlijk andere bedrijfscultuur kennen en de splitsing het mogelijk maakt dat zij zich ieder op een eigen wijze verder ontwikkelen. Opmerking verdient dat indien de besluitvorming niet gefaseerd zou hebben plaatsgevonden de OR van de coöperatie daarover had kunnen adviseren, terwijl als gevolg van de fasering de OR van Abeos Agri daarover thans kan adviseren vanuit het perspectief van Abeos Agri (en (desgewenst) de OR van Abeos Uitzend vanuit het perspectief van Abeos Uitzend). De voorkeur van de ondernemer om de samenwerking slechts op hoofdlijnen vast te leggen en niet meer gedetailleerd te regelen, is een keuze waarover de OR behoort te kunnen adviseren.

Nu aan de OR geen advies is gevraagd kan van hem niet verlangd worden in deze procedure al zijn vragen, bedenkingen en bezwaren met betrekking tot de overeenkomst kenbaar te maken. Die zijn immers thans niet aan de orde, maar pas nadat de OR in de gelegenheid is gesteld advies uit te brengen op basis van een adviesaanvraag waarin de beweegredenen voor het voorgenomen besluit uiteen zijn gezet. De verzoeken van de OR worden toegewezen.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 28-10-2020

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2020:2871

Zaaknummer: 200.280.323/01 OK

Rechters: G.C. Makkink, M.M.M. Tillema en M.P. Nieuwe Weme

Advocaten: J. de Waard, P.H.E. Voûte en G.T. Hensen

Wetsartikelen: 25 lid 1 sub b WOR, 25 lid 1 sub b WOR, 25 lid 5 WOR en 26 WOR

RECHTSPRAAK

Werknemer wordt veroordeeld tot terugbetaling van gemaakte studiekosten, omdat hij de arbeidsovereenkomst zelf heeft opgezegd. Vordering wordt wel gematigd, omdat werkgeefster baat bij de opleiding heeft gehad.

Feiten

Werknemer is op 5 december 2018 voor bepaalde tijd in dienst getreden bij Smits Kraan- en Sleepbedrijf BV (hierna: 'Smits'). Zijn brutosalaris bedroeg € 2.219 per maand, exclusief vakantietoeslag. Daarnaast zijn partijen een onregelmatigheidstoeslag van € 300 bruto per maand overeengekomen. Op 11 januari 2019 hebben partijen een studieovereenkomst gesloten. Het betrof de opleiding lichte berging van 21 januari 2019 tot en met 25 januari 2019, inclusief IM REVI, omgaan met agressie en pechhulp. Op 6 februari 2019 hebben partijen een studieovereenkomst gesloten met betrekking tot de vergoeding door Smits van de kosten met betrekking tot rijbewijs C (vrachtwagen), dat werknemer bij zijn vorige werkgever heeft behaald. Partijen zijn ook een studiekostenbeding overeengekomen. Op 26 juni 2019 is werknemer arbeidsongeschikt geworden. Enige tijd later heeft hij zelf zijn arbeidsovereenkomst tegen 1 oktober 2019 opgezegd. Smits vordert thans volledige betaling van de door haar vergoede studiekosten ad € 3.319,54 en € 4.579,87. Werknemer voert ten verweere aan dat hij, gelet op de redenen die voor hem aanleiding waren de arbeidsovereenkomst te beëindigen, geen vergoeding van studiekosten voor de cursus lichte berging is verschuldigd. Ter zitting heeft hij wél erkend een vergoeding voor de rijbewijskosten te zijn verschuldigd.

Oordeel

De kantonrechter oordeelt als volgt. Uit de *Muller/Van Opzeeland*-arresten volgt dat het systeem van de wet zich niet zonder meer verzet tegen een (terug)betalingsregeling ten aanzien van studiekosten (in enge zin) en loon, mits deze regeling is voorzien van een tijdspanne gedurende welke de werkgever geacht wordt baat te hebben bij door de werknemer tijdens de studiewerkzaamheden opgedane kennis. Ook moet de verplichting tot terugbetaling worden verminderd naar evenredigheid van het voortduren van de dienstbetrekking gedurende de genoemde tijdspanne. Daarnaast moet de consequentie van het terugbetalen duidelijk aan de werknemer uiteengezet zijn, terwijl het invoeren van een verplichting tot terugbetaling onder omstandigheden, bijvoorbeeld wanneer de werkgever het initiatief tot beëindiging van de arbeidsrelatie heeft genomen, in strijd kan komen met de eisen van redelijkheid en billijkheid (zie NJ 1983/795 en NJ 1987/796). Werknemer heeft, nadat hij zich

heeft ziekgemeld en op arbeidstherapeutische basis enkele werkzaamheden verrichtte, de arbeidsovereenkomst opgezegd. Dat is naar het oordeel van de kantonrechter een beëindiging van het dienstverband om redenen die aan werknemer zijn toe te rekenen, in de zin van de studiekostenregeling. Ook is komen vast te staan dat het werknemer bij het aangaan van de studiekostenregeling voldoende duidelijk was wat de inhoud en eventuele gevolgen hiervan zijn. Werknemer heeft immers mede daarom zijn verzet tegen terugbetaling van de rijbewijskosten ter zitting laten varen. Daarom moet werknemer de door Smits betaalde studiekosten in beginsel terugbetalen. Wel ziet de kantonrechter aanleiding tot aanpassing van de gevolgen van de studiekostenbedingen, omdat Smits gedurende de periode dat werknemer in dienst is geweest baat heeft gehad van het resultaat van de opleidingen. Ook weegt hierbij mee dat werknemer werkzaam was op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd en partijen een staffelperiode zijn overeengekomen die de duur van de arbeidsovereenkomst overtrof. Geoordeeld wordt dat Smits vanaf het begin van de arbeidsovereenkomst baat heeft gehad van het vrachtwagenrijbewijs van werknemer. De totale periode van terugbetaling bedraagt in dit geval zestig maanden. Omdat werknemer tien maanden in dienst is geweest, wordt 10/60 in mindering gebracht, hetgeen resulteert in een betalingsverplichting van € 2.766,28. Eenzelfde benadering kiest de kantonrechter voor de kosten van de lichte berging-opleiding. Deze is eind januari 2019 afgerond, zodat Smits acht maanden hiervan baat heeft gehad. Omdat de staffel twee jaar bedraagt, wordt op de vordering 8/24 in mindering gebracht, hetgeen resulteert in een betalingsverplichting van € 3.053,24.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 20-10-2020

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2020:5155

Zaaknummer: 8493403 CV EXPL 20-7959

Rechters: E.J. van der Molen

Advocaten: S.A. Coster en C.M.J. Moerkens

Wetsartikelen:

RECHTSPRAAK

Werknemer die op de werkplek en onder werktijd kinderporno aan collega's heeft getoond, is terecht op staande voet ontslagen en verliest recht op transitievergoeding.

Feiten

Deze beschikking betreft een vervolg op AR 2020-0232. Werknemer was in dienst van Lidl Nederland GmbH (hierna: Lidl). In zijn beschikking van 28 april 2020 oordeelde de kantonrechter dat Lidl werknemer, die op de werkplek en onder werktijd aan ten minste drie collega's beelden van kinderporno heeft laten zien, terecht op staande voet heeft ontslagen. In ditzelfde oordeel is werknemer in de gelegenheid gesteld tegenbewijs te leveren. Op 14 juli 2020 zijn hiertoe verklaringen afgelegd, zowel van werknemer zelf als van de collega's aan wie hij de beelden zou hebben getoond. In deze zaak verzoekt werknemer de kantonrechter voor recht te verklaren dat het ontslag op staande voet niet onverwijd is gegeven en hieraan ook geen dringende reden ten grondslag ligt. Ook verzoekt hij een billijke vergoeding van € 336.467,52 bruto.

Oordeel

Dringende reden

De kantonrechter blijft bij wat in de tussenbeschikkingen van 4 februari 2020 en 28 april 2020 is overwogen en beslist en ziet geen aanleiding daarop terug te komen. In de beschikking van 28 april 2020 heeft de kantonrechter afgelegde getuigenverklaring als geloofwaardig en overtuigend beoordeeld. Zo bevestigden deze verklaringen op concrete en gedetailleerde wijze dat werknemer op de werkplek en onder werktijd aan de getuigen beelden van kinderporno heeft laten zien. De getuigenverklaring van werknemer legt hiertegenover onvoldoende gewicht in de schaal. Zo wordt de stelling dat deze getuigen (collega's) jaloers op hem zouden zijn en hem daarom in diskrediet willen brengen, niet gevolgd. Naar het oordeel van de kantonrechter is ongeloofwaardig dat deze drie collega's om een dergelijke reden welbewust onder ede een onware verklaring zouden afleggen – nog daargelaten dat in de stukken hiervoor geen steun is te vinden. Ook de stelling van werknemer dat de politie geen beelden van kinderporno op zijn telefoon heeft aangetroffen, legt geen gewicht in de schaal. Het zou immers kunnen dat werknemer de filmpjes niet heeft opgeslagen of gedownload. Ook zou hij de filmpjes kunnen hebben verwijderd dan wel een andere telefoon aan de politie hebben kunnen geven. Er is dus sprake van dringende reden, die gelet op de aard en ernst een ontslag op staande voet rechtvaardigt.

Onverwijldheid

Voorts volgt de kantonrechter de werknemer evenmin in de stelling dat het ontslag op staande voet niet onverwijld is gegeven. Het tonen van de bewuste filmpjes en beelden heeft rond eind oktober, begin november plaatsgevonden, waarbij de betreffende collega's eerst de vertrouwenspersoon binnen Lidl daarover hebben benaderd. Nadien heeft de vertrouwenspersoon daarover in de maand november een paar keer gesproken met de collega's en heeft zij onder andere met hen gesproken over de vraag of zij toestemming gaven de melding door te geven aan de HR-afdeling van Lidl. Die toestemming is in de loop van november gegeven, waarna Lidl onderzoek heeft gedaan, met name door het horen van de collega's op 28 november 2019. Werknemer is vervolgens op 29 november 2019 geconfronteerd met de verklaringen en meldingen van die collega's, en nogmaals op 2 december 2019, waarna op die laatste datum ontslag op staande voet is gegeven. Gelet op het voorgaande heeft Lidl voldoende voortvarend gehandeld en is het ontslag onverwijld gegeven.

Geen transitievergoeding, want ernstig verwijtbaar handelen

De gedraging van werknemer levert niet alleen een dringende reden op voor ontslag op staande voet, maar getuigt eveneens van ernstig verwijtbaar handelen. Werknemer verliest dan ook zijn aanspraak op de wettelijke transitievergoeding. Niet kan worden geoordeeld dat het niet-toekennen daarvan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaard is.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 07-10-2020

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2020:8984

Zaaknummer: 8287529 \ AO VERZ 20-6

Rechters: P.J. Jansen

Advocaten: F. Westenberg en H. Vermeulen

Wetsartikelen: 7:673 lid 7 sub c BW, 7:677 lid 1 BW en 7:678 lid 1 BW

RECHTSPRAAK

Hof stelt zich, in lijn met jurisprudentie, kritisch op tegenover concurrentiebedingen die langer dan een jaar duren. Daarvoor moeten zwaarwegende omstandigheden aanwezig zijn.

Feiten

Werknemer is in 2005 bij Makelaardij X BV (hierna: 'X') in dienst getreden in de functie van assistent-makelaar. X exploiteert een makelaarskantoor dat is gevestigd in Middelharnis op het eiland Goeree-Overflakkee. Ook heeft X in het verleden een vestiging gehad op het eiland Voorne-Putten in Hellevoetsluis. Onderdeel van de arbeidsovereenkomst is een concurrentiebeding, dat als volgt is geformuleerd: 'Werknemer zal binnen 24 maanden na beëindiging van het dienstverband, geen werkzaamheden mogen verrichten op Goeree-Overflakkee en Voorne-Putten, direct of indirect, in dienstbetrekking, in opdracht of zelfstandig, voor zover deze werkzaamheden gelijk zijn aan of lijken op de werkzaamheden van de werkgever of gelieerde vennootschappen. Bij overtreding van dit artikel en alle overige bepalingen in deze overeenkomst genoemd zal er een dadelijke en ineens, zonder sommatie, opeisbare boete van eenhonderdduizend euro (€ 100.000,-) worden opgelegd onverminderd de verplichting tot volledige en onverminderde schadeloosstelling.' Sinds 2010 heeft werknemer een andere functie gekregen en is hij beëdigd als makelaar. Ook is hij sindsdien geregistreerd taxateur en ingeschreven bij Stichting Vastgoedcert. Eind 2015 hebben partijen onderhandeld over een mogelijke overname van de onderneming door werknemer. De onderhandelingen hebben echter niet in een overname geresulteerd. In plaats daarvan heeft werknemer in 2016 zijn arbeidsovereenkomst opgezegd. X heeft hem toen medegedeeld dat zij hem aan het overeengekomen concurrentiebeding houdt. In een kortgedingprocedure vorderde werknemer het concurrentie geheel dan wel gedeeltelijk – te weten: voor het gebied Voorne-Putten – te schorsen. De kantonrechter heeft deze vordering afgewezen. Tegen dit oordeel keert werknemer in hoger beroep.

Oordeel eerste aanleg

Geoordeeld is dat de overgang van assistent-makelaar naar makelaar niet aan een beroep op het concurrentiebeding in de weg stond. De functiewijziging was ingrijpend, maar wél voorzienbaar. Daarom hoefde ook geen nieuw concurrentiebeding te worden overeengekomen. Ook de belangafweging viel uit het voordeel van X. Zij had evident belang bij de instandhouding van het concurrentiebeding, omdat zij haar handelsdebiet, ook in de regio Voorne-Putten, moest beschermen. Daarnaast heeft X aanzienlijk in werknemer geïnvesteerd en hem mogelijkheden geboden in het bedrijf te groeien. Voorts kwam betekenis

toe aan de omstandigheid dat werknemer buiten de regio's Goeree Overflakkee en Voorne-Putten als makelaar/taxateur aan de slag kan. Naar het oordeel van de kantonrechter hield het beding dan ook geen zodanige beperking voor werknemer in dat het belang van X daarvoor moest wijken.

Oordeel hoger beroep

Om proceseconomische redenen ziet het hof aanleiding allereerst grief III te bespreken. Met deze grief keert werknemer zich tegen het oordeel van de kantonrechter dat het concurrentiebeding in tijd noch in plaats zodanig beperkend voor hem is dat de belangen van X bij de instandhouding van het beding daarvoor moeten wijken. In dit verband stelt het hof voorop dat een concurrentiebeding de werknemer in een zwaarwegend belang (te weten: wijze van voorziening in levensonderhoud) treft. Hiertegenover staat dat het belang van de werkgever bij handhaving van het beding in tijd afneemt. In de jurisprudentie wordt een kritische houding gesignaleerd tegenover langer dan een jaar durende concurrentiebedingen (zie bijvoorbeeld: AR 2013-1000). Met inachtneming van deze lijn oordeelt het hof dat de termijn van twee jaar alléén is gerechtvaardigd als daarvoor zwaarwegende omstandigheden aanwezig zijn. Dergelijke omstandigheden heeft X onvoldoende aangetoond. De omstandigheden dat werknemer (1) een lang dienstverband heeft, (2) van investeringen heeft geprofiteerd, (3) specifieke bedrijfskennis heeft en (4) een klantenkring heeft opgebouwd leggen onvoldoende gewicht in de schaal. Zo staat tegenover de investeringen in werknemer dat X langdurig hiervan heeft geprofiteerd en haar investering daarom heeft terugverdiend. Ook is het hof niet gebleken waarom de specifieke bedrijfskennis van werknemer een termijn van twee jaar rechtvaardigt. Ook het gegeven dat werknemer een klantenkring heeft opgebouwd, rechtvaardigt niet het oordeel dat het belang van X zwaarder weegt. Ditzelfde geldt ook voor de omstandigheid dat werknemer kort na het einde van de arbeidsovereenkomst bij een makelaarskantoor in Ridderkerk in dienst is getreden en taxateuropdrachten als zzp'er heeft verworven. Het hof oordeelt na afweging van wederzijdse belangen dat het concurrentiebeding wordt geschorst voor zover het de duur van een jaar overstijgt. Aldus kan het beding vanaf 1 september 2017 niet meer worden ingeroepen. Omdat de datum van dit arrest is gelegen ná de datum waarop de eenjaartermijn is verstreken, hebben partijen in deze kortgedingprocedure geen belang meer bij de bespreking van de overige grieven.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 12-12-2017

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2017:3461

Zaaknummer: 5328043 VV EXPL 16-348

Rechters: D. Aarts, C.J. Frikkee, H.J. Vetter en E.B. van den Ouden

Advocaten: J.C. Brökling

Wetsartikelen: 7:653 BW