

Nieuwsbrief VAAN AR Updates

Nummer 15, 2021

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:2021:527](#) 09-04-2021

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2021:537](#) 09-04-2021

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2021:526](#) 09-04-2021

Hof

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2021:1051](#) 08-04-2021

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2021:1049](#) 08-04-2021

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2021:1050](#) 08-04-2021

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2021:1052](#) 08-04-2021

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2021:1048](#) 08-04-2021

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2021:3137](#) 01-04-2021

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2021:488](#) 30-03-2021

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2021:687](#) 09-03-2021

Rechtbank

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2021:1668](#) 02-04-2021

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2021:2952](#) 02-04-2021

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:ROVE:2021:1449](#) 31-03-2021

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2021:3058](#) 31-03-2021

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2021:1190](#) 29-03-2021

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2021:3111](#) 26-03-2021

[Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2021:1493](#) 25-03-2021

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2021:2542](#) 24-03-2021

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2021:1386](#) 23-03-2021

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2021:2558](#) 16-03-2021

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2021:3001](#) 12-03-2021

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2021:3008](#) 09-03-2021

[Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2021:2058](#) 22-02-2021

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2021:2624](#) 17-02-2021

[Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2021:1931](#) 12-02-2021

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2021:2620](#) 11-02-2021

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2020:11768](#) 02-11-2020

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2020:13181](#) 18-09-2020

RECHTSPRAAK

Vrijwilligers vallen niet onder Cao Besloten Busvervoer, tenzij sprake is van schijnconstructie.*Feiten*

Rolerisuit is een stichting die ten doel heeft het bieden van ontspanning aan gehandicapten, onder meer door het maken van bustochten. Rolerisuit werkt met (39) vrijwilligers (van wie 11 als chauffeur) en heeft twee speciale autobussen en één klein busje in bezit. Nadat de inspectie op 29 januari 2013 aan Rolerisuit heeft gemeld dat er een klacht is ingediend dat Rolerisuit zonder communautaire vergunning busvervoer uitvoert, heeft zij een communautaire vergunning aangevraagd en verkregen, met een looptijd tot 4 november 2018. Per 14 november 2018 heeft Rolerisuit opnieuw een communautaire vergunning verkregen. FSO is een stichting die krachtens de Cao Besloten Busvervoer (Cao BB) door de partijen bij die cao in het leven is geroepen om een goed sociaal en economisch klimaat in de bedrijfstak besloten busvervoer te bevorderen. Daarnaast is de Cao FSO van belang. Rolerisuit heeft op 28 november 2013 en 23 november 2017 een verzoek ingediend om dispensatie te verkrijgen van de gehele Cao BB. Deze verzoeken zijn afgewezen. In eerste aanleg heeft de kantonrechter voor recht verklaard dat de Cao BB en de Cao FSO van toepassing zijn op Rolerisuit en haar bevolen de cao's na te leven. In hoger beroep heeft het hof geoordeeld dat artikel 53 Cao BB 2012/2013, thans artikel 48 Cao BB 2017/2018, Rolerisuit niet verbiedt, althans niet verhindert, om busvervoer te verrichten met chauffeurs die volledig op vrijwillige basis werkzaam zijn.

Conclusie A-G Langemeijer

De A-G gaat in zijn conclusie in op uitleg cao, de rol van opvolgende cao's en tekstuitlegging, en de rol van cao-afspraken en kartelverboden. Vervolgens komt hij aan onderdeel III toe. Hierin neemt FSO tot uitgangspunt dat de uitleg die het hof aan artikel 53 (later art. 48) Cao BB heeft gegeven tot gevolg heeft dat een werkgever "enkel is strijd handelt met het verbod indien vrijwilligers schijnzelfstandigen zouden zijn". De klacht houdt in dat het hof daarmee een te beperkte uitleg geeft aan het doel en de strekking van deze cao-bepaling. Het doel van deze bepaling is volgens de klacht niet slechts het voorkomen van schijnconstructies, maar in ruimere zin de bescherming van de werkgelegenheid van de onder de cao vallende werknemers, onder meer door het tegengaan van concurrentievervalsing.

Volgens Rolerisuit ziet de hoofdregel in deze cao-bepaling niet op een situatie als die waarin haar onderneming verkeert, te weten de situatie waarin er geen arbeidsplaatsen in het besloten busvervoer bestaan waar haar vrijwilligers werknemers zouden kunnen verdringen,

zoals FSO vreest. Rolerisuit stelt zich te richten op een ander marktsegment dan de overige ondernemers in het besloten busvervoer. Zou haar een onverkort verbod van het inzetten van vrijwilligers worden opgelegd, dan zou Rolerisuit haar activiteiten voor deze doelgroep moeten staken; in dat geval zou volgens haar geen andere onderneming in het besloten busvervoer geïnteresseerd zijn in het overnemen van die activiteiten. Rolerisuit richt zich naar haar zeggen op minder draagkrachtigen en kan dit alleen doen door de belangeloze inzet van vrijwilligers. Zij richt zich niet op het (commerciële) vervoer dat georganiseerd en bekostigd wordt door particuliere zorginstellingen voor gehandicapten of rolstoelgebruikers. FSO heeft hiertegen ingebracht dat wel degelijk voor verdringing moet worden gevreesd, maar heeft dat standpunt volgens het hof onvoldoende toegelicht en onderbouwd met eigen gegevens.

De A-G ziet voor dit probleem geen andere oplossing dan hetzij de keuze die de kantonrechter heeft gemaakt – vasthouden aan de letterlijke tekst van de algemeen verbindend verklaarde cao-bepaling –, hetzij een onderzoek naar de feitelijke juistheid van de stelling van Rolerisuit dat deze cao-bepaling betrekking heeft op een andere markt dan die waarop zij zich begeeft. Voor de goede orde: Rolerisuit kan zich niet onttrekken aan de publiekrechtelijke regelgeving (waarin bijvoorbeeld ook kwaliteitseisen worden gesteld aan de ondernemer en aan het gebruikte busmaterieel); in de publiekrechtelijke regelgeving van het besloten busvervoer is het toepassingsgebied omschreven, zonder andere onderscheidingen tussen marktsegmenten te maken dan hiervoor al aan de orde kwam.

Voor de uitleg van artikel 53 (later art. 48) van de Cao BB had het hof aansluiting kunnen zoeken bij de criteria die in de rechtspraak over artikel 101 VWEU en artikel 6 Mededingingswet worden gehanteerd om te bepalen of een overeenkomst kan worden aangemerkt als naar haar strekking mededingingsbeperkend in de zin van artikel 101 VWEU. Daarbij dient rekening te worden gehouden met de aard van de betrokken goederen of diensten en de daadwerkelijke voorwaarden voor het functioneren en de structuur van de betrokken markt of markten. Dat zijn op zich objectieve factoren, die ook zouden kunnen meewegen bij de uitleg van een cao-bepaling als de onderhavige. Het hof, dat afstand heeft genomen van de door de kantonrechter gekozen benadering, is begonnen aan een onderzoek naar de stelling van Rolerisuit over verschillende markten. Daarbij heeft het hof al spoedig geconstateerd dat FSO, hoewel het op haar weg had gelegen “haar algemene stellingen over klachten en concurrentievervalsing nader te onderbouwen met eigen gegevens”, in haar stelplicht tekortschoot. Dit oordeel geeft volgens de A-G niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting ten aanzien van de uitleg van deze algemeen verbindend verklaarde cao-bepaling. De slotsom is dat onderdeel III faalt.

Oordeel

De Hoge Raad heeft de klachten over het arrest van het hof beoordeeld. De uitkomst hiervan is dat deze klachten niet kunnen leiden tot vernietiging van dat arrest. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klachten is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie art. 81 lid 1 Wet op de rechterlijke organisatie).

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 09-04-2021

ECLI: ECLI:NL:HR:2021:526

Zaaknummer: 19/03827

Rechters: M.V. Polak, H.M. Wattendorff, F.J.P. Lock, A.E.B. ter Heide en T.H. Tanja-van den Broek

Advocaten: F.I. van Dorsser en M.B.A. Alkema

Wetsartikelen: 48 CAO voor Besloten Busvervoer, Wet personenvervoer 2000, 6 MW en 101 EG

RECHTSPRAAK

Het had op de weg van werkgever gelegen om ervoor te zorgen dat de collega's van werkneemster een voor haar veilige werkomgeving zouden gaan creëren met als gevolg dat werkneemster daarna in staat zou zijn om weer te functioneren. Geen ontbinding.

Feiten

Werkneemster is beperkt in haar persoonlijk en sociaal functioneren, als gevolg waarvan zij een Wajong-uitkering ontvangt. Nadat zij een stage bij de Zorggroep heeft gelopen, is zij op 15 juni 2013 bij de Zorggroep in dienst getreden. Op 3 juli 2020 heeft de kantonrechter een door de Zorggroep ingediend verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst afgewezen op de grond dat onvoldoende was onderzocht of er herplaatsingsmogelijkheden bestonden. De Zorggroep heeft werkneemster vervolgens vrijgesteld van werk. Werkneemster heeft hoger beroep aangetekend tegen de beschikking van 3 juli 2020. De hogerberoepprocedure is tijdens de mondelinge behandeling in deze zaak ingetrokken. In onderhavige procedure heeft Zorggroep voor de tweede maal verzocht om de arbeidsovereenkomst te ontbinden, op grond van een verstoorde arbeidsverhouding. De kantonrechter heeft de arbeidsovereenkomst ontbonden. Werkneemster komt in hoger beroep.

Oordeel

Er is, naar het oordeel van het hof, op enig moment een verstoorde arbeidsrelatie ontstaan tussen werkneemster en haar collega's, maar deze is niet van een zodanige ernst dat herstel niet meer mogelijk is. Werkneemster mag van de Zorggroep verlangen dat die maatregelen neemt om tot een herstel van de relatie te komen. Het hof onderbouwt dat als volgt. Er is in deze zaak sprake van een bijzondere arbeidsovereenkomst. De feitelijke invulling van de arbeidsovereenkomst wijkt af van de tekst. In de UWV-rapportage uit 2013 van de verzekeringsarts is opgenomen dat werkneemster te kampen heeft met dagelijkse problemen ten aanzien van persoonlijk en sociaal functioneren als gevolg van licht subgemiddelde cognitieve vermogens. In het arbeidsdeskundig rapport uit 2013 staat vermeld dat haar theoretische verdien capaciteit nihil is omdat er onvoldoende functies te duiden zijn. In het participatieplan is opgenomen dat werkneemster in een toekomstige werksituatie de gelegenheid moet hebben om te wennen en dat zij baat heeft bij een voor haar veilige werkomgeving. Uit een door de Zorggroep overgelegde notitie van de teamleider blijkt dat de Zorggroep van de aard en omvang van de beperkingen bij indiensttreding op de hoogte is gesteld. De problemen zijn volgens de Zorggroep ontstaan in de loop van 2019. De teamleider heeft verklaard dat zij toen is aangesproken door de teamleden over het gedrag van

werkneemster. De interventies van de Zorggroep zagen op een aanpassing van het takenpakket van werkneemster en het haar opleggen van gedragsregels. Ondanks de met werkneemster gemaakte afspraken bleven de spanningen binnen het team aanwezig, met name omdat werkneemster zich niet aan de afspraken hield. Werkneemster heeft vervolgens uitsluitend in de keuken gewerkt. Uit de feiten en omstandigheden blijkt dat werkneemster zich in 2019 anders is gaan gedragen dan daarvoor. De oorzaak daarvan is, naar het oordeel van het hof, gelegen in twee omstandigheden: de personeelsswisselingen die kort daarvoor hadden plaatsgevonden en de toename van de werkdruk. Het hof concludeert dat de interventies die de Zorggroep in 2019 heeft toegepast, ertoe hebben geleid dat de druk op werkneemster werd opgevoerd met als gevolg dat daardoor de spanningen met haar directe collega's zijn toegenomen. Het had op de weg van de Zorggroep gelegen om ervoor te zorgen dat de collega's van werkneemster een voor haar veilige werkomgeving zouden gaan creëren met als gevolg dat zij daarna in staat zou zijn om weer te functioneren op een wijze zoals zij dat in de periode 2013 tot en met 2018 had gedaan. Het hof is er, anders dan de kantonrechter, niet van overtuigd dat er ook na de coronaperiode wederom veelvuldig incidenten binnen het team zullen ontstaan. Van een ernstige en duurzame verstoring van de arbeidsrelatie die reden zou moeten zijn om tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst over te gaan, is naar het oordeel van het hof op dit moment geen sprake. Ook de aangevoerde h-grond leidt niet tot ontbinding.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 08-04-2021

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2021:1048

Zaaknummer: 200.286.923_01

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

Advocaten: A.M.T. Snijders en E.A.G. Ulen

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

RECHTSPRAAK

Ontslag wegens strafrechtelijke veroordeling voor betrokkenheid bij de exploitatie van hennepkwekerijen is een dringende reden. Werkgever heeft het ontslag echter niet onverwijld gegeven. Billijke vergoeding van twee maanden toegekend.

Feiten

Werknemer was tot 27 januari 2020 werkzaam bij RWS. Op 12 juni 2017 heeft de politie een inval gedaan in de woning van werknemer in verband met een onderzoek naar zijn betrokkenheid bij verschillende hennepplantages. Aansluitend heeft werknemer in hechtenis gezeten, waarna hij onder voorwaarden is vrijgelaten in afwachting van het strafrechtelijk onderzoek. Op 23 oktober 2017 heeft er een gesprek plaatsgevonden met RWS, met als doel werknemer uitleg te laten geven over zijn hechtenis. Aan werknemer is medegedeeld dat een integriteitsonderzoek zal worden gestart, welk onderzoek op 14 november 2017 daadwerkelijk is gestart. In het eindrapport is geconcludeerd dat er op dat moment geen directe aanwijzingen waren gevonden voor integriteitsschendingen binnen de arbeidsrelatie. Op 1 augustus 2018 heeft werknemer een schriftelijke verklaring afgelegd over de verdenkingen en het onderzoek van de politie. Partijen hebben afspraken gemaakt over werkhervatting. Afgesproken is onder andere dat als het vonnis in werknemers nadeel anders uitwijst, RWS overgaat tot schorsing en er vervolgens wordt gekeken welke disciplinaire straf verder wordt opgelegd. In afwachting van het vonnis heeft werknemer zijn werkzaamheden hervat. In het vonnis is werknemer veroordeeld tot een gevangenisstraf van 40 maanden en een geldboete. Werknemer is geschorst in de uitoefening van zijn functie. Vervolgens is werknemer op staande voet ontslagen, kort samengevat omdat hij in strijd met de waarheid heeft verklaard dat hij zich nooit heeft beziggehouden met illegale of criminele activiteiten. Werknemer heeft de kantonrechter verzocht het ontslag op staande voet te vernietigen. De kantonrechter heeft de verzoeken afgewezen. Werknemer komt tegen de beschikking in hoger beroep.

Oordeel

Naar het oordeel van het hof heeft RWS – anders dan werknemer stelt – voldaan aan de cao Rijk. Werknemer is gehoord en aan hem is aangegeven dat ontslag zal volgen als de rechter in het strafvonnis de hem ten laste gelegde gedragingen aan hem zou toerekenen. Dat werknemer na het strafvonnis niet nogmaals is gehoord, maakt de opzegging niet nietig. Werknemer stelt dat het strafvonnis is gebaseerd op onjuistheden. Het hof laat dit buiten beschouwing. In de ontslagbrief is opgenomen dat iedere verweten gedraging op zich een dringende reden voor ontslag vormt. Het hof beoordeelt om deze reden allereerst de

vaststaande gedragingen, namelijk de erkenning van betrokkenheid bij drie hennepplantages en hetgeen werknemer over deze betrokkenheid heeft verklaard. De verklaringen van werknemer brengen geen verandering in dat oordeel. Naar het oordeel van het hof vormt het gedrag van werknemer, zijn illegaal handelen bij drie hennepplantages, waaronder het financieren van en het leveren van materialen voor een hennepplantage, tezamen met het afleggen van onjuiste verklaringen daarover, een dringende reden voor een ontslag op staande voet. De illegale activiteiten en het liegen daarover kan werknemer temeer worden verweten nu hij jegens RWS de verplichting had om zich als goed ambtenaar te gedragen en daarvoor ook een eed had afgelegd. RWS moet op zijn integriteit kunnen vertrouwen. Dit vertrouwen is door de handelwijze van werknemer onherstelbaar beschadigd. De omstandigheden dat de gedragingen in de privésfeer plaatsvonden en het ontslag grote financiële gevolgen heeft en hij niet meer binnen de bouwwereld aan de slag kan, maken dit niet anders.

Ontslag onverwijld gegeven

Het hof is van oordeel dat aan het wettelijke vereiste van een onverwijld mededeling niet is voldaan. De tot ontslag bevoegde ambtenaar was op 15 januari 2020 op de hoogte van de inhoud van het strafvonnis. Het dossier op grond waarvan het ontslag op staande voet is gegeven, was beperkt van omvang en op dat moment reeds volledig, in die zin dat geen aanvullend feitenonderzoek diende plaats te vinden. Het nemen van een termijn van elf dagen om tot een opzegging met onmiddellijke ingang over te gaan, is in strijd met de wettelijke eis van een onverwijld mededeling. Aan werknemer wordt een billijke vergoeding toegekend van twee maanden loon. Werknemer kan echter geen aanspraak maken op een transitievergoeding, nu sprake is van ernstig verwijtbaar handelen.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 08-04-2021

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2021:1052

Zaaknummer: 200.281.561_01

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

Advocaten: S.X.J. Zuidema en Remmé, A.C.M. A.C.M. Remmé

Wetsartikelen: 7:677 BW, 7:678 BW, 3:35 BW, 7:683 BW en 7:673 BW

RECHTSPRAAK

Vernietiging ontslag op staande voet wegens gefingeerde retouren. Het tweede, voorwaardelijk gegeven, ontslag op staande voet wegens bedreiging is niet aangevochten en is daarmee onherroepelijk.

Feiten

Werknemer is op 1 juli 2010 bij werkgeefster in dienst getreden in de functie van verkoper. Werkgeefster heeft werknemer op 25 januari 2019 op staande voet ontslagen wegens het plegen van financiële malversaties. Werknemer zou het herhaaldelijk hebben doen voorkomen dat er sprake was van het terugbrengen van door klanten gekochte schoenen – wat in werkelijkheid niet zo was – en dat hij aan klanten ter zake van deze retournering van schoenen het aankoopbedrag heeft terugbetaald. In werkelijkheid heeft hij de met de (beweerdelijke) retournering corresponderende aankoopsom voor zichzelf behouden. Op 29 januari 2019 heeft werknemer aan werkgeefster laten weten het niet eens te zijn met het ontslag op staande voet. Op 24 oktober 2019 heeft werkgeefster werknemer nogmaals op staande voet ontslagen voor het geval het ontslag op staande voet van 25 januari 2019 zou worden vernietigd. Aan dit ontslag heeft werkgeefster ten grondslag gelegd dat werknemer zich schuldig heeft gemaakt aan gedragingen, omschreven als het uiten van meerdere fysieke bedreigingen jegens collega's, op grond waarvan van werkgeefster redelijkerwijs niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. In eerste aanleg heeft de kantonrechter geoordeeld dat de arbeidsovereenkomst op 24 oktober 2019 is geëindigd. Daarbij heeft de kantonrechter het verzoek tot vernietiging van het ontslag op staande voet van 25 januari 2019 toegewezen. In hoger beroep verzoekt werkgeefster te oordelen dat het ontslag op staande voet van 25 januari 2019 rechtsgeldig is gegeven.

Oordeel

Het hof overweegt dat op grond van de camerabeelden en het feit dat in de betreffende gevallen de kassabonnen ontbreken die klanten voor de ontvangen retourbetaling moeten ondertekenen, hooguit kan worden afgeleid dat werknemer zich niet aan de bij werkgeefster geldende retourprocedure heeft gehouden, maar niet dat hij geld in eigen zak heeft gestoken. Ook ontbreekt in het algemeen informatie over de financiële administratie. Zo ontbreekt het het hof aan informatie over bijvoorbeeld kastekorten, laat staan aan tekorten die terug te voeren zijn op de door werkgeefster gestelde praktijken van werknemer. Hoewel er vanaf 1 november 2018 een vermoeden is dat werknemer handelt zoals hem nu wordt verweten, zijn er geen camerabeelden waarop duidelijk te zien is dat werknemer geld uit de kassa neemt en in zijn zak stopt, of anderszins een handeling op grond waarvan het wegnemen van geld uit de

kassa door werknemer blijkt. Ook blijkt dit niet uit de getuigenverklaringen van de bedrijfsleiders, nu zij beiden hebben verklaard dat zij niet gezien hebben dat werknemer geld in eigen zak heeft gestoken. Al deze feiten en omstandigheden zijn naar het oordeel van het hof onvoldoende om daaruit de gevolgtrekking te maken dat (het niet anders zijn kan dan dat) werknemer geld uit de kassa in de winkel van werkgeefster heeft weggenomen en in eigen zak heeft gestoken, zodat geen onomstotelijk bewijs bestaat voor de grondslag van het ontslag op staande voet. Evenals de kantonrechter is het hof dan ook van oordeel dat de dringende reden voor het ontslag op staande voet van 25 januari 2019 niet is bewezen. Dit betekent dat werknemer ook na 25 januari 2019 nog recht heeft op doorbetaling van zijn loon. Niet is gebleken van bijzondere omstandigheden die aanleiding geven tot matiging van de loonvordering. Met betrekking tot het tweede voorwaardelijk gegeven ontslag op staande voet overweegt de kantonrechter dat de WWZ dit niet uitsluit. Gelet op het feit dat de voorwaarde is ingetreden en werknemer dit ontslag op staande voet niet heeft aangevochten, is het ontslag op staande voet van 24 oktober 2019 onherroepelijk geworden. De loondoorbetaling van werkgeefster is daarmee op 24 oktober 2019 geëindigd.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 08-04-2021

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2021:1050

Zaaknummer: 200.285.724/01

Rechters: A.P. Zweers-van Vollenhoven, J.M.H. Schoenmakers en B. Kloppert

Advocaten: H.M.Th. de Pont en C.A. van der Steen

Wetsartikelen: 7:677 BW en 7:678 BW

RECHTSPRAAK

Rekening houdend met de positieverbetering en het feit dat werknemer gebonden blijft aan het relatie- en geheimhoudingsbeding, wordt het concurrentiebeding van werknemer vernietigd.

Feiten

Werknemer is per 22 augustus 2016 in dienst getreden bij Uitzendbureau Zuidgeest II B.V. (hierna: Zuidgeest) met standplaats Dordrecht. In de arbeidsovereenkomst is een relatie-, non-concurrentie- en geheimhoudingsbeding opgenomen. Op 29 september 2019 heeft werknemer zijn arbeidsovereenkomst bij Zuidgeest opgezegd tegen 1 november 2019. Werknemer is per 4 november 2019 in dienst getreden bij FlexFirst Kader B.V. (hierna: FlexFirst). Zuidgeest heeft werknemer in een brief van 14 november 2019 gewezen op het concurrentiebeding, verzocht om zijn functie bij FlexFirst met onmiddellijke ingang te staken en gevraagd om betaling van het tot dat moment verschuldigde boetebedrag. Zuidgeest vordert werknemer te veroordelen tot betaling van een bedrag van € 4.550 aan verbeurde boete en om te oordelen dat werknemer zich zal dienen te houden aan het overeengekomen relatiebeding en het overeengekomen non-concurrentiebeding. In reconventie vordert werknemer vernietiging van het concurrentiebeding.

Oordeel

De kantonrechter overweegt dat Zuidgeest en FlexFirst als concurrenten zijn aan te merken, nu zij zich beide richten op de markt en de schoonmaak. Daarnaast staat vast dat werknemer niet volledig als intercedent werd ingezet maar ook werkzaamheden als chauffeur en planner deed. Bij FlexFirst is werknemer aangenomen als recruiter. Daarmee heeft werknemer de door hem gewenste commerciële verantwoordelijkheid die hij bij Zuidgeest – in ieder geval – als planner en chauffeur niet had. In die zin is er door zijn overstap sprake van een positieverbetering. Werknemer voert verder aan dat ook zijn arbeidsvoorwaarden bij FlexFirst beter zijn. Uit de stukken blijkt inderdaad dat het basisloon van werknemer bij FlexFirst hoger is dan bij Zuidgeest. Ook bij FlexFirst is de mogelijkheid tot het geven van een (potentieel hogere) bonus in de arbeidsovereenkomst opgenomen. Bovendien heeft werknemer bij FlexFirst de beschikking over een leaseauto. Ook overweegt de kantonrechter dat werknemer weinig doorgroeimogelijkheden had bij Zuidgeest. Tegenover deze belangen van werknemer stelt Zuidgeest zich op het standpunt dat een overgang van werknemer naar FlexFirst een bedreiging is voor haar bedrijfsdebet door de kennis die werknemer heeft van alle raamovereenkomsten en informatie over de omzet. De kantonrechter overweegt dat niet valt

in te zien hoe wetenschap van de omzetcijfers kan worden aangemerkt als zodanige kennis dat het schade kan toebrengen aan Zuidgeest. Daarbij heeft werknemer betoogd dat hij niet of nauwelijks in het systeem waarin de raamovereenkomsten staan heeft gekeken, omdat dat voor de uitvoering van zijn werk niet altijd nodig was. Bovendien geeft Zuidgeest er juist door het openstellen van al die informatie blijk van, dat die niet zodanig vertrouwelijk en bedrijfsgevoelig is, dat het voor alle werknemers die toegang hebben een concurrentiebeding zoals opgenomen in de arbeidsovereenkomst van werknemer rechtvaardigt. Alles overziend en tevens rekening houdend met het feit dat werknemer onverkort gebonden is aan een relatie- én geheimhoudingsbeding ten gunste van Zuidgeest valt de afweging van de wederzijdse belangen van partijen in het voordeel van werknemer uit. Conform de vordering van werknemer in reconventie wordt het concurrentiebeding geheel vernietigd, met terugwerkende kracht vanaf 1 november 2019. Dat betekent dat de vorderingen van Zuidgeest in conventie met betrekking tot het concurrentiebeding worden afgewezen.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 02-04-2021

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2021:2952

Zaaknummer: 8435043 CV EXPL 20-10700

Rechters: R.J. van Boven

Advocaten: W.M. de Bruijn en A. Bosveld

Wetsartikelen: 7:653 BW

RECHTSPRAAK

Reorganisatie waarbij werkgever heeft voldaan aan definitie ‘vervallen functie’ in de zin van het sociaal plan bij wijziging van meer dan de helft van de kernelementen.

Feiten

Momenteel vindt een gefaseerde reorganisatie plaats binnen Holland Casino N.V. Op de reorganisatie is het Sociaal Plan Holland Casino (hierna: het SP) van toepassing verklaard. De vakorganisaties zijn partij bij het SP. In het SP zijn onder meer de definities van ‘vervallen functie’, ‘boventalligheid’ en ‘boventallige medewerker’ opgenomen. De definitie van ‘vervallen functie’ is: “Een functie die door een organisatiewijziging volledig vervalt dan wel in belangrijke mate wijzigt. Van een wijziging in belangrijke mate is sprake indien meer dan de helft van de kernelementen, beschreven in het functieprofiel van de medewerker, wijzigt.” De vakorganisaties vorderen Holland Casino – kort gezegd – te veroordelen tot onmiddellijke intrekking van alle reeds afgegeven boventalligheidsverklaringen voor zover daarbij geen toepassing is gegeven aan het criterium van het SP, een en ander per functie te beoordelen.

Oordeel

Tussen partijen is aldus de toepasselijkheid en uitleg van de definitie van ‘vervallen functie’ in geschil. De kantonrechter overweegt dat in dit kort geding door de vakorganisaties wordt gesteld dat de nieuwe functies in de door hen genoemde kernelementen onvoldoende van elkaar verschillen om te kunnen spreken van vervallen functies in de zin van het SP. Het gaat daarbij om een zestal functies. De vakorganisaties hebben voor wat betreft de hiervoor genoemde functies de oude functiebeschrijvingen en de nieuwe functiebeschrijvingen met elkaar vergeleken op de criteria (1) functieschaal, (2) context, (3) positie in de organisatie en (4) doel van de functie. Holland Casino heeft de stellingen betwist onder verwijzing naar de door haar overgelegde verschillenanalyses per functie. Daarbij stelt de kantonrechter vast dat de vakorganisaties enerzijds tegenover het verweer van Holland Casino, dat er geen steun is dat de door de vakorganisaties genoemde kernelementen bepalend zijn voor de toetsing van nieuwe functies aan oude functies, te weinig hebben gesteld waaruit de conclusie zou kunnen worden getrokken dat de door hen gehanteerde kernelementen wel doorslaggevend zijn bij de beoordeling of sprake is van vervallen functies. Anderzijds hebben de vakorganisaties geen nadere concrete feiten en omstandigheden gesteld ter onderbouwing van hun standpunt dat meer dan de helft van de kernelementen per functie is gewijzigd. Ook hebben zij geen concreet verweer gevoerd tegen de door Holland Casino overgelegde verschillenanalyses. Dit betekent dat de vorderingen van de vakorganisaties reeds hierom stranden. Zo lang de door

hen gestelde kernelementen niet vast staan en de oude en nieuwe functies daar niet tegen kunnen worden afgezet, kunnen hier immers ook geen verdere gevolgen dan wel conclusies aan worden verbonden. In het kader van deze kortgedingprocedure is er gelet op de hiervoor aangehaalde gemotiveerde betwisting door Holland Casino geen ruimte voor de kantonrechter om zodanig vergaande en ingrijpende voorlopige voorzieningen te treffen die ook Holland Casino in haar belangen zouden treffen om voortgang te maken bij haar reorganisatie. Daarom worden de vorderingen van de vakorganisaties afgewezen.

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 26-03-2021

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2021:3111

Zaaknummer: 9035456 RL EXPL 21-2972

Rechters: C.W.D. Bom

Advocaten: J. van Overdam, S.N. Ketting, D.V. Djwalapersad en M.M. Govaert

Wetsartikelen:

RECHTSPRAAK

Zorgovereenkomst tussen gehuwden kwalificeert niet als arbeidsovereenkomst, omdat de vereiste gezagsverhouding ontbreekt.*Feiten*

Partijen zijn in 2011 overeengekomen dat verzorgster werkzaamheden in de vorm van persoonlijke verzorging verleent aan de budgethouder voor 6 tot 9 uur per week. Haar vergoeding is gelijk aan de AWBZ-vergoeding van € 580,64 bruto per 4 weken. Verzorgster verzoekt de kantonrechter voor recht te verklaren dat sprake is van een arbeidsovereenkomst tussen partijen.

Oordeel

De kantonrechter overweegt dat aan de elementen ‘arbeid’, ‘gedurende zekere tijd’ en ‘loon’ in de zin van artikel 7:610 BW is voldaan. Zo verricht verzorgster sinds 2011 dagelijks werkzaamheden bij de budgethouder en ontvangt zij daar de AWBZ-vergoeding voor. Ook nadat het urenaantal was uitgebreid had verzorgster recht op een vergoeding. Omtrent de vraag of sprake is van een gezagsrelatie tussen partijen is relevant dat partijen in 2011, toen ze de zorgovereenkomst sloten, gehuwd waren en sindsdien lange tijd gehuwd zijn geweest. (Kennelijk zijn zij enige tijd geleden gescheiden, althans zijn zij nu voornemens te scheiden.) De kantonrechter overweegt dat het huwelijk zich niet goed verdraagt met een gezagsverhouding tussen de gehuwden, maar uitgesloten is dat op zich niet. In dit geval betreffen de overeengekomen werkzaamheden de persoonlijke verzorging van de budgethouder. Verzorgster verleende deze zorg aan de budgethouder ook al voor het sluiten van de zorgovereenkomst. En aangenomen moet worden dat, als partijen de zorgovereenkomst niet zouden hebben gesloten, zij deze zorg ook aan de budgethouder zou hebben verleend. Partijen hebben de zorgovereenkomst feitelijk alleen gesloten in het kader van de PGB-aanvraag. Het blijkt nergens uit dat de budgethouder instructies aan verzorgster gaf waar het de te verrichten werkzaamheden betreft, niet alleen waar het de aard van de werkzaamheden betreft, maar ook waar het de organisatie van de werkzaamheden betrof. Het blijkt nergens uit dat hij bevoegd was om dergelijke instructies te geven. De relatie tussen partijen is immers niet gewijzigd nadat zij de zorgovereenkomst hadden gesloten; zij handelden niet anders dan zij zouden hebben gedaan als zij geen zorgovereenkomst hadden gesloten. In dat verband is kenmerkend dat verzorgster nooit eerder aanspraak heeft gemaakt op betaling van de overeengekomen vergoeding aan haar. Anders dan dat in de jurisprudentie in het kader van een zorgovereenkomst het bestaan van een gezinsrelatie wordt aangenomen is de kantonrechter van oordeel dat dit in een huwelijksrelatie anders ligt, omdat de relatie

tussen echtgenoten, waar het de onderhavige verzorgingswerkzaamheden betreft, op een wezenlijk andere leest is geschoeid dan gezag en het geven van instructies. In dit geval is niet gebleken dat de relatie tussen partijen anders moet worden beoordeeld. Mede gelet op hetgeen hiervoor is overwogen is de conclusie dat er geen sprake is van een gezagsverhouding tussen partijen. De overeenkomst tussen partijen voldoet daarom niet aan de wettelijke omschrijving van de arbeidsovereenkomst in artikel 7:610 BW.

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 25-03-2021

ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2021:1493

Zaaknummer: 8477081 CV EXPL 20-1931

Rechters: J.H. Wiggers

Advocaten: I.H.M. Mooren-van Weereld

Wetsartikelen: 7:610 BW

RECHTSPRAAK

Ex-werknemer is door ondertekening van de arbeidsovereenkomst gebonden aan het concurrentie-, nevenwerkzaamheden- en geheimhoudingsbeding en heeft die alle geschonden.

Feiten

Bij tussenvonnis van 28 augustus 2020 is werkgever toegelaten tot het leveren van bewijs dat werknemer de arbeidsovereenkomst van 1 december 2018 heeft ondertekend. Ter voldoening van de bewijsopdracht heeft werkgever in enquête als getuigen doen horen twee managers, de boekhouder en werknemer. Werkgever vordert een verklaring voor recht dat werknemer het concurrentie-, nevenwerkzaamheden- en geheimhoudingsbeding heeft geschonden.

Oordeel

Arbeidsovereenkomst ondertekend

De kantonrechter constateert dat de verklaringen van de managers en de boekhouder naadloos op elkaar aansluiten. Uit de verklaringen volgt immers dat de boekhouder op verzoek van werkgever een arbeidsovereenkomst voor het filiaal Alexandrium heeft opgesteld, ten aanzien waarvan de manager heeft verklaard deze opdracht met werknemer te hebben besproken. De tegenstrijdigheden en inconsistenties in de verklaring van werknemer dat hij wel een werkgeversverklaring heeft ontvangen maar geen arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd heeft getekend leiden ertoe dat aan zijn verklaring minder gewicht wordt toegekend en maken bovendien de stellige betwisting van de ondertekening van de arbeidsovereenkomst bepaald niet geloofwaardiger, temeer daar in de tussen partijen gevoerde gesprekken en correspondentie nimmer eerder door werknemer is gesteld dat hij de arbeidsovereenkomst niet zou hebben ondertekend. Naar aanleiding van de elkaar ondersteunende verklaringen van de twee managers en de boekhouder in combinatie met de genoemde WhatsApp-gesprekken – waarin werknemer op 10 januari 2019 aan zijn collega heeft verzocht om een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd en vervolgens op 30 september 2019 verzoekt de door werknemer ondertekende arbeidsovereenkomst toe te sturen – en de in dit verband door werknemer afgelegde tegenstrijdige verklaringen, is naar het oordeel van de kantonrechter in voldoende mate komen vast te staan dat partijen een arbeidsovereenkomst (voor onbepaalde tijd) hebben gesloten en dat deze door werknemer is ondertekend. Dat betekent dat werkgever in de bewijsopdracht is geslaagd.

Schending concurrentie-, nevenwerkzaamheden- en geheimhoudingsbeding

De kantonrechter overweegt dat, gelet op het feit dat kort na de ontslagname door werknemer bij werkgever het restaurant is geopend, naar zijn oordeel in voldoende mate komen vast is komen te staan dat het door werknemer met de bestuurder van het concurrerende restaurant gevoerde gesprek op 7 augustus 2019, het bestuderen van machines en apparatuur van werkgever en het daarbij verrichten van metingen, als voorbereidende handelingen zijn te beschouwen voor het opstarten van een sterk met werkgever overeenkomend restaurant in de nabijheid van filiaal Zuidplein, hetgeen een schending van het nevenwerkzaamhedenbeding door werknemer oplevert. Ook is volgens de kantonrechter voldoende vast komen te staan dat werknemer vertrouwelijke informatie met de bestuurder van het concurrerende bedrijf heeft gedeeld over de specifieke werkwijze van werkgever. Daarmee is sprake van een schending van het geheimhoudingsbeding. Omdat werknemer binnen enkele weken na het einde van zijn dienstverband is gestart bij een concurrerende restaurant is volgens de kantonrechter ook vast komen staan dat werknemer het concurrentiebeding heeft overtreden. De kantonrechter ziet wel aanleiding om het concurrentiebeding te beperken tot één jaar na het beëindigen van het dienstverband bij werkgever.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 12-03-2021

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2021:3001

Zaaknummer: 8327337 \ CV EXPL 20-5382

Rechters: E.I. Mentink

Advocaten: U. Karatas en S. Ramautar

Wetsartikelen: 7:653 BW

RECHTSPRAAK

Ontslag op staande voet arbeidsongeschikte vrachtwagenchauffeur onterecht gegeven. Gedrag werknemer kan niet worden omschreven als agressief. Billijke vergoeding € 100.000.

Feiten

Werknemer is op 20 mei 1997 voor 40 uren per week bij werkgever in dienst getreden in de functie van vrachtwagenchauffeur. Op 8 november 2018 heeft werknemer zich ziek gemeld. Daaraan voorafgaand had hij zich een aantal malen eerder ziek gemeld. Begin december 2018 heeft werkgever met werknemer gesproken over een opbouwschema. Werknemer heeft daarop aangegeven het niet voor elkaar te krijgen om naar het werk te gaan. Op 24 april 202 is werknemer na een gesprek met de manager op staande voet ontslagen. In de ontslagbrief van die dag staat dat hij die dag ernstig wangedrag heeft vertoond. Meteen na binnenkomst is hij zeer agressief geworden jegens de manager en jegens andere collega's die er op dat moment toevallig waren, welk gedrag hen angst heeft ingeboezemd. Voorts heeft hij zich verbaal zeer agressief uitgelaten. In de onderhavige procedure heeft werknemer in eerste aanleg de kantonrechter primair verzocht het ontslag te vernietigen en werkgever te veroordelen om hem toe te laten tot het werk en zijn salaris door te betalen. In de eindbeschikking van 22 september 2020 heeft de kantonrechter overwogen dat werkgever in de bewijslevering is geslaagd en geoordeeld dat het ontslag op staande voet rechtsgeldig is gegeven.

Oordeel

Naar het oordeel van het hof vormen de feiten en omstandigheden die in rechte zijn komen vast te staan geen dringende reden om tot een opzegging met onmiddellijke ingang over te gaan. Werknemer was ten tijde van het gegeven ontslag arbeidsongeschikt en in deze zaak was werkgever niet alleen bekend met de uit de ziekte voortvloeiende beperkingen voor het werk maar eveneens met de diagnose en de behandelingen. Zo is werkgever op 20 januari 2020 bericht dat werknemer lijdt aan een ernstige depressie, dat hij daarvoor onder behandeling is van een psychiater en dat hij o.a. te maken heeft met paniekaanvallen en woedeaanvallen. Werknemer heeft aangegeven niet in staat te zijn om het door werkgever geëiste re-integratiewerk op de dag van het ontslag te verrichten. Hij werd daarin gesteund door zijn behandelaars die hebben aangegeven dat de energie die werknemer steekt in het regelen van de re-integratie ten koste gaat van de behandeling en een averechts effect heeft op zijn herstel. Ondanks het feit dat partijen geen overeenstemming hadden bereikt over een plan van aanpak – werknemer had verzocht om een second opinion – heeft werkgever aangedrongen op een start van de re-integratie. Hij heeft daarbij verwezen naar het oordeel

van de bedrijfsarts terwijl deze nu juist had aangegeven dat bij het maken van het plan van aanpak en bij het zetten van de eerste stappen naar re-integratie afstemming nodig zal zijn met de behandelende sector. Werkgever heeft niet alleen aangedrongen op het starten met de werkzaamheden maar hij heeft voorts aangekondigd dat bij niet verschijning een loonstop wordt opgelegd. Werknemer heeft in deze periode herhaalde malen aangedrongen op mediation. Werkgever heeft dit verzoek ten onrechte meerdere malen afgewezen. Dat werknemer zich gedwongen voelde om, ondanks dat hij daartoe niet in staat was, toch te starten met de re-integratie, acht het hof voldoende onderbouwd. In de ontslagbrief staat voorts aangegeven dat werknemer zeer agressief is geworden tegen de manager. Onder agressief gedrag wordt verstaan, volgens Van Dale: “geneigd om aan te vallen, een conflict zoekend of riskerend”. Het hof is van oordeel dat het gedrag van werknemer niet als (zeer) agressief kan worden omschreven. Onder de hiervoor omschreven omstandigheden kan het gedrag niet anders worden geduid dan als gedrag dat voortkomt uit onmacht en frustratie. De gestelde dringende reden is in rechte niet komen vast te staan. Het ontslag op staande voet was dan ook niet gerechtvaardigd. Werkgever heeft de arbeidsovereenkomst opgezegd in strijd met artikel 7:671 BW.

Billijke vergoeding

Werknemer verzoekt in het geval het hof niet overgaat tot (een veroordeling tot) herstel van de arbeidsovereenkomst, een billijke vergoeding ter hoogte van € 150.000 bruto. Het hof is van oordeel dat werknemer aanspraak kan maken op een billijke vergoeding en dat, indien de opzegging niet had plaatsgevonden, de arbeidsovereenkomst nu nog zou bestaan. Er bestond ten tijde van de opzegging geen reden voor werkgever om de arbeidsovereenkomst te beëindigen en er was geen reden om de arbeidsovereenkomst te ontbinden. Werknemer was ten tijde van de opzegging bijna vijf maanden arbeidsongeschikt. Hij had dan ook nog geruime tijd de gelegenheid om aan zijn herstel te werken. Gelet op de leeftijd van werknemer (55 jaar ten tijde van de opzegging) en de duur van het dienstverband (23 jaar) acht het hof indien de opzegging niet had plaatsgevonden, aannemelijk dat hij tot aan zijn pensioengerechtigde leeftijd voor werkgever was blijven werken. Blijkens de overgelegde jaaropgave van 2019 bedroeg zijn brutojaarsalaris € 39.123,00 en bouwde hij pensioen op. Werknemer heeft geen inkomen en wordt financieel ondersteund door zijn moeder. Hij zit nog steeds in therapie en is gespannen door de huidige situatie, waarin hij in rechte tegen werkgever moet strijden. Als gevolg van deze uitspraak is aannemelijk dat werknemer aanspraak kan maken op een uitkering gedurende ongeveer twee jaren. Uitgaande van 70% van het brutoloon leidt dit tot een bedrag van ongeveer € 54.500 aan inkomsten over een periode tot medio 2022. Werknemer is nu 56 jaar oud en nog herstellende. De kans dat hij nu op korte termijn ander werk kan vinden, acht het hof gering. Daarentegen heeft werknemer onvoldoende weersproken dat de arbeidsmarkt voor chauffeurs goed is en houdt het hof rekening met het feit dat werknemer op een termijn van een drietal jaren mogelijk weer als chauffeur in dienst kan treden tegen een vergelijkbaar salaris. Alle omstandigheden afgewegend acht het hof een bedrag van € 100.000 bruto aan vergoeding billijk; hiermee wordt werknemer afdoende gecompenseerd voor het handelen van werkgever.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 08-04-2021

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2021:1049

Zaaknummer: 200.286.663_01

Rechters: J.M.H. Schoenmakers, A.P. Zweers-van Vollenhoven en B. Kloppert

Advocaten: B. Cornelissen en M.E.C. van Deursen

Wetsartikelen: 7:677 BW

RECHTSPRAAK

Opzegging in strijd met opzegverbod ziekte. Werkgever heeft werknemer hersteld gemeld zonder adequate grondslag, terwijl loonsanctie was opgelegd. Billijke vergoeding € 81.231,59.

Feiten

Werknemer is per 1 november 2016 op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd in dienst getreden bij werkgever in de functie van algemeen directeur. Zijn laatstverdiende loon bedroeg € 6.267,87 bruto per maand, exclusief emolumenten. Werknemer heeft zich op 15 mei 2017 ziek gemeld. Het UWV heeft bij beslissing van 28 maart 2019 aan werkgever een loonsanctie tot 12 mei 2020 opgelegd omdat werkgever niet voldeed aan zijn re-integratieverplichtingen. Op 10 mei 2019 heeft werkgever werknemer bij het UWV hersteld gemeld. In zijn beslissing van 21 mei 2019 heeft het UWV de WIA-aanvraag van werknemer afgewezen. Werknemer heeft zich op 24 dan wel 28 mei 2019 opnieuw ziek gemeld. Op het verzoek van werkgever van 22 mei 2019 heeft het UWV bij beslissing van 26 juli 2019 aan werkgever toestemming verleend om de arbeidsovereenkomst met werknemer op te zeggen. Bij brief van 29 juli 2019 heeft werkgever de arbeidsovereenkomst met werknemer opgezegd per 1 september 2019. In een op 18 oktober 2019 gegeven beslissing op bezwaar heeft het UWV het bezwaar van werknemer tegen de afwijzing van de WIA-uitkering gegrond verklaard en hem alsnog per 31 mei 2019 een WIA-uitkering toegekend op basis van een arbeidsongeschiktheidspercentage van 80-100%. Werknemer heeft de kantonrechter – kort gezegd – verzocht werkgever te veroordelen tot betaling van een billijke vergoeding aan hem van € 200.000 bruto en de wettelijke rente daarover, alsmede werkgever te veroordelen in de proceskosten. Bij de bestreden beschikking heeft de kantonrechter de verzoeken van werknemer afgewezen.

Oordeel

Opzegverbod

Het hof is van oordeel dat de hersteldmelding op 10 mei 2019 zonder meer niet had mogen gebeuren. Daar bestond toen geen enkele aanleiding voor en werkgever mocht dat, mede nu hij zich al had voorzien van rechtskundige bijstand, ook in de gegeven omstandigheden niet in redelijkheid anders beoordelen. In het geval de hersteldmelding niet was gedaan, was naar het oordeel van het hof de loonsanctie nog doorgelopen tot 12 mei 2020 of in ieder geval tot 18 oktober 2019 (gezien de beslissing van het UWV van 18 oktober 2019). Van een situatie waarin het bezwaar van werkgever (al) zou zijn gehonoreerd, zoals werkgever aanvoert, is immers

geen sprake geweest. Uit de brief van het UWV aan de gemachtigde van werkgever van 19 juni 2019 blijkt dat daarmee slechts het vervallen van het bezwaar tegen de loonsanctie (beslissing van 28 maart 2019) wordt bevestigd, nu op 21 mei 2019 de door werkgever bestreden beslissing vanwege de onterechte hersteldmelding per 10 mei 2019 – zoals ook te verwachten was – door het UWV al was ingetrokken. Dat het enkele inzenden van een aantal eerst op 9 mei 2019 vervaardigde stukken – als niet met werknemer besproken noch door deze ondertekend – bij aanvullend bezwaarschrift van 10 mei 2019 als zodanig voldoende zou zijn geweest om voor 29 juli 2019 de loonsanctie te doen vervallen, heeft werkgever onvoldoende aannemelijk gemaakt. Hetzelfde geldt voor het betoog van ‘het hebben van weinig ervaring met de Wet Poortwachter’ aan de zijde van werkgever. Het opvolgen van het advies van de arbodienst om uitsluitend in te zetten op terugkeer in eigen functie, dient voor risico van werkgever te komen. In het geval van een doorlopende loonsanctie had er ook tot 12 mei 2020 of in ieder geval tot 18 oktober 2019 een opzegverbod gegolden (aldus was er sprake van een verlenging van de tweejaartermijn als bedoeld in art. 7:670 lid 1 BW). Het hof concludeert dat werkgever zodanig ‘op eigen houtje’ heeft gehandeld, dat hij geacht moet worden op 29 juli 2019 in strijd met een opzegverbod (als bedoeld in art. 7:670 lid 1 jo. lid 11 BW) te hebben opgezegd. Het voorgaande betekent dat de eerste grief – die betrekking heeft op het primaire verzoek van werknemer (verklaring voor recht en een billijke vergoeding op grond van art. 7:681 lid 1 BW) – slaagt.

Billijke vergoeding

Werknemer heeft een billijke vergoeding verzocht van € 200.000 bruto, gebaseerd op inkomensschade en pensioenschade. Het hof stelt vast dat de loondoorbetalingsplicht als gevolg van de door het UWV opgelegde loonsanctie in beginsel één jaar langer zou hebben geduurd als de hersteldmelding niet was gedaan. Dan was ook de WIA-uitkering later ingegaan en dan had werknemer op een later moment alsnog de transitievergoeding ontvangen. Werkgever heeft te weinig aangevoerd om te kunnen concluderen dat de loonsanctie korter dan één jaar had moeten zijn. De inkomensschade van werknemer bedraagt derhalve twaalfmaal het maandsalaris, neerkomend op een bedrag van € 81.231,59 bruto (dit is inclusief vakantietoeslag). Werknemer telt daar twaalf keer de overeengekomen representatievergoeding van € 1.000 netto per maand bij op (totaal: € 12.000 netto). Werkgever heeft in eerste aanleg aangevoerd dat dit een onkosten- en kilometervergoeding betreft en dat werknemer deze kosten gedurende zijn arbeidsongeschiktheid niet heeft gehad, hetgeen werknemer niet althans onvoldoende heeft weersproken. Gelet hierop houdt het hof geen rekening met deze representatievergoeding. De schade die werknemer na het eerste jaar nog meer zou hebben gehad, bijvoorbeeld pensioenschade, heeft hij niet althans onvoldoende onderbouwd. Het hof stelt de billijke vergoeding dan ook vast op € 81.231,59 bruto. Op grond van het vorenstaande zal het hof de bestreden beschikking vernietigen en het primaire verzoek van werknemer alsnog toewijzen, op de wijze als voor de verklaring voor recht in het dictum geformuleerd en voorts met dien verstande dat het hof de billijke vergoeding zal maximeren op € 81.231,59 bruto.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 08-04-2021

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2021:1051

Zaaknummer: 200.283.246_01

Rechters: R.R.M. de Moor, M. van Ham en A.J. van de Rakt

Advocaten: S.J.W.M. Vonken en Z. Alkan

Wetsartikelen: 7:670 BW en 7:681 BW

RECHTSPRAAK

Ontbinding arbeidsovereenkomst. Geen billijke vergoeding. Uitleg artikel 10.24 in cao SGO over het aanbieden van een passende regeling bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst op grond van een verstoorde arbeidsverhouding.*Feiten*

Werkneemster is op 1 november 2015 in dienst getreden bij Gemeenschappelijke Regeling Omgevingsdienst Regio Arnhem (hierna: ODRA) in de functie van business controller. Op de arbeidsverhouding is de cao Samenwerkende Gemeentelijke Organisaties (SGO) van toepassing. Op 27 augustus 2020 heeft leidinggevende in een gesprek aan werkneemster laten weten dat zij onvoldoende functioneert in haar functie, dat hij geen vertrouwen heeft dat dat op korte termijn zal veranderen en dat er verder geen plek voor werkneemster is binnen ODRA. Hierna heeft ODRA werkneemster een aanbod gedaan om de arbeidsovereenkomst te beëindigen. Werkneemster heeft dat aanbod niet geaccepteerd. Op 25 september 2020 heeft ODRA werkneemster opgeroepen om haar werk te hervatten op 28 september 2020. Op 28 september 2020 heeft werkneemster zich ziek gemeld. Op 11 november 2020 zijn partijen een mediationtraject gestart met de bedoeling overeenstemming te bereiken over de voorwaarden waaronder het dienstverband van werkneemster zal worden beëindigd. Partijen zijn echter niet tot een regeling gekomen en het mediationtraject is op 27 november 2020 geëindigd. Op 27 november 2020 heeft ODRA werkneemster een finaal aanbod gedaan om alsnog tot overeenstemming te komen. ODRA verzoekt onder meer ontbinding van de arbeidsovereenkomst.

Oordeel

Tussen partijen is niet (langer) in geschil dat er geen vertrouwen meer is tussen hen, dat de arbeidsverhouding inmiddels is verstoord en dat herstel van de arbeidsverhouding ook niet meer mogelijk is. Dat betekent dat van ODRA in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren en dat er een redelijke grond is om de arbeidsovereenkomst te ontbinden. De kantonrechter is van oordeel dat herplaatsing van werkneemster binnen ODRA niet mogelijk is en tevens, gelet op het gebrek aan vertrouwen van werkneemster in het managementteam van de gehele organisatie, niet in de rede ligt.

Billijke vergoeding

Vast staat dat ODRA werkneemster op 27 augustus 2020 heeft laten weten van mening te zijn dat werkneemster niet geschikt is voor haar functie en dat ODRA er geen vertrouwen in heeft

dat haar functioneren zal kunnen verbeteren. Uit de stukken blijkt dat ODRA werknemster slechts een week later drie opties heeft gegeven, die allemaal gericht zijn op het beëindigen van het dienstverband tussen partijen. Uit de correspondentie tussen partijen ontstaat het beeld dat ODRA vervolgens zeer voortvarend heeft geprobeerd tot een regeling te komen, waarbij het dienstverband met werknemster zou worden beëindigd. Dat werknemster door deze snelle gang van zaken is overrompeld en dat vervolgens bij haar een gevoel van wantrouwen is ontstaan, dat heeft bijgedragen aan de ontstane verstoorde arbeidsverhouding, is begrijpelijk. Dat kan ODRA worden verweten. ODRA heeft ter zitting ook erkend dat tijdens het proces bepaalde aspecten niet goed zijn verlopen. De kantonrechter is echter van oordeel dat ODRA niet ernstig verwijtbaar heeft gehandeld. Het is de kantonrechter namelijk niet gebleken dat ODRA opzettelijk een verstoorde arbeidsverhouding heeft willen creëren, op grond waarvan de arbeidsovereenkomst kon worden beëindigd. Dat ODRA op een andere wijze grovelijk haar verplichtingen niet is nagekomen heeft werknemster ook niet onderbouwd. Op grond van het voorgaande komt de kantonrechter tot de conclusie dat ODRA niet ernstig verwijtbaar heeft gehandeld, zodat de door werknemster verzochte verklaring voor recht en het verzoek tot toekenning van een billijke vergoeding worden afgewezen.

Bovenwettelijke uitkeringen

Vast staat dat de arbeidsovereenkomst wordt beëindigd op grond van een verstoorde arbeidsverhouding en dat ODRA op grond van artikel 10.24 van de cao SGO in dat geval werknemster een passende regeling diende aan te bieden, waarbij de aanvullende uitkering, geregeld in artikel 10.1 van de cao SGO, en de nawettelijke uitkering, geregeld in artikel 10.5 van de cao SGO, worden betrokken voor zover dat redelijk en billijk is. ODRA heeft bij de door haar aangeboden regeling de transitievergoeding en de reparatie-uitkering, geregeld in artikel 10.11 van de cao SGO, betrokken, maar niet de aanvullende en nawettelijke uitkeringen. Werknemster voert aan dat dit wel had moeten gebeuren en dat de aangeboden regeling daardoor niet passend is. De kantonrechter stelt vast dat artikel 10.24 van de cao SGO geen nadere informatie geeft over wat moet worden verstaan onder een passende regeling in het geval een dienstverband wordt beëindigd vanwege een niet aan de werknemer te verwijten verstoorte arbeidsverhouding. Deze nadere informatie volgt evenmin uit de overige bepalingen in de cao ten aanzien van het beëindigen van een dienstverband. Tevens stelt de kantonrechter vast dat er geen schriftelijke toelichting op de cao SGO bestaat. Dat betekent dat de kantonrechter dient uit te gaan van de tekst van artikel 10.24 van de cao SGO, gelezen in het licht van de overige bepalingen in de cao. In dat verband overweegt zij als volgt. Niet in geschil is dat een aanspraak op de aanvullende en nawettelijke uitkeringen in ieder geval bestaat indien het dienstverband is beëindigd vanwege het disfunctioneren van een werknemer. Niet valt in te zien waarom dat in geval van beëindiging van het dienstverband vanwege een niet aan de werknemer te verwijten verstoorte arbeidsverhouding anders zou moeten zijn. ODRA heeft dat ook niet toegelicht. De kantonrechter acht het dan ook redelijk en billijk dat werknemster, in geval dat in de toekomst aan de orde mocht zijn, aanspraak kan maken op de aanvullende en nawettelijke uitkeringen. Het voorgaande leidt tot het oordeel dat de door ODRA aangeboden regeling niet passend is in de zin van artikel 10.24 van de cao

SGO. De kantonrechter zal in het navolgende bepalen dat een passende regeling in de zin van artikel 10.24 van de cao SGO inhoudt dat werkneemster aanspraak kan maken op de aanvullende uitkering, de nawettelijke uitkering en de reparatie-uitkering, zoals geregeld in de artikelen 10.1, 10.5 en 10.11 van de cao SGO. Daarbij merkt de kantonrechter op dat de aanspraak op deze bovenwettelijke uitkeringen slechts bestaat voor zover werkneemster een recht zou hebben, of in het geval van de reparatie-uitkering een recht zou hebben gehad, op een uitkering op grond van de Werkloosheidswet. Of deze aanspraak in de toekomst bestaat, kan op dat moment slechts worden beoordeeld door de desbetreffende uitvoeringsinstantie (UWV).

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 23-03-2021

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2021:1386

Zaaknummer: 8925584

Rechters: S. Scherff

Advocaten: A.A. Slager

Wetsartikelen: 7:669 lid 3 sub g BW, 7:671b BW en 10.24 cao SGO

RECHTSPRAAK

Medewerkster supermarkt heeft geruime tijd producten meegenomen zonder te betalen, onder andere door middel van een dubbele bodem in haar tas. Ontslag op staande voet is rechtsgeldig. Geen billijke vergoeding of transitievergoeding.

Feiten

Werkneemster (64 jaar) is op 25 oktober 1999 in dienst getreden bij Vomar Voordeelmarkt B.V. (hierna: Vomar). De functie van werkneemster was verkoopmedewerker met – op basis van een werkweek van 24 uur – een salaris van € 1.248,96 bruto per vier weken, exclusief vakantiegeld. In het personeelshandboek van Vomar staat onder meer dat diefstal of fraude niet wordt getolereerd en dat in dat geval ontslag volgt, dat in het geval van diefstal of fraude onderzoekskosten in zijn geheel worden doorbelast en dat aangifte wordt gedaan. Op 9 april 2019 is werkneemster gedeeltelijk arbeidsongeschikt geraakt. Op 8 september 2020 hebben de HR-adviseur en de operationeel manager van Vomar een gesprek gevoerd met werkneemster over het niet afrekenen van boodschappen op 5 september 2020. Werkneemster heeft in dat gesprek aangegeven wel eens boodschappen niet af te rekenen. Bij brief van 9 september 2020 heeft Vomar werkneemster geschorst met inhouding van salaris. Vomar heeft werkneemster uitgenodigd voor een tweede gesprek op 14 september 2020. Werkneemster is tussen 12 en 15 september 2020 opgenomen geweest in het ziekenhuis, zodat het gesprek op 14 september 2020 niet heeft plaatsgevonden. Bij e-mail van 18 september 2020 heeft Vomar werkneemster bericht dat Vomar toewerkte naar een afronding van het dienstverband met werkneemster. Bij brief van 23 september 2020 heeft Vomar werkneemster op staande voet ontslagen. Partijen twisten over de vraag of sprake is van een rechtsgeldig gegeven ontslag op staande voet.

Oordeel

Vast staat dat werkneemster herhaaldelijk tijdens het boodschappen doen bij haar werkgever bepaalde boodschappen niet heeft afgerekend. Daaruit volgt naar het oordeel van de kantonrechter dat werkneemster een dringende reden heeft veroorzaakt in de zin van artikel 7:678 BW. Werkneemster wordt niet gevolgd in haar stelling dat het ontslag op staande voet niet onverwijld is gegeven. Hoewel Vomar door de erkenning van werkneemster op 8 september 2020 al in zekere mate op de hoogte was van haar gedragingen, stond het Vomar vrij om uit zorgvuldigheidsoogpunt nader onderzoek te (laten) verrichten. Op die manier kon zij toch meer informatie krijgen over onder andere de juistheid en volledigheid van de verklaringen van werkneemster. Nu Vomar voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat zij de (eerste) resultaten van het onderzoek op 23 september heeft ontvangen, is het ontslag op

staande voet op die datum onverwijld gegeven. Daar doet niet aan af dat Vomar op 18 september kennelijk al besloten had afscheid te nemen van werknemster, nu – zoals Vomar ter zitting terecht stelde – daarmee niet gezegd is dat zij op 18 september 2020 (vóór de uitkomsten van het onderzoek) al had besloten dat zij werknemster op staande voet zou ontslaan. Omdat hiervoor is geoordeeld dat het ontslag op staande voet rechtsgeldig is, zal het verzoek van werknemster om toekenning van een billijke vergoeding en een vergoeding wegens onregelmatige opzegging worden afgewezen. Ook het verzoek om Vomar te veroordelen tot betaling van een transitievergoeding wordt afgewezen. Hiervoor is geoordeeld dat sprake is van feiten en omstandigheden die een dringende reden opleveren voor ontslag op staande voet. Die feiten en omstandigheden brengen ook mee dat het eindigen van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van handelen of nalaten van werknemster dat als ernstig verwijtbaar moet worden aangemerkt. Dat betekent dat de transitievergoeding niet verschuldigd is. Verder heeft Vomar verzocht om werknemster te veroordelen tot betaling van de geleden schade ter hoogte van € 6.240. Vomar stelt dat werknemster in het eerste gesprek heeft verklaard dat zij al gedurende 1,5 jaar vóór zo'n € 80 per week aan boodschappen meenam zonder af te rekenen. Werknemster heeft in haar eerste reactie op het ontslag op staande voet en in de onderhavige procedure betwist dat zij het voorgaande heeft verklaard en toegelicht dat zij ongeveer 1,5 jaar eerder, op het moment dat zij gedeeltelijk arbeidsongeschikt raakte, in de financiële problemen terecht is gekomen met als gevolg dat zij een boodschappenbudget van € 80 per week had. Voorts overweegt de kantonrechter dat uit het onderzoek niet exact volgt welke producten zijn meegenomen en er – in verband met de AVG – slechts van een beperkte periode camerabeelden beschikbaar waren. Gelet op het voorgaande kan het schadebedrag niet nauwkeurig worden vastgesteld zodat het niet kan worden begroot in de zin van artikel 6:97 BW. Naar het oordeel van de kantonrechter is de omvang van de schade zelfs voor een schatting te ongewis, zodat dit onderdeel van het verzoek van Vomar zal worden afgewezen. Daarnaast heeft Vomar betaling van de onderzoekskosten gevorderd. Uit de factuur die betrekking heeft op de onderzoekskosten volgt dat VMB Security & Solutions in opdracht van Vomar 32 uur heeft besteed aan het onderzoek. Veruit het grootste deel daarvan heeft blijkens het rapport en hetgeen Vomar daarover heeft gezegd, betrekking op het bestuderen van de camerabeelden. Het is de kantonrechter niet duidelijk waarom alle beelden zijn onderzocht, zodat naar het oordeel van de kantonrechter niet alle kosten in redelijkheid voor rekening van werknemster kunnen komen; de kosten staan niet in verhouding tot de noodzakelijke omvang van het onderzoek. De kantonrechter is van oordeel dat een bedrag van € 1.250 voor het onderzoek redelijk is en zal het verzoek van Vomar tot dat bedrag toewijzen.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 11-02-2021

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2021:2620

Zaaknummer: 8885625 \ AO VERZ 20-187

Rechters: D.P. Ruitinga

Advocaten: T.H.T.T. Nguyen en C.E. Bouma

Wetsartikelen: 7:678 BW

RECHTSPRAAK

Ontbindingsverzoek op de a-grond afgewezen. Werkgever heeft onvoldoende onderbouwd dat de organisatorische verandering het nodig maakt dat de functie en arbeidsplaats van werknemer komen te vervallen.

Feiten

Werknemer is sinds 1 december 2018 in dienst bij JLG EMEA B.V. (hierna: JLG) in de functie van Director of Global Procurement and Supply Chain EMEA (hierna Director GPSC), met een salaris van € 11.959,88 bruto per maand exclusief emolumenten. JLG maakt onderdeel uit van de internationale Oshkosh groep. Oshkosh is een Amerikaans concern en JLG fungeert in Nederland als Regional Headquarters for Acces Equipment Manufacturer binnen Oshkosh. Op 6 februari 2020 heeft JLG een voorlopige ontslagvergunning bij het UWV ingediend voor werknemer. Op 7 februari 2020 heeft een gesprek plaatsgevonden tussen werknemer en JLG, waarin JLG aan werknemer heeft medegedeeld dat zijn functie zal komen te vervallen vanwege organisatorische veranderingen ('kostenbesparende en efficiëntieoverwegingen'). Na dit gesprek is werknemer op non-actief gesteld. Enkele dagen later, op 10 februari 2020, heeft werknemer zich ziek gemeld. Op 6 maart heeft JLG een volledige ontslagaanvraag bij het UWV ingediend en toestemming gevraagd om de arbeidsovereenkomst met werknemer wegens bedrijfseconomische redenen op te zeggen. Deze ontslagaanvraag is door het UWV op 20 mei 2020 afgewezen, omdat de bedrijfseconomische noodzaak voor het ontslag van werknemer niet aannemelijk was. JLG verzoekt de kantonrechter de arbeidsovereenkomst met werknemer te ontbinden op de a-grond (bedrijfseconomische omstandigheden). Werknemer stelt dat geen sprake is van een voldragen a-grond.

Oordeel

De kantonrechter stelt voorop dat het JLG vrijstaat om voor een bepaalde bedrijfsvoering en inrichting van haar onderneming te kiezen, ook als dat leidt tot een organisatieverandering met verlies van arbeidsplaatsen. Bij de toetsing van die keuze past dan ook een zekere mate van terughoudendheid, maar JLG moet zich wel voor haar keuze verantwoorden door aannemelijk te maken dat het verval van de functie van Director GPSC nodig is voor een doelmatige bedrijfsvoering. JLG stelt dat reorganisatie is ingegeven door kostenbesparings- en efficiëntieoverwegingen. Een aanpassing van de organisatiestructuur om doelmatiger te kunnen werken, zoals JLG beoogt, valt binnen de hiervoor genoemde vrijheid. De kantonrechter is echter van oordeel dat JLG onvoldoende heeft onderbouwd dat de organisatorische verandering het nodig maakt dat de functie en de arbeidsplaats van

werknemer komen te vervallen. Zo is onduidelijk wanneer én waarom de beslissing tot deze reorganisatie is genomen. Stukken waaruit blijkt dat JLG een weloverwogen besluit heeft genomen tot reorganisatie van de GPSC-divisie waarbij wordt uiteengezet dat de functie van werknemer daardoor zou moeten komen te vervallen, ontbreken. Wat de noodzaak tot deze reorganisatie betreft, heeft JLG thans gesteld dat de vraag naar hoogwerkers vanaf 2019 wereldwijd structureel is gedaald en er sindsdien verliezen worden geleden in dit segment. Deze stelling is niet onderbouwd. De in het geding gebrachte interne cijfers over het verschil in verkopen in de laatste drie maanden van 2018 en die van 2019 geven onvoldoende informatie nu onduidelijk is hoe deze cijfers zich verhouden tot de financiële situatie van JLG, en historische financiële (kern)gegevens (en prognoses) niet in het geding zijn gebracht. JLG beroept zich verder op negatieve marktontwikkelingen. Waarom de daaruit voortvloeiende efficiëntie- en kostenbesparingsmaatregelen tot deze reorganisatie moest leiden, is niet toegelicht. Het is aan JLG de oorzaak en de achtergrond van de reorganisatie duidelijk te maken, alsmede de gevolgen daarvan voor de arbeidsplaatsen. Daarbij dient zij eveneens de verdeling van de (resterende) werkzaamheden inzichtelijk te maken. De ingebrachte (ongedateerde) presentaties met organogrammen waaruit blijkt dat een managementlaag is weggesneden, geven gelet op de gemotiveerde betwisting van werknemer dat zijn taken zijn verdwenen, onvoldoende duidelijkheid op dit punt. De conclusie van het voorgaande is dat een redelijke grond ontbreekt. Het verzoek van JLG tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst zal dan ook worden afgewezen.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 02-11-2020

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2020:11768

Zaaknummer: 8661780 AO VERZ 20-115

Rechters: R.I.V. Scherpenhuijsen Rom

Advocaten: M.B. Kerkhof, A. Ozcelik en H. den Besten

Wetsartikelen: 7:669 BW en 7:669 lid 3 sub a BW

RECHTSPRAAK

Geen sprake van een arbeidsovereenkomst. Gezagsverhouding niet aanwezig. Loonstroken, afgedragen loonbelasting en uitbetaalde vakantietoeslag wijzen weliswaar op het bestaan van een arbeidsovereenkomst, maar zijn gelet op overige omstandigheden niet doorslaggevend.

Feiten

Medio maart is verzoeker met de waarnemend directeur van North B.V. in contact gekomen. Vanaf 30 maart 2020 heeft verzoeker administratieve werkzaamheden uitgevoerd voor North. Bij e-mail van 7 april 2020 heeft verzoeker de waarnemend directeur verzocht om toezending van een contract voor zijn dienstverband. In reactie hierop heeft de waarnemend directeur diezelfde dag verzoeker een 'model opgaaf voor de loonheffing' doorgestuurd. Verzoeker heeft deze ingevuld. Op 21 april 2020 heeft verzoeker de waarnemend directeur opnieuw verzocht om toezending van een contract. Op 22 april 2020 heeft de waarnemend directeur verzoeker bericht: "Graag je ID, dan stuur ik je deze toe". In de daaropvolgende periode volgt correspondentie tussen partijen over de (bij herhaling) te late betalingen van North aan verzoeker. Op 30 juli 2020 heeft verzoeker de salarisspecificaties van de maand april en mei 2020 ontvangen. Bij e-mailberichten van 5 en 9 oktober 2020 verzoekt verzoeker om toezending van de salarisstroken over de maanden juni tot en met september 2020. In reactie hierop heeft de waarnemend directeur bij e-mail van 12 oktober 2020 het volgende geantwoord: "Heb je duidelijk aangegeven dat North geen personeel aanneemt, er zijn vergoedingen aan je betaald en geen salaris. North geeft alleen maar freelance opdrachten uit er is geen dienstverband". Verzoeker heeft sinds 3 november 2020 geen werkzaamheden meer verricht voor North. Partijen twisten over de vraag of sprake is van een arbeidsovereenkomst.

Oordeel

Vast staat dat tussen partijen geen schriftelijke (arbeids)overeenkomst is opgesteld. Partijen verschillen van mening over wat hen bij het aangaan van de overeenkomst voor ogen stond. Aldus moet aan de hand van de feitelijke situatie beoordeeld worden hoe de rechtsverhouding tussen partijen moet worden gekwalificeerd. Uit hetgeen partijen over en weer hebben gesteld blijkt dat verzoeker voor North arbeid heeft verricht (van 30 maart 2020 tot en met 3 november 2020) en een beloning heeft ontvangen (van juni 2020 tot en met oktober 2020). Ten aanzien van het meest onderscheidende element van de arbeidsovereenkomst, de 'gezagsverhouding', is de kantonrechter van oordeel dat verzoeker zijn stellingen, tegenover het verweer van North, onvoldoende heeft geconcretiseerd en onderbouwd. Verzoeker heeft

niet gesteld ten aanzien van welke aspecten van zijn werkzaamheden hij ondergeschikt zou zijn, aan welke instructies hij met betrekking tot die werkzaamheden had te voldoen, welke aanwijzingen North aan hem kon geven en welke voorschriften op zijn werkzaamheden van toepassing waren. Verzoeker heeft ook geen stukken overgelegd die een gezagsverhouding aannemelijk maken (bijvoorbeeld e-mails van de waarnemend directeur en/of andere personen binnen North met (duidelijke) instructies aan verzoeker). Verder ontstaat uit de e-mailberichten van verzoeker het beeld dat hij wel de vrijheid en flexibiliteit had om zijn werk zelf in te delen, hetgeen kenmerkend is voor het werken als zelfstandige in opdracht. Hij kon zijn werkzaamheden verrichten vanuit zijn eigen woning of tijdens een verblijf in Spanje. Ook is niet gesteld of gebleken dat hij op vaste dagen zijn werkzaamheden diende te verrichten en/of bereikbaar moest zijn voor North. De twee loonstroken en de op grond daarvan afgedragen loonbelasting en uitbetaalde vakantietoeslag wijzen weliswaar op het bestaan van een arbeidsovereenkomst, maar zijn gelet op de overige hiervoor genoemde omstandigheden niet doorslaggevend. Dat in de e-mailcorrespondentie bij aanvang van de werkzaamheden is gesproken over vakantiedagen maakt het voorgaande ook niet anders omdat van het bestaan van (nadere) afspraken over het opnemen van vakantie niet is gebleken. Van een gezagsverhouding is op grond van hetgeen hiervoor is overwogen onvoldoende duidelijk gebleken. Verder heeft verzoeker de door hem gestelde omstandigheid dat het geldbedrag als loon in de zin van artikel 7:610 BW moet worden beschouwd – mede gelet op de gemotiveerde betwisting van North – onvoldoende onderbouwd. De e-mailcorrespondentie van eind maart impliceert ook dat partijen hebben onderhandeld over de hoogte van de vergoeding die North aan verzoeker heeft betaald. Dit vormt ook een indicatie die duidt op een overeenkomst van opdracht. Concluderend betekent dit dat de tussen partijen overeengekomen rechten en verplichtingen niet voldoen aan de wettelijke omschrijving van de arbeidsovereenkomst. Omdat tussen partijen geen sprake is van een arbeidsovereenkomst, zijn de wettelijke vereisten voor beëindiging daarvan niet van toepassing. De verzoeken van verzoeker worden daarom afgewezen.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 16-03-2021

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2021:2558

Zaaknummer: 8948926 \ AO VERZ 20-201

Rechters: R.I.V. Scherpenhuijsen Rom

Advocaten: M.P.D. de Mönnink

Wetsartikelen: 7:610 BW

RECHTSPRAAK

Werknemer die zich ziekmeldt en per direct naar een verslavingskliniek in Thailand vertrekt, heeft geen recht op doorbetaling van het loon gedurende de ziekteperiode, nu niet vast is komen te staan dat werknemer arbeidsongeschikt was.

Feiten

Op 1 mei 2018 is werknemer op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd in dienst getreden bij werkgever. Op 5 maart 2019 heeft hij zich ziek gemeld. Op 13 maart heeft hij werkgever telefonisch medegedeeld dat hij op 14 maart 2019 zou afreizen naar Thailand voor behandeling van verslavingsproblematiek in een kliniek. Werknemer is op 14 maart 2020 daadwerkelijk afgereisd naar Thailand. Bij brief van 9 april 2019 heeft werkgever hem bericht dat hij werknemers situatie heeft besproken met de arbodienst en dat daaruit voortvloeit dat werknemer door zijn vertrek naar het buitenland niet medisch onderzocht kan worden. Hierdoor is werknemer volgens werkgever tot en met het einde van de huidige arbeidsovereenkomst – die eindigt op 30 april 2019 – niet in staat om werk te verrichten en om die reden zal het vertrek gezien worden als het opnemen van onbetaald verlof. Het dienstverband van werknemer is per 30 april geëindigd, zonder dat loon is betaald over de periode van 15 maart 2019 tot en met 30 april 2019. Werkgever legt hieraan ten grondslag dat werknemer, door zijn vertrek naar het buitenland, de arbodienst volledig buiten spel heeft gezet en niet de mogelijkheid heeft gegeven een plan van aanpak op te kunnen stellen met werknemer. Dit alles zorgt er volgens werkgever voor dat hij niet anders kan concluderen dan dat werknemer zich niet aan de re-integratieverplichtingen van artikel 7:629 lid 3 onder e BW heeft gehouden. Dit betekent dat de loonbetalingsverplichting is opgeschort. Werkgever betwist bij gebrek aan door ArboNed te verifiëren gegevens dat sprake is van een verhindering om de werkzaamheden te verrichten anders dan dat werknemer ieder werk of iedere re-integratie fysiek onmogelijk heeft gemaakt door het zelfgekozen vertrek naar het buitenland. Bevestiging van opname in de kliniek, inclusief vastgestelde stoornissen, volgt op 16 mei 2019. Werknemer verzoekt werkgever te veroordelen tot betaling van een brutobedrag van € 3.926,40, bestaande uit het loon over de periode van 15 maart 2019 tot en met 30 april 2019, inclusief wettelijke verhoging, op grond van artikel 7:629 BW.

Oordeel

Tussen partijen is niet in geschil dat werknemer zich op 5 maart 2019 ziek heeft gemeld en vanaf die datum geen werkzaamheden meer voor werkgever heeft verricht. Centraal staat het feit dat geen deskundigenverklaring is overgelegd en werkgever heeft betwist dat werknemer

verhinderd was om de werkzaamheden te verrichten. Werknemer stelt dat hij tijdens zijn verblijf in de kliniek in Thailand bij het UWV een aanvraag voor een deskundigenverklaring heeft ingediend, maar dat zijn aanvraag niet in behandeling werd genomen omdat hij in het buitenland verbleef. Tevens stelt hij dat hij bij terugkomst in Nederland nogmaals een aanvraag heeft ingediend. Ook deze aanvraag werd volgens werknemer niet in behandeling genomen, omdat de arbeidsovereenkomst reeds was geëindigd en werknemer inmiddels een uitkering op grond van de Ziektewet toegewezen had gekregen. Beide aanvragen van werknemer zijn door werkgever betwist. De kantonrechter is van oordeel dat, mede in ogenschouw nemend dat met het bijvoegen van een deskundigenoordeel is beoogd de rechtspositie van werknemer te versterken, in dit geval in redelijkheid niet van werknemer kan worden gevergd alsnog een verklaring van een UWV-deskundige bij de loonvordering te voegen. Werknemer is dan ook ontvankelijk in zijn vordering. Vervolgens moet worden beoordeeld of werknemer in de betreffende periode, 15 maart tot en met 30 april 2019, arbeidsongeschikt was. De kantonrechter beantwoordt deze vraag ontkennend, nu uit de brief van de behandeld arts wel blijkt dat werknemer aan enkele stoornissen lijdt, maar niet dat werknemer als gevolg van deze stoornissen niet in staat was om te werken. Uit de brief kan dan ook niet worden afgeleid dat werknemer in deze periode arbeidsongeschikt was, zodat niet kan worden vastgesteld dat werknemer over deze periode recht had op loon. De vordering zal dan ook worden afgewezen.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 18-09-2020

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2020:13181

Zaaknummer: 8341020 CV EXPL 20-5918

Rechters: S.H. Poiesz

Advocaten: M. Goedhart en D.J. Bosboom

Wetsartikelen: 7:629 BW, 7:629a BW en 7:658a BW

RECHTSPRAAK

Kantonrechter ontbindt arbeidsovereenkomst op de g-grond en kent een beëindigingsvergoeding toe van € 5.755 bruto, met inbegrip van de transitievergoeding.*Feiten*

Werknemer is sinds 1 februari 2014 in dienst bij Verstegen Spices & Sauces B.V., laatstelijk in de functie van productiemedewerker. Verstegen verzoekt de kantonrechter de arbeidsovereenkomst te ontbinden op de g-grond (verstoorde arbeidsverhouding).

Oordeel

Partijen zijn het erover eens dat tussen hen sprake is van een verstoorde arbeidsverhouding, dat herplaatsing niet mogelijk is en dat geen sprake is van enig opzegverbod. De kantonrechter zal de arbeidsovereenkomst ontbinden, gelet op de standpunten van beide partijen, waaruit blijkt dat sprake is van een redelijke grond voor ontbinding. Partijen zijn het er voorts over eens dat ontbinding plaats zal vinden met ingang van 1 mei 2021, waarmee de opzegtermijn in acht wordt genomen. Ten slotte hebben partijen overeenstemming bereikt over een beëindigingsvergoeding van € 5.755 bruto, met inbegrip van de transitievergoeding.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 09-03-2021

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2021:3008

Zaaknummer: 8970707 VZ VERZ 21-337

Rechters: C.H. Kemp-Randewijk

Advocaten: P.P.H. Verheijden en I. Ouwehand

Wetsartikelen: 7:66g BW en 7:66g lid 3 sub g BW

RECHTSPRAAK

Werkgever, die zieke werknemer geen loon betaalt, dient het achterstallig loon alsnog te betalen. Ontbindingsverzoek en verzoek tot toekenning van een billijke vergoeding worden afgewezen, nu de arbeidsovereenkomst van rechtswege is geëindigd en niet (langer) stilzwijgend is voortgezet.

Feiten

Werknemer is op 16 september 2018 in dienst getreden bij werkgever in de functie van allround machinist grondverzet voor de duur van een jaar. De arbeidsovereenkomst is daarna stilzwijgend voortgezet tot 16 september 2020. Werknemer heeft zich op 1 november 2019 ziek gemeld, waarop werkgever geen arbodienst of bedrijfsarts heeft ingeschakeld. Met ingang van januari 2020 heeft werkgever geen loon meer betaald, met uitzondering van een betaling van € 2.100 in mei 2020. Werknemer is intussen onder bewind gesteld en in twee eerdere verstekvonnissen heeft de kantonrechter in kort geding werkgever veroordeeld tot betaling van het nettoloon over de maanden januari tot en met september 2020. Werkgever heeft hier tot op heden geen gevolg aan gegeven. De bewindvoerder verzoekt de kantonrechter primair voor recht te verklaren dat werknemer wegens een dringende reden op 1 januari ontslag op staande voet heeft genomen en aan werknemer een billijke vergoeding toe te kennen vanwege onder meer verwijtbaar handelen van de werkgever. Subsidiair verzoekt bewindvoerder de kantonrechter om de arbeidsovereenkomst per direct te ontbinden en werkgever te veroordelen tot betaling van het nettoloon en een billijke vergoeding.

Oordeel

Het primair verzochte, een verklaring voor recht dat werknemer per 1 januari ontslag op staande voet heeft genomen, wordt door de kantonrechter afgewezen. Hoewel werknemer sinds 1 januari 2020 niet meer heeft gewerkt en geen loon meer heeft ontvangen, construeert dit nog geen opzegging. Ook de subsidiair verzochte ontbinding van de arbeidsovereenkomst wordt afgewezen. De arbeidsovereenkomst is per 16 september 2019 stilzwijgend (ongewijzigd) voortgezet, wederom voor de duur van een jaar, gelet op het bepaalde in artikel 7:668 lid 4 BW. Het staat immers vast dat werknemer op en na 16 september 2019 nog werkzaamheden heeft verricht en het loon is doorbetaald tot en met december 2019. Deze voortgezette arbeidsovereenkomst is dus van rechtswege geëindigd op 15 september 2020, nu gesteld noch gebleken is dat partijen hierover iets anders hebben afgesproken. De stelling van de bewindvoerder dat de arbeidsovereenkomst na 15 september 2020 stilzwijgend is voortgezet is onvoldoende onderbouwd. Hoogstens bestaat nog recht op een vergoeding gelijk

aan het bedrag van het loon voor één maand, nu niet is aangezegd, maar die vergoeding is niet gevorderd. De kantonrechter wijst het verzoek tot betaling van het nettoloon voor het grootste deel toe, zij het tot 15 september 2020, nu de arbeidsovereenkomst per die datum van rechtswege is geëindigd. Het verzoek om toekenning van een billijke vergoeding wordt afgewezen. Hoewel werkgever ernstig verwijtbaar heeft gehandeld/nagelaten door geen loon aan werknemer te betalen, is de arbeidsovereenkomst niet geëindigd door dit handelen/nalaten, maar doordat de bepaalde tijd waarvoor de arbeidsovereenkomst was aangegaan was verstreken. Hieruit volgt dat werknemer geen recht heeft op een billijke vergoeding.

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 22-02-2021

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2021:2058

Zaaknummer: 8931274 AZ VERZ 20-145

Rechters: G.M. Drenth

Advocaten: L.N. Hermans

Wetsartikelen: 7:628 BW en 7:668 BW

RECHTSPRAAK

Uitleg vaststellingsovereenkomst. Kantonrechter is van oordeel dat werkgever vaststellingsovereenkomst is nagekomen met hetgeen hij heeft betaald aan werkneemster.

Feiten

Werkneemster is op 1 november 2012 in dienst getreden bij werkgever op basis van een arbeidsovereenkomst met uitgestelde prestatieplicht, in de functie van chauffeur. Bij brief van 2 juli 2020 heeft werkgever aan werkneemster medegedeeld dat hij – in verband met de omzetting door de coronacrisis – voorlopig geen gebruik meer zal maken van de diensten van werkneemster, totdat de omzet het weer toelaat. Het salaris van juni zou nog conform de afspraken worden uitbetaald. Werkneemster heeft aanvankelijk niet ingestemd met beëindiging van de arbeidsovereenkomst met terugwerkende kracht. Bij brief van 30 juli 2020 is namens werkneemster aan de gemachtigde van werkgever geschreven dat de situatie is veranderd en werkneemster al een WW-uitkering ontvangt en (vooralsnog) niet is gekort. Op 31 juli 2020 hebben partijen een vaststellingsovereenkomst gesloten op basis waarvan de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden is beëindigd per 1 augustus 2020, onder betaling van een transitievergoeding van € 3.435 bruto en de eigen bijdrage voor de gesubsidieerde rechtsbijstand van € 798,. Werkgever heeft de overeengekomen bedragen aan transitievergoeding en de eigen bijdrage aan werkneemster betaald. Werkneemster verzoekt de kantonrechter werkgever te veroordelen tot betaling van het gebruikelijke salaris en vakantiegeld over de maand juli 2020. Werkneemster legt aan de vordering ten grondslag dat tussen partijen is overeengekomen dat de arbeidsovereenkomst per 1 augustus 2020 is beëindigd. Niet is overeengekomen dat zij zou afzien van het salaris over de maand juli 2020. Ondanks het verzoek en de sommatie hiertoe, heeft werkgever het salaris over de maand juli 2020 niet voldaan. Werkgever voert aan dat de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden is beëindigd per 1 augustus 2020 en dat is overeengekomen dat hij een bedrag aan transitievergoeding en de kosten van rechtsbijstand van werkneemster zou betalen. Niet is overeengekomen dat werkgever het salaris over juli 2020 zou betalen.

Oordeel

De kantonrechter stelt vast dat sprake is van een discussie omtrent de uitleg van de vaststellingsovereenkomst. De kantonrechter overweegt dat, hoewel uit de zuiver taalkundige uitleg van de vaststellingsovereenkomst opgemaakt zou kunnen worden dat werkgever het salaris van werkneemster tot 1 augustus 2020 had moeten betalen, omdat de arbeidsovereenkomst per die datum werd beëindigd, uit de overige overgelegde stukken blijkt

dat partijen hebben beoogd overeen te komen dat werkgever enkel nog de transitievergoeding en de kosten van rechtsbijstand aan werkneemster zou betalen en verder geen loon of overige emolumenten. Nadat namens werkgever aan werkneemster was aangeboden om haar vanaf 1 juli 2020 en gedurende de opzegtermijn vrij te stellen van werkzaamheden, onder doorbetaling van loon, heeft de gemachtigde van werkneemster op 30 juli 2020 immers medegedeeld dat de *‘situatie [...] gewijzigd [is]. Cliënte ontvangt thans al een WW-uitkering (...)’*. De kantonrechter begrijpt uit de inhoud van die brief dat daarom namens werkneemster is voorgesteld om aan haar de transitievergoeding en de eigen bijdrage te betalen, in plaats van hetgeen door werkgeefster was voorgesteld (vrijstelling van werk met doorbetaling van loon vanaf 1 juli 2020). Dat achteraf is gebleken dat werkneemster over juli 2020 toch geen recht had op een WW-uitkering doet aan het voorgaande niet af. Het blijkt nergens uit dat een voorbehoud is gemaakt voor het geval correcties door het UWV zouden worden aangebracht. Integendeel. In artikel 7 van de vaststellingsovereenkomst is expliciet opgenomen dat het al dan niet toekennen van een uitkering, of het eventueel toepassen van een strafkorting of het opschorten van de uitkering, niet relevant is voor de geldigheid van de in de vaststellingsovereenkomst neergelegde afspraken. De kantonrechter acht hierbij mede van belang dat beide partijen bij het sluiten van de vaststellingsovereenkomst werden bijgestaan door een professioneel gemachtigde. Het voorgaande betekent dat werkgever met het betalen van de transitievergoeding en de eigen bijdrage de vaststellingsovereenkomst is nagekomen en dat hij het salaris en vakantiegeld over de maand juli 2020 niet aan werkneemster hoeft te betalen.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 24-03-2021

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2021:2542

Zaaknummer: 8817167 \ CV EXPL 20-8631

Rechters: R.I.V. Scherpenhuijsen Rom

Advocaten: M.J. Meijer en M.G. Hofman

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

RECHTSPRAAK

Ontbinding arbeidsovereenkomst op verzoek van werkneemster met toekenning van een transitievergoeding en billijke vergoeding. Werkgeefster heeft ernstig verwijtbaar gehandeld door het per direct weghalen van taken van werkneemster en het niet mee willen werken aan herstel van de hierdoor veroorzaakte vertrouwensbreuk.

Feiten

Werkneemster is op 1 augustus 2016 bij Stichting Maasstad ziekenhuis (hierna: Maasstad Ziekenhuis) in dienst getreden. Per 1 augustus 2017 is werkneemster bevorderd naar de functie van HR Expert (N1). Per 1 oktober 2019 is de functie van werkneemster gewijzigd in die van Adviseur N2 en per 1 april 2020 in die van Adviseur N3. Op 5 oktober 2020 heeft X, teamleider HR Advies en Expertise, werkneemster in een telefoongesprek medegedeeld dat haar werkzaamheden per direct grotendeels over collega's werden verdeeld vanwege haar functioneren en dat zij tot aan haar zwangerschapsverlof enkel nog ondersteunende werkzaamheden mocht verrichten. Per e-mail van 5 oktober 2020 heeft werkneemster X verzocht om nadere uitleg. In reactie op voornoemde e-mail heeft X op 6 oktober 2020 onder meer aan werkneemster geschreven dat de functiewijziging het gevolg is geweest van eerder gemaakte afspraken en niet op basis van functioneren alsmede dat gebleken is dat werkneemster niet voldoet aan de functie-eisen. Per e-mail van 9 oktober 2020 heeft een van de managers een intern bericht gestuurd met de melding dat werkneemster niet meer de HR-adviseur was van de betreffende afdeling. Werkneemster heeft zich op 12 oktober 2020 ziek gemeld. Op 14 oktober 2020 heeft werkneemster een gesprek met de bedrijfsarts gehad. In de terugkoppeling van dit gesprek heeft de bedrijfsarts onder meer gemeld dat sprake is van (medische) klachten die samenhangen met een geschil. In de terugkoppeling van 28 oktober 2020 worden deze bevindingen grotendeels herhaald. Op 13 november 2020 heeft werkneemster per e-mail aan X te kennen gegeven dat zij mee wil werken aan een gedegen verbetertraject, maar eerst de ontstane vertrouwensbreuk wil proberen te herstellen door middel van mediation. Op 17 en 19 november 2020 heeft X werkneemster per e-mail bericht dat het haar voorkeur heeft om met elkaar op kantoor te spreken en afspraken te maken. Werkneemster verzoekt X nogmaals te laten weten of het Maasstad Ziekenhuis bereid is tot mediation over te gaan omdat zij hierop nog steeds geen antwoord heeft gekregen. Dezelfde dag heeft X per e-mail onder meer aan werkneemster bericht dat mediation niet aan de orde is en een gezamenlijk overleg een goed vertrekpunt is. Nadat partijen op 23 en 24 november 2020 per e-mail gecorrespondeerd hebben over het gesprek dat al dan niet op kantoor zou moeten plaatsvinden, heeft X op 24 november 2020 per e-mail aangegeven dat werkgeefster

voornemens is het loon op te gaan schorten vanwege het niet nakomen van de re-integratieverplichtingen. Op 26 november 2020 heeft een gesprek plaatsgevonden tussen werkneemster en X. Hierin is onder meer mediation aan de orde gekomen en het verbetertraject, waarbij het Maasstad Ziekenhuis aangeeft het opstellen van het verbetertraject uit te willen stellen tot na het zwangerschapsverlof van werkneemster, terwijl werkneemster aangeeft dat zij dit graag voor haar zwangerschapsverlof wil doen, zodat zij weet waar zij aan toe is. Werkneemster werkt vervolgens thuis drie dagen per week drie uur per dag in het kader van haar re-integratie. Werkneemster heeft zich op 4 december 2020 (opnieuw) ziek gemeld. Op 4 januari 2021 is werkneemster met zwangerschapsverlof gegaan. De conclusie van het door werkneemster aangevraagde deskundigenoordeel is dat de re-integratie-inspanningen van werkgever onvoldoende zijn door onder meer geen mediationtraject op te starten. Werkneemster heeft op grond van artikel 7:671c BW verzocht de tussen haar en het Maasstad Ziekenhuis bestaande arbeidsovereenkomst te ontbinden met toekenning van een transitievergoeding en billijke vergoeding.

Oordeel

Ontbinding van de arbeidsovereenkomst op verzoek van werkneemster

De kantonrechter is van oordeel dat het verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst dient te worden toegewezen. Vooropgesteld wordt dat werkneemster in de functie van Adviseur N3 is geplaatst terwijl zij, aldus het Maasstad Ziekenhuis, daarvoor (nog) niet over de vereiste capaciteiten beschikte en dit alleen het gevolg is geweest van een eerder gemaakte afspraak. Dat partijen hierover afspraken hebben gemaakt en over de eventuele consequenties indien werkneemster zich niet voldoende zou ontwikkelen, is echter niet gebleken. Ook is niet duidelijk geworden hoe en op welke wijze een en ander zou worden gemonitord. Dit had onder deze omstandigheden van het Maasstad Ziekenhuis als werkgever wel verwacht mogen worden. Vervolgens kan er niet worden vastgesteld dat werkneemster in de periode van 1 april 2020 tot 5 oktober 2020 op enigerlei wijze is aangesproken op haar functioneren dan wel dat haar te kennen is gegeven dat zij (ver) beneden het vereiste niveau presteerde en een te groot beslag legde op haar collega's zodat op dit punt verbetering nodig was. Door werkneemster in een eerder stadium niet te confronteren met haar – volgens het Maasstad Ziekenhuis – disfunctioneren en dan op 5 oktober 2020, zonder nader overleg en/of waarschuwing, telefonisch per direct vrijwel haar gehele takenpakket af te nemen en te verdelen onder collega's, waarbij haar te kennen is gegeven dat zij nog slechts ondersteunende taken mocht vervullen, heeft het Maasstad Ziekenhuis naar het oordeel van de kantonrechter zeer onzorgvuldig en niet als goed werkgever gehandeld. Dit geldt met name nu tot op heden niet concreet is geworden wat maakte dat deze rigoureuze stap op dat moment absoluut noodzakelijk was. Dat door deze handelswijze van het Maasstad Ziekenhuis het vertrouwen van werkneemster in haar werkgever was geschaad is, is zeer aannemelijk. Dit wordt nog versterkt door het feit dat X tijdens het telefoongesprek op 5 oktober 2020 vanuit het niets ook heeft gesproken over een baan elders. Hier komt nog bij dat het Maasstad Ziekenhuis binnen de eenheid GOKU bij e-mail van 9 oktober 2020 te kennen heeft gegeven dat werkneemster niet langer de HR-adviseur van deze eenheid was en dat zij ervan uitgaan dat dit definitief is.

Nadat werkneemster duidelijk te kennen heeft gegeven dat zij als gevolg van dit alles haar vertrouwen is kwijtgeraakt en het nodig is om dit te herstellen voordat aan re-integratie en een verbetering van het functioneren kan worden toegekomen, is het Maasstad Ziekenhuis hierop zeer bewust niet ingegaan en is zij zich op het standpunt blijven stellen dat het verzuim van werkneemster alleen aan de zwangerschap gerelateerd was, terwijl ook de bedrijfsarts in het kader van het ziekteverzuim meermaals heeft aangegeven dat de klachten van werkneemster niet alleen het gevolg zijn van haar medische situatie, maar ook van het geschil tussen werknemer en werkgever, zodat dit het Maasstad Ziekenhuis niet kan zijn ontgaan.

Ernstig verwijtbaar handelen van werkgeefster

Naar het oordeel van de kantonrechter is sprake van ernstig verwijtbaar handelen van het Maasstad Ziekenhuis. Dit brengt met zich dat werkneemster op grond van artikel 7:673 lid 1 aanhef en onder BW recht heeft op de transitievergoeding. Daarnaast ziet de kantonrechter aanleiding een billijke vergoeding toe te kennen. Gelet op alle omstandigheden van het geval zal de kantonrechter de billijke vergoeding vaststellen op een bedrag van € 8.000 bruto, waarbij aansluiting is gezocht bij ruim drie maandsalarissen. Naar het oordeel van de kantonrechter wordt werkneemster door dit bedrag in voldoende mate gecompenseerd voor het handelen aan de kant van het Maasstad Ziekenhuis en de gevolgen daarvan voor haar en haar inkomen.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 31-03-2021

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2021:3058

Zaaknummer: 8940366 / VZ VERZ 20-20485

Rechters: M. Verkerk

Advocaten: mr. P. Tchai en D. Hogenboom

Wetsartikelen: 7:671c BW

RECHTSPRAAK

Vernietiging van ontslag op staande voet vanwege liegen over ziekte, disfunctioneren en nevenactiviteiten. Deze verwijten leveren geen dringende reden voor ontslag op staande voet op. De arbeidsovereenkomst duurt voort dus loonvordering toegewezen.

Feiten

Werkneemster is op 22 juni 2020 voor bepaalde tijd in dienst getreden bij Call Cogens B.V. (hierna: Cogens) in de functie van receptioniste. Op 20 juli 2020 is de arbeidsovereenkomst door een tweede arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd vervangen. In de arbeidsovereenkomst is een verbod op het verrichten van nevenwerkzaamheden opgenomen. Werkneemster is actief in de paardensport en verhuurt stallen. Bij brief van 26 oktober 2020 heeft Cogens een waarschuwing gegeven vanwege ongeoorloofde afwezigheid en disfunctioneren. Op dinsdag 27 oktober 2020 is werkneemster naar huis gegaan in verband met mogelijke coronagerelateerde klachten. Op vrijdag 30 oktober 2020 heeft werkneemster aan Cogens gemeld dat zij geen corona heeft, maar dat zij nog steeds ziek is. Omdat de directeur van Cogens van collega's vernam dat zij werkneemster (mogelijk) hebben zien rijden in de bedrijfsauto, heeft hij werkneemster driemaal per Whatsapp gevraagd of zij op maandag 2 november 2020 weer kon komen werken. Werkneemster heeft aangegeven hier nog niet toe in staat te zijn. Daarop is de directeur naar het door werkneemster opgegeven verblijfsadres, alsmede het adres van haar partner, gereden. Aldaar kreeg de directeur te horen dat werkneemster niet ziek in bed lag, maar onderweg was met een paard. Werkneemster is op 2 november 2020 op het werk verschenen. Daar is haar medegedeeld dat zij op staande voet is ontslagen, vanwege leugens omtrent haar ziekte, disfunctioneren en schending van het verbod op nevenactiviteiten. In deze procedure verzoekt werkneemster vernietiging van het ontslag op staande voet, alsmede betaling van een transitievergoeding, billijke vergoeding en gefixeerde schadevergoeding.

Oordeel

De kantonrechter overweegt allereerst dat Cogens bredere verwijten aan het ontslag op staande voet ten grondslag legt, dan dat zij in de ontslagbrief heeft uiteengezet. Naar het oordeel van de kantonrechter valt de leugen van werkneemster niet te kwalificeren als een dringende reden. Allereerst acht de kantonrechter relevant dat Cogens niet onderbouwd heeft betwist dat werkneemster ziek was. Er is immers geen bedrijfsarts ingeschakeld. Ook is de directeur te ver gegaan door werkneemster – in het weekend – meerdere Whatsappberichten te zenden en haar op te zoeken op het opgegeven verblijfsadres en dat van haar partner.

Werkneemster is hierdoor op onaanvaardbare wijze onder druk gezet. Verder acht de kantonrechter relevant dat een werknemer niet gehouden is een werkgever op de hoogte te brengen van de aard van de klachten en dat een werkgever bovendien ook niet kan beoordelen of een werknemer ziek is. Ook het disfunctioneren behelst geen dringende reden. Aangezien postverwerking niet tot haar hoofdtaken behoorde en werkneemster – met medeweten van de officemanager – plotseling moest vertrekken omdat zij buikgriepklachten had (ter voorkoming van verspreiding een eventuele coronabesmetting), kan het werkneemster niet worden aangerekend dat zij de post heeft laten liggen. De kantonrechter is tot slot van oordeel dat de werkzaamheden van werkneemster voor haar paardenpension evenmin een dringende reden opleveren. Er was niet al bij aanvang van de arbeidsovereenkomst sprake van professionele activiteiten. Daarnaast staat buiten kijf dat deze werkzaamheden niet concurrerend waren voor Cogens. De conclusie is derhalve dat het ontslag op staande voet zal worden vernietigd. Het gevolg is dat er op 2 november 2020 geen opzegging van de arbeidsovereenkomst heeft plaatsgevonden. De arbeidsovereenkomst duurt nog voort en de loonvordering wordt toegewezen.

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 12-02-2021

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2021:1931

Zaaknummer: 8950294 AZ VERZ 20-153

Rechters: P.H.M. Kuster

Advocaten: F.H.I. Hundscheid en W.J.H. van Loo

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

RECHTSPRAAK

Aanbiedplicht in cao kan tot kwalificatie ‘overgang onderneming’ leiden. Berekening transitievergoeding in verband met objectwisselingen.

Feiten

Werkneemster is op 10 mei 2007 als schoonmaakster in dienst getreden bij schoonmaakbedrijf Novon Schoonmaak Gebouwen B.V. (hierna: Novon). Werkneemster is per die datum tewerkgesteld op het object Artez. In december 2008 heeft het schoonmaakbedrijf ISS als gevolg van een heraanbesteding het object Artez verworven. Werkneemster heeft aansluitend op grond van een met ISS gesloten arbeidsovereenkomst haar werkzaamheden op het object Artez voortgezet. Op 1 februari 2014 is het object Artez als gevolg van een nieuwe heraanbesteding wederom aan Novon gegund. Werkneemster heeft toen haar werkzaamheden op het object Artez voortgezet op grond van een met Novon gesloten arbeidsovereenkomst. Op 7 november 2019 is de arbeidsovereenkomst met werkneemster vanwege langdurige arbeidsongeschiktheid beëindigd. In eerste aanleg was de hoogte van de transitievergoeding, vanwege de duur van het dienstverband, in geschil. De kantonrechter heeft toen geoordeeld dat ISS in 2008 en Novon in 2014 kwalificeerden als ‘opvolgend werkgever’, alsmede dat bij project Artez sprake was van overgang van onderneming. Voorafgaand aan 2007 was echter geen sprake van een overgang van onderneming tussen ISS en Novon. Tegen dit oordeel heeft werkneemster hoger beroep ingesteld.

Oordeel

Het hof begint met de stelling van werkneemster dat bij de contractwisselingen steeds sprake is geweest van een overgang van onderneming. Het hof overweegt dat Novon in 2008 de overdragende partij was. Zij wist dus wie er op het object Artez voor haar werkzaam waren en wie bij ISS in dienst kwamen. Novon moet bij het verwerven van de opdracht wel een redelijk beeld hebben gehad van de hoeveelheid personeel (en het aantal arbeidsuren) dat voor de uitvoering van de opdracht van Artez nodig was. Dat de 21 personen op de aanbiedingslijst geen wezenlijk deel daarvan vormden, heeft zij niet gesteld en aannemelijk gemaakt. Ook hun deskundigheid heeft Novon niet betwist. Het gaat hier niet om gespecialiseerd schoonmaakwerk, maar om basisschoonmaakwerk. En desgevraagd heeft Novon ter zitting niet kunnen aangeven welke, voor dit geval relevante, factoren van de ‘Spijkerscriteria’ eraan in de weg staan de personeelsovergangen in 2008 en 2014 te kwalificeren als overgang van onderneming. Daarom gaat het hof ervan uit dat werkneemster zowel in 2008 als in 2014

krachtens overgang van onderneming in dienst is gekomen van het opvolgende schoonmaakbedrijf. En daarmee staat vast dat haar anciënniteit voor de berekening van de transitievergoeding in ieder geval begint op 10 mei 2007. Voorts stelt werkneemster zich op het standpunt dat zij in 2014, bij de overgang van onderneming van ISS naar Novon, de anciënniteit 'erfde' die zij bij ISS op een ander schoonmaakobject had opgebouwd vanaf 26 augustus 1993. Het hof constateert dat werkneemster geen verifieerbare informatie heeft gegeven over de periode van juni 2007 tot 1 december 2008. Daarmee is niet gebleken van een doorlopend dienstverband bij ISS vanaf 1993 dat overliep in de arbeidsovereenkomst met ISS per 1 december 2008 als gevolg van de contractwisseling bij Artez. Het hof merkt daarbij nog op dat duidelijk is dat ISS zich bij het opgeven van de dienstjaren van bij Artez ingezet personeel begin 2014 niet heeft beperkt tot de dienstjaren op alleen dit schoonmaakobject. De conclusie moet daarom zijn dat er op grond van overgang van onderneming in 2014 geen reden is voor het meetellen van dienstjaren bij ISS voorafgaand aan het jaar 2008. Het hof komt tot het oordeel dat werkneemster weliswaar terecht heeft aangevoerd dat de kantonrechter nog had moeten beoordelen of haar vóór 1 december 2008 liggende dienstjaren bij ISS meetelden op grond van de overgang van onderneming in 2014, maar toetsing in hoger beroep leidt uiteindelijk niet tot een ander oordeel over het startmoment voor berekening van de transitievergoeding.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 01-04-2021

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2021:3137

Zaaknummer: 200.287.488/01

Rechters: M.E.L. Fikkers, W.P.M. ter Berg en W.A. Zondag

Advocaten: L. van Luipen en R.H. Edema-Spaans

Wetsartikelen: 7:662 BW, 7:663 BW en 7:673 BW

RECHTSPRAAK

Rechtsgeldig ontslag op staande voet van caissière voor het zonder betalen meegeven van pakjes sigaretten aan een bekende. Gelet op de camerabeelden en de door werkneemster gegeven verklaringen is het niet aannemelijk dat sprake is van een fout. Verzoeken om betaling billijke vergoeding, gefixeerde schadevergoeding en transitievergoeding afgewezen.

Feiten

Werkneemster is op 21 april 2019 als kassamedewerkster in dienst getreden bij Detailconsult Personeel B.V. (hierna: Detailconsult) op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd tot 20 maart 2021. In het bedrijfsreglement zijn diverse bepalingen omtrent diefstal opgenomen. Op 17 oktober 2020 heeft werkneemster vijf pakjes sigaretten overhandigd aan een klant (de moeder van een vriendin). De klant heeft twee van de vijf pakjes afgerekend, voor de andere drie pakjes is niet betaald. De supermarktmanager van Detailconsult heeft op 19 oktober 2020 opgemerkt dat op de betreffende bon een regelcorrectie stond. Hij zag hierin aanleiding om de sigarettenbalans te controleren, waaruit volgde dat drie pakjes sigaretten misten. Op 24 oktober 2020 heeft werkneemster in een gesprek verklaard dat zij deze drie pakjes inderdaad aan de moeder van een vriendin heeft meegegeven. Detailconsult heeft werkneemster daarop op 24 oktober op staande voet ontslagen en bij brief van 26 oktober 2020 heeft Detailconsult het ontslag op staande voet schriftelijk aan werkneemster bevestigd. In deze procedure verzoekt werkneemster aan haar een billijke vergoeding van € 1.254,34 bruto toe te kennen.

Oordeel

Naar het oordeel van de kantonrechter is het ontslag op staande voet rechtsgeldig gegeven. Het staat vast dat werkneemster drie pakjes sigaretten heeft meegegeven, zonder dat daarvoor betaald is. Op 24 oktober 2020 heeft zij mondeling en schriftelijk verklaard dat de klant haar gevraagd had dat te doen en dat werkneemster het heeft gedaan omdat ze haar zielig vond. De kantonrechter overweegt dat zelfs als het transcript van het gesprek van 24 oktober 2020 een onjuiste weergave geeft, de combinatie van de camerabeelden en de handgeschreven verklaring van werkneemster maakt dat geconcludeerd moet worden dat werkneemster bewust de pakjes sigaretten heeft meegegeven. Op de camerabeelden is immers te zien dat werkneemster één pakje sigaretten op de kassalade legt en één pakje scant en vervolgens beide pakjes aan de klant geeft. Daarna heeft werkneemster drie pakjes in haar hand, waarvan

ze twee keer hetzelfde pakje scant en alle drie de pakjes aan de klant overhandigt. Dit alles gaat in vloeiende bewegingen; uit de beelden blijkt niet dat er sprake is van een gesprekje over het aantal pakjes of enige verwarring. Mede gelet op de interne bedrijfsregels van Detailconsult is naar het oordeel van de kantonrechter sprake van een dringende reden voor ontslag op staande voet. Verder is de kantonrechter van oordeel dat het ontslag op staande voet onder de betreffende omstandigheden onverwijld is gegeven. Het ontslag op staande voet is derhalve rechtsgeldig en het verzoek van werknemster om toekenning van een billijke vergoeding en een vergoeding wegens onregelmatige opzegging worden afgewezen. De feiten en omstandigheden brengen ook mee dat het eindigen van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van handelen of nalaten van werknemster dat als ernstig verwijtbaar moet worden aangemerkt, op grond waarvan een transitievergoeding evenmin verschuldigd is.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 17-02-2021

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2021:2624

Zaaknummer: 8914592 / AO VERZ 20-194

Rechters: P.A. Charbon

Advocaten: C.M. de Wijs en R.J. Stoop

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

RECHTSPRAAK

Toewijzing betaling gratificaties, transitievergoeding en gefixeerde schadevergoeding na einde dienstverband na twee jaar ziekte.*Feiten*

Werknemer is op 1 november 1984 in dienst getreden bij werkgeefster. In de jaren 1987 tot en met 2019 heeft werknemer steeds een jaarlijkse gratificatie ontvangen, met uitzondering van de jaren 1996 en 2015. Werknemer heeft zich op 10 december 2018 ziek gemeld in verband met een burn-out en is arbeidsongeschikt gebleven. Het UWV heeft werknemer volledig en duurzaam arbeidsongeschikt geoordeeld en hem bij beslissing van 18 december 2020 een IVA-uitkering toegekend per 10 december 2020. Op 21 december 2020 schreef werkgeefster aan werknemer dat een ontslaaanvraag bij het UWV is ingediend. Werknemer heeft niet op brieven van werkgeefster gereageerd, maar in een reactie op de ontslaaanvraag heeft werknemer aangegeven dat werkgeefster niet-ontvankelijk moet worden verklaard. In deze procedure verzoekt werknemer betaling van de gratificaties over 2019 en 2020, alsmede een transitievergoeding en een gefixeerde schadevergoeding.

*Oordeel**De gratificaties over 2019 en 2020*

De kantonrechter oordeelt dat werkgeefster de gratificaties over 2019 en 2020 aan werknemer is verschuldigd, omdat uit de arbeidsovereenkomst niet blijkt dat persoonlijk functioneren als voorwaarde is opgenomen voor toekenning van een gratificatie. Gratificatie is slechts afhankelijk gesteld van het bedrijfsresultaat en niet is gebleken dat het niet-toekennen van een gratificatie is gebaseerd op dit bedrijfsresultaat. Werkgeefster kan het werknemer niet verwijten dat hij geen bijdrage heeft geleverd aan het bereiken van het bedrijfsresultaat en de gevolgen daarvan komen voor rekening en risico van werkgeefster. Voorts overweegt de kantonrechter dat het niet uitbetalen van een gratificatie aan een zieke werknemer tot een ongeoorloofd onderscheid tussen een zieke en niet zieke medewerker leidt. Gezien de ziekte van werknemer en het beleid van werkgeefster dat in het tweede ziektejaar 70% van het salaris wordt uitbetaald, zal over 2019 een gratificatie van 100% van één maandsalaris en over 2020 een gratificatie van 70% van één maandsalaris worden toegewezen.

Transitievergoeding

De kantonrechter overweegt dat tussen partijen niet in geschil is dat werkgeefster aan werknemer een transitievergoeding verschuldigd is. Partijen verschillen echter van mening

over de hoogte van de transitievergoeding. De kantonrechter oordeelt dat aan werknemer een bedrag van € 102.756,29 aan transitievergoeding toekomt (gebaseerd op het brutomaandsalaris van € 8.563,02, vermeerderd met de vast overeengekomen looncomponenten). Bij de berekening van dit bedrag is het gemiddelde van de over 2017, 2018 en 2019 verschuldigde gratificaties (€ 9.431,33) meegenomen. De kantonrechter volgt werkgeefster niet in haar stelling dat kosten in het kader van het tweede spoor voor werknemer in mindering moeten worden gebracht op de transitievergoeding, omdat niet aan de voorwaarden van het Besluit voorwaarden in mindering brengen kosten op transitievergoeding is voldaan.

Gefixeerde schadevergoeding

Werkgeefster stelt dat de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden is beëindigd. Gezien de gemotiveerde betwisting van werknemer is het echter onvoldoende om dit uit de WIA-aanvraag van werknemer te concluderen. Dit geldt tevens voor de enkele berusting van werknemer in het door werkgeefster geïnitieerde ontslag. Nu geen sprake is van een verleende ontslagvergunning, noch van beëindiging met wederzijds goedvinden, heeft werkgeefster de arbeidsovereenkomst met werknemer op onregelmatige wijze opgezegd. Het verzoek tot toewijzing van de gefixeerde schadevergoeding van werknemer wordt toegewezen, met dien verstande dat de kantonrechter uit billijkheidsoverwegingen wel aanleiding ziet om het door werkgeefster gedane beroep op matiging toe te wijzen.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 29-03-2021

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2021:1190

Zaaknummer: 9015874 / LE VERZ 21-6

Rechters: R.M. Berendsen

Advocaten: D.B. Muller en A.G.P. van der Baan

Wetsartikelen: 7:628 BW, 7:672 BW en 7:673 BW

RECHTSPRAAK

Minister heeft in redelijkheid tot algemeen verbindend verklaring Cao voor Uitzendkrachten kunnen komen. Geen strijd met artikel 2 Wet AVV. Begrip ‘werkzame personen’ laat ruimte om het aantal in de bedrijfstak werkzame personen gemeten in fte’s tot uitgangspunt te nemen. Verdere duiding CNV/Pennwalt.

Feiten

Stichting Naleving Cao voor Uitzendkrachten (hierna: ‘SNCU’) heeft mede als taak het toezien op correcte naleving van de Cao voor Uitzendkrachten (hierna: ‘Cao Uitzend’) en de Cao Sociaal Fonds voor de Uitzendbranche (hierna gezamenlijk: ‘de cao’s’). De cao’s zijn tussen 2009 en 2014 gedurende verschillende periodes algemeen verbindend verklaard.

Inforcontracting B.V., thans genaamd STFR Beheer B.V. (hierna: ‘Inforcontracting’) houdt zich bezig met het beschikbaar stellen van (hoofdzakelijk Poolse) arbeidskrachten bij opdrachtgevers in Nederland. Zij is niet aangesloten bij een van de Cao-partijen, maar valt wat de werkingssfeer betreft wel onder het bereik van de cao’s. SNCU heeft in eerste aanleg onder meer gevorderd dat de kantonrechter Inforcontracting veroordeelt tot naleving van de cao’s indien en voor zover deze algemeen verbindend zijn verklaard en tot nabetaling van € 817.022 aan de betrokken werknemers over de periode 2010-2011. Verder heeft zij een verklaring voor recht gevorderd dat Inforcontracting verplicht is tot terugbetaling van alle inhoudingen die zij in de periode 2010-2011 heeft gedaan op grond van de extraterritorialekostenregeling (hierna: de ET-regeling) van artikel 22 lid 5 Cao Uitzend. De kantonrechter heeft deze vorderingen toegewezen, waarbij hij Inforcontracting heeft veroordeeld tot nabetaling van € 811.174 aan de betrokken werknemers over de periode 2010-2011. Het hof heeft het vonnis van de kantonrechter bekrachtigd.

Oordeel

De Hoge Raad oordeelt als volgt.

Vaststellen representativiteit

Inforcontracting stelt in cassatie allereerst dat het in strijd is met artikel 2 Wet AVV om, ter vaststelling van de representativiteit, cijfers te gebruiken die niet gebaseerd zijn op het aantal in de branche werkzame personen, maar op fte’s, terwijl het UWV over concrete cijfers omtrent het aantal uitzendkrachten beschikt. De Hoge Raad overweegt op dit punt als volgt. Ingevolge artikel 2 lid 1 Wet AVV kan de minister bepalingen van een cao die gelden voor een,

naar zijn oordeel belangrijke, meerderheid van de in een bedrijfstak werkzame personen algemeen verbindend verklaren. Aan de minister komt een ruime mate van beleids- en beoordelingsruimte toe bij de beantwoording van de vraag welke bronnen aan de gegevensverstrekking voor de vaststelling van de representativiteit ten grondslag gelegd mogen worden. Het hof heeft (in r.o. 3.5) geoordeeld dat niet gezegd kan worden dat de minister niet in redelijkheid de CBS-methode mocht hanteren voor het vaststellen van de representativiteit. Aan dit oordeel ligt mede ten grondslag de overweging dat het tellen van aantallen werknemers in de uitzendbranche minder eenduidig is dan bij werknemers met een vast, dan wel vaster, dienstverband, zodat het gebruik van verschillende gegevensbronnen en methodieken bij deze telling denkbaar is. Dit oordeel geeft in het licht van de ruime mate van beleids- en beoordelingsruimte die de minister toekomt, geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. In het bijzonder behoefde het hof zich van dit oordeel niet te laten weerhouden door het feit dat artikel 2 lid 1 Wet AVV spreekt van ‘in een bedrijf werkzame personen’. Dit begrip ‘werkzame personen’ laat ook ruimte voor de minister om bij de beoordeling van de representativiteit het aantal in de bedrijfstak werkzame personen gemeten in fte’s tot uitgangspunt te nemen. Het oordeel is evenmin onvoldoende gemotiveerd.

Nabetalingsvordering en terugbetaling inhoudingen

Inforcontracting stelt zich voorts op het standpunt dat rechtens onjuist is dat het hof (1) de nabetalingsvordering van SNCU en (2) de vordering tot verklaring voor recht dat Inforcontracting verplicht is over te gaan tot terugbetaling van alle inhoudingen die zij tijdens de periode 2010-2011 heeft gedaan op het loon van de werknemers uit hoofde van de ET-regeling, ongeclausuleerd heeft toegewezen. Een dergelijke vordering kan slechts betrekking hebben op werknemers die op een dergelijke nakoming aanspraak wensen te maken en ook kunnen maken. Bij toewijzing van een dergelijke vordering moet deze clausulering tot uitdrukking worden gebracht in het dictum, aldus Inforcontracting. De Hoge Raad volgt dit standpunt niet. Zoals de Hoge Raad in zijn arrest van 19 maart 2021 (zie AR 2021-0326) heeft overwogen, heeft de overweging in het arrest *CNV/Pennwalt* (zie AR 2021-0322) dat de toewijzing van de nakomingsvordering alleen betrekking kan hebben op de nakoming van een verplichting van de werkgever jegens werknemers die daarop aanspraak *kunnen* maken, geen andere strekking dan dat de werkgever op vordering van een werknemersorganisatie slechts gehouden kan zijn tot het verrichten van een prestatie jegens zijn werknemers indien en voor zover deze werknemers in hun verhouding tot de werkgever op deze prestatie recht hebben. Dit moet in het dictum van de uitspraak tot uitdrukking worden gebracht, indien daarin de werkgever wordt veroordeeld tot het verrichten van een prestatie jegens zijn werknemers. Wat betreft de nabetalingsvordering (ad 1) is in het dictum van het arrest van het hof tot uitdrukking gebracht dat Inforcontracting slechts is gehouden tot het verrichten van nabetalingen waarop de werknemers aanspraak kunnen maken. In zoverre kan de hiervoor weergegeven klacht van Inforcontracting dus niet tot cassatie leiden. Wat betreft de verklaring voor recht (ad 2) geldt het volgende. Deze houdt in dat Inforcontracting uit hoofde van de algemeen verbindend verklaarde Cao Uitzend verplicht is tot terugbetaling over te gaan van alle inhoudingen die zij tijdens de periode van 2010/2011 heeft gedaan op het loon van haar

werknemers uit hoofde van artikel 22 lid 5 Cao Uitzend. Het hof heeft de door de kantonrechter gegeven verklaring voor recht bekrachtigd omdat het, evenals de kantonrechter, van oordeel was dat niet was voldaan aan de in artikel 22 lid 5 Cao Uitzend gestelde eis dat de uitruil van loon vooraf schriftelijk met de uitzendkracht is overeengekomen en wordt vastgelegd in (een aanvulling op) de arbeidsovereenkomst (r.o. 3.42). Daarbij heeft het hof vastgesteld dat Inforcontracting niet is opgekomen tegen de overweging in het eindvonnis van de kantonrechter dat gesteld noch gebleken is dat Inforcontracting de desbetreffende regeling ten aanzien van de niet bij de steekproef betrokken werknemers anders heeft toegepast, zodat moet worden aangenomen dat alle inhoudingen in strijd zijn met de cao (r.o. 3.43). Dit oordeel is in cassatie niet bestreden. In cassatie is dus uitgangspunt dat aan de toepassingsvoorwaarden voor de ET-regeling niet is voldaan. In de verklaring voor recht, gelezen in samenhang met de overwegingen waarop deze berust, is aldus tot uitdrukking gebracht dat alle werknemers ten laste van wie uit hoofde van deze regeling inhoudingen zijn gedaan, aanspraak kunnen maken op terugbetaling daarvan. Ook in zoverre kan de klacht niet tot cassatie leiden. Voorts heeft de Hoge Raad in het hiervoor bedoelde arrest van 19 maart 2021 overwogen dat r.o. 3.6 van het arrest *CNV/Pennwalt* niet inhoudt dat iedere toewijzing van een vordering van een werknemersorganisatie tot nakoming van cao-verplichtingen van een werkgever jegens werknemers, afhankelijk dient te worden gesteld van de wens van de werknemers tot nakoming van de gevorderde prestatie. In het oordeel van het hof ligt besloten dat de toewijzing van de vorderingen, die de strekking hebben dat Inforcontracting wordt veroordeeld om haar werknemers overeenkomstig de Cao Uitzend te verlonen, niet afhankelijk is van de wens van de werknemers tot nakoming van deze prestatie door Inforcontracting en dat daarom in het dictum niet tot uitdrukking behoeft te worden gebracht dat de toewijzing alleen betrekking heeft op werknemers die aanspraak willen maken op nakoming van deze prestatie. Dit oordeel getuigt niet van een onjuiste rechtsopvatting. Op grond van het voorgaande verwerpt de Hoge Raad het beroep.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 09-04-2021

ECLI: ECLI:NL:HR:2021:537

Zaaknummer: 19/05562

Rechters: M.V. Polak, G. Snijders, T.H. Tanja-van den Broek, F.J.P. Lock en A.E.B. ter Heide

Advocaten: F.M. Dekker, M.S. van der Keur en D.M. de Knijff

Wetsartikelen: 2 Wet AVV

RECHTSPRAAK

Booking.com ‘bemiddelt’ in de uitoefening van haar bedrijf bij het tot stand komen van overeenkomsten op het gebied van reizen. Daarom is zij een ‘(online) reisagent’ en – mogelijk – verplicht zich aan te sluiten bij het Bedrijfstakpensioenfonds voor de Reisbranche.

Feiten

De Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor de Reisbranche (hierna: ‘Bpf Reisbranche’) heeft tot doel het uitkeren en het doen uitkeren van pensioenen aan de (gewezen) deelnemers en hun nabestaanden. Deelneming in de Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor de Reisbranche is verplicht gesteld voor werknemers van 21 tot 67 jaar die werkzaam zijn in de reisbranche. Booking.com is in 1996 als Nederlandse IT-start up opgericht. Op de website van Booking.com staat dat het hun missie is vakantiegangers en zakenreizigers te helpen ‘met het gemakkelijk ontdekken, reserveren en genieten van een verblijf in de beste accommodaties ter wereld’. Bpf Reisbranche heeft in eerste aanleg een verklaring voor recht gevorderd dat Booking.com verplicht is deel te nemen aan Bpf Reisbranche. Zij heeft daaraan ten grondslag gelegd dat Booking.com is aan te merken als ‘(online) reisagent’ als bedoeld in het verplichtstellingsbesluit en het wijzigingsbesluit 2015, omdat zij bemiddelt bij de totstandkoming van overeenkomsten op het gebied van reizen. Booking.com betwist dit. De kantonrechter heeft de vorderingen van Bpf Reisbranche afgewezen op de grond dat van bemiddeling bij de totstandkoming van een reisovereenkomst geen sprake is. Het hof heeft het vonnis van de kantonrechter bekrachtigd. Het hof heeft geoordeeld dat voor de beantwoording van de vraag of Booking.com een ‘(online) reisagent’ is in de betekenis van het verplichtstellingsbesluit, beslissend is of haar bedrijfsactiviteit valt onder de omschrijving ‘bemiddelt bij het tot stand komen van overeenkomsten op het gebied van reizen in de ruimste zin des woords, waaronder worden begrepen overeenkomsten inzake vervoer, verblijf en pakketreizen’, en dat het debat van partijen zich toespitst op de vraag of Booking.com bemiddelt. Het hof heeft geoordeeld dat dit niet het geval is, nu – kort gezegd - de betrokkenheid van Booking.com bij de totstandkoming van een overeenkomst tussen de accommodatieverstrekkers en de bezoekers van de website slechts bestaat uit het scheppen van de mogelijkheid tot het via een geboden platform bij elkaar komen van vraag en aanbod. Bpf Reisbranche heeft tegen het arrest van het hof beroep in cassatie ingesteld.

Oordeel

De Hoge Raad oordeelt als volgt.

Het begrip 'bemiddelen'

Het verplichtstellingsbesluit is, evenals het wijzigingsbesluit 2015, recht in de zin van artikel 79 Wet RO en op de uitleg daarvan is, zoals het hof terecht voorop heeft gesteld, de zogenoemde cao-norm van toepassing. In het verplichtstellingsbesluit wordt geen omschrijving van het begrip 'bemiddelen' gegeven. Het ligt voor de hand om acht te slaan op de betekenis van 'bemiddeling' in artikel 7:425 e.v. BW. Ingevolge voornoemd artikel is voor het kunnen aannemen van bemiddeling vereist dat de tussenpersoon 'werkzaam [is] bij het tot stand brengen van een of meer overeenkomsten tussen de opdrachtgever en derden'. Niet vereist is dat de tussenpersoon zelf de overeenkomst(en) ten behoeve van de opdrachtgever sluit; voldoende is dat zijn werkzaamheden eraan bijdragen dat opdrachtgever en de derde de overeenkomst(en) kunnen sluiten. Een en ander stemt in de kern overeen met de taalkundige betekenis van het begrip 'bemiddelen'. Of werkzaamheden als bemiddeling aangemerkt moeten worden, hangt af van de omstandigheden van het geval. Hierover merkt de Hoge Raad het volgende op. Indien de tussenpersoon een vergoeding bedingt naar aanleiding van het tot stand komen van de overeenkomst tussen de derde en de wederpartij, wijst dat op bemiddeling. Ingevolge artikel 7:426 lid 1 BW verkrijgt de tussenpersoon immers recht op loon zodra door zijn bemiddeling de overeenkomst tot stand is gekomen. De aard, omvang en intensiteit van de door een tussenpersoon te verrichten werkzaamheden kunnen variëren; om van bemiddeling te kunnen spreken, behoeven die werkzaamheden niet veelomvattend te zijn. Opmerking verdient dat in de onderhavige zaak niet beslissend is of bij het tot stand brengen van een concrete overeenkomst tussen een accommodatiehouder en een derde sprake is geweest van bemiddeling door Booking.com, maar of Booking.com (in de woorden van het verplichtstellingsbesluit) 'in de uitoefening van haar bedrijf bemiddelt bij het tot stand komen van overeenkomsten', en daarom – indien ook aan de overige voorwaarden is voldaan – verplicht is deel te nemen in het bedrijfstakpensioenfonds van Bpf Reisbranche. In dat verband gaat het erom hoe het bedrijfsmodel van Booking.com is ingericht. Als het online reserveringsplatform van Booking.com erop gericht is of ertoe uitnodigt dat derden met behulp van diensten of faciliteiten van het platform overeenkomsten met accommodatiehouders aangaan en Booking.com een beloning ontvangt voor het aldus tot stand komen van die overeenkomsten, behelst het bedrijfsmodel 'bemiddelen' in de zin van het verplichtstellingsbesluit. Hieraan staat niet in de weg dat de mogelijkheid bestaat dat de website van Booking.com door bezoekers daarvan in voorkomend geval ook kan worden gebruikt om het aanbod van verscheidene accommodatiehouders te bekijken teneinde vervolgens zelf (buiten de website van Booking.com om) contact op te nemen met een accommodatiehouder om een overeenkomst te sluiten.

Beoordeling klachten

Volgens Bpf Reisbranche heeft het hof miskend dat Booking.com reeds door het bieden van de mogelijkheid om via haar website de overeenkomst met de accommodatieverstrekker aan te gaan, en door klanten en aanbieders van de accommodaties de administratieve verwerking uit handen te nemen doordat zij de reserveringsgegevens aan de aanbieder verstrekt en de bevestiging aan de reiziger, werkzaamheden verricht die eraan bijdragen dat

reisovereenkomsten tot stand komen. De Hoge Raad volgt Bpf Reisbranche hierin. Zoals volgt uit hetgeen hiervoor is overwogen, is hiermee sprake van werkzaamheden die dienstbaar zijn aan het tot stand brengen van de reisovereenkomsten. Ook richt Bpf Reisbranche zich in cassatie terecht op de overweging van het hof dat een accommodatieverstrekker commissie verschuldigd is aan Booking.com voor de plaatsing van de accommodatie op de website van Booking.com. Die overweging acht de Hoge Raad onbegrijpelijk, nu tussen partijen vaststaat dat Booking.com als onderdeel van haar contractuele relatie met de aanbieder van de accommodatie, een commissie van de aanbieder ontvangt (niet voor het plaatsen van de accommodatie op de website, maar) nadat de gast bij de accommodatie van de aanbieder heeft verbleven of gebruik heeft gemaakt van de service of het product.

Conclusie

De Hoge Raad stelt concluderend vast (1) dat Booking.com een online reserveringsplatform exploiteert waarop accommodaties van aanbieders worden getoond, (2) dat klanten op die website een accommodatie van die aanbieders kunnen boeken, (3) dat de administratieve verwerking daarvan geschiedt doordat Booking.com via haar website de reserveringsgegevens aan de aanbieder verstrekt en de bevestiging aan de reiziger en (4) dat Booking.com een commissie van de aanbieder ontvangt nadat de klant bij de accommodatie van de aanbieder heeft verbleven of gebruik heeft gemaakt van de service of het product. Een en ander laat geen andere conclusie toe dan dat Booking.com in de uitoefening van haar bedrijf 'bemiddelt bij het tot stand komen van overeenkomsten op het gebied van reizen', en dus een '(online) reisagent' is, een en ander zoals bedoeld in het verplichtstellingbesluit. De Hoge Raad vernietigt het arrest van het Hof Amsterdam en verwijst het geding naar het Hof Den Haag ter verdere behandeling en beslissing.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 09-04-2021

ECLI: ECLI:NL:HR:2021:527

Zaaknummer: 19/04002

Rechters: C.A. Streefkerk, M.J. Kroeze, C.H. Sieburgh, F.J.P. Lock en A.E.B. ter Heide

Advocaten: D.M. de Knijff, M.S. van der Keur en S.F. Sagel

Wetsartikelen: 7:425 BW

RECHTSPRAAK

Er is geen sprake van een aanbod van een nieuwe functie, dat werknemer heeft aanvaard als nieuw bedongen arbeid. Werknemer mocht er ook niet gerechtvaardigd op vertrouwen dat de ‘passende arbeid’ de bedongen arbeid is geworden.

Feiten

Werknemer is sinds 1 september 2008 in dienst van werkgever. Op 16 september 2015 werd werknemer ziek. Partijen hebben daarna twee jaar lang gewerkt aan re-integratie. Het UWV heeft beslist dat werknemer geen arbeidsongeschiktheidsuitkering (WIA) krijgt, omdat hij per september 2017 ongeveer 80% van zijn oude loon kon verdienen. Ook na 2017 hebben partijen verschillende gesprekken gevoerd over aanpassingen van de taken van werknemer. Op 26 oktober 2020 is werknemer opnieuw ziek geworden. Sindsdien heeft hij niet meer voor werkgever gewerkt. Met een brief van 18 november 2020 heeft werkgever aan werknemer laten weten per 1 december 2020 geen salaris meer te betalen. Werknemer vordert wedertewerkstelling en loon.

Oordeel

De kantonrechter stelt dat er twee mogelijkheden bestaan, namelijk dat het andere werk de ‘nieuw bedongen arbeid’ is geworden dan wel dat de werknemer erop mocht vertrouwen dat het werk dat hij verricht, dat past bij zijn beperkingen (passende arbeid), de bedongen arbeid is geworden. Werknemer heeft ter onderbouwing van zijn standpunt dat sprake is van ‘nieuw bedongen arbeid’ een gespreksverslag overgelegd, waaruit zou blijken dat re-integratie, na volledig herstel, zou zijn afgerond. Die bevestiging leest de kantonrechter niet. Uit het verslag blijkt dat werkgever niet volledig tevreden was met het functioneren van werknemer. Verder schrijft werkgever dat de functienaam ‘voorlopig’ is. Die omschrijving staat er naar het oordeel van de kantonrechter aan in de weg om aan te nemen dat partijen de functie van aankomend productie leider hebben bestempeld als een eindstation. De kantonrechter oordeelt dat uit het gespreksverslag geen aanbod volgt van een nieuwe functie, dat werknemer heeft aanvaard als nieuw bedongen arbeid. Werknemer meent verder dat hij er gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat de ‘passende arbeid’ de bedongen arbeid is geworden. De kantonrechter gaat daar niet in mee. Daarvoor is van belang dat werkgever ook na 2017 met enige regelmaat heeft geprobeerd de functie van werknemer te ‘verzwaren’. Het gesprek dat op 31 maart 2020 is gevoerd, is voor werkgever één van vele geweest die over re-integratie is gegaan. Zijn functie en takenpakket zouden ook na 31 maart 2020 nog onderwerp van gesprek blijven. De kantonrechter ziet daarom niet in dat werknemer er gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat

de arbeid die hij na 31 maart 2020 verrichtte de bedongen arbeid is geworden. Daar komt bij dat de periode tussen 31 maart 2020 en 26 oktober 2020 niet lang genoeg is geweest om ervan te kunnen spreken dat werknemer 'gedurende een niet te korte periode' de passende arbeid heeft verricht. De vorderingen worden afgewezen.

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 31-03-2021

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2021:1449

Zaaknummer: 9048135 \ CV EXPL 21-420

Rechters: U. van Houten

Advocaten: R.F. Kötter en R.W.J.M. Schuurman

Wetsartikelen: 7:658a BW en 7:629 BW

RECHTSPRAAK

Werkgeefster had in overleg moeten treden met werknemers over de gewenste wijziging van de arbeidsvoorwaarden. De eenzijdig doorgevoerde wijziging van primaire arbeidsvoorwaarden is niet rechtsgeldig.

Feiten

Werknemers waren allen tot 1 juli 2008 bij Artis werkzaam als ambtenaar. Met ingang van 1 juli 2008 hebben werknemers hun arbeidsverhouding met Artis voortgezet op basis van een privaatrechtelijke arbeidsovereenkomst. Vanaf dat moment was op de arbeidsovereenkomst de Leisure Cao van toepassing. Daarbij zijn Artis en de vakbonden een overgangsregeling overeengekomen: het Overgangsreglement, dat op werknemer van toepassing werd. Na afloop van de Leisure Cao 2011-2012 is geen nieuwe cao afgesloten, wel is er een personeelsgids opgesteld, die (na overleg met de OR) aan het personeel is verstrekt. Werknemers hebben een verklaring ondertekend dat zij de gids in ontvangst hebben genomen en zich op de hoogte stellen van de inhoud. In de personeelsgids is een wijzigingsbeding opgenomen. Door de coronacrisis halveerde in 2020 het aantal bezoekers van Artis, het aantal verkochte dagkaarten nam met 63% af. Artis heeft vervolgens aangegeven dat zij moet gaan inkrimpen. Per brief d.d. 3 november 2020 heeft Artis laten weten dat de OR een positief advies heeft uitgebracht over de voorgenomen reorganisatie en harmonisatie. Die harmonisatie zou inhouden dat alle werknemer gelijksoortige arbeidsvoorwaarden zouden krijgen zoals beschreven in de personeelsgids. Het Overgangsreglement zou definitief komen te vervallen. Artis heeft de Overgangsregeling per 1 januari 2021 aan de betrokken vakbonden opgezegd. Werknemers hebben zich tegen de wijzigingen verzet, maar Artis heeft de wijzigingen desondanks doorgevoerd. Werknemers vorderen dat Artis wordt veroordeeld alle arbeidsvoorwaarden uit het Overgangsreglement en de Leisure Cao te handhaven.

Oordeel

De centrale vraag die in deze zaak moet worden beantwoord is of Artis de arbeidsvoorwaarden van werknemers per 1 januari 2021 mocht wijzigen.

Eenzijdig wijzigingsbeding

Naar het oordeel van de kantonrechter is ten aanzien van de Overgangsregeling en de Leisure CAO geen rechtsgeldig wijzigingsbeding met werknemers overeengekomen. Een werknemer moet schriftelijk akkoord gaan met een dergelijk beding. Dat is hier niet gebeurd, nu werknemers slechts “voor ontvangst” van de Personeelsgids hebben getekend. Dat zou

mogelijk nog voldoende zijn als het hier ging om wijziging van arbeidsvoorwaarden uit diezelfde Personeelsgids, maar daarvan is geen sprake.

Wijziging zonder eenzijdig wijzigingsbeding

Bij het ontbreken van een eenzijdig wijzigingsbeding is een werknemer in beginsel niet gehouden voorstellen van de werkgever tot wijziging van arbeidsvoorwaarden te aanvaarden. De werkgever zal dan met werknemer(s) onderling overeenstemming over de wijziging moeten zien te bereiken. Niet is gebleken dat Artis heeft geprobeerd overeenstemming met haar werknemers te bereiken. Maar ook als zonder resultaat met de werknemers onderhandeld was, zou het oordeel voorshands zijn dat Artis de door haar gewenste wijzigingen niet mag doorvoeren. Op basis van vaste rechtspraak zouden er drie vragen beantwoord moeten worden. In dat kader is de kantonrechter van oordeel dat het voorstel dat Artis aan de werknemers heeft gedaan niet redelijk is. De wijzigingen zien op primaire arbeidsvoorwaarden en het is een definitieve wijziging terwijl sprake is van (naar te hopen en verwachten) een tijdelijke crisis. Tot slot komt hier nog bij dat het voorstel van Artis slechts geldt voor werknemers die al voor 2008 in dienst waren en niet voor hun collega's die daarna in dienst zijn getreden. Een rechtvaardiging daarvoor is niet gegeven. Ook het beroep op artikel 6:248 lid 2 BW leidt niet tot wijziging van de arbeidsvoorwaarden. De vorderingen worden toegewezen.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 02-04-2021

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2021:1668

Zaaknummer: 9024284 KK EXPL 21-103

Rechters: C.W. Inden

Advocaten: A.A. Dielemans-Buiteman, A. Simsek en I.J. de Laat

Wetsartikelen: 6:248 lid 2 BW, 7:611 BW en 7:613 BW

RECHTSPRAAK

Een e-mail met bevestiging van wat mondeling zou zijn afgesproken is onvoldoende om te worden gekwalificeerd als “schriftelijke overeenkomst tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst”.

Feiten

XFluence is een uitleenbureau. XFluence Group is aandeelhouder en bestuurder van XFluence. X is (indirect) bestuurder en aandeelhouder van XFluence Group. Werknemer en X hebben op 9 oktober 2015 een arbeidsovereenkomst getekend, waarin is bepaald dat werknemer met ingang van 12 oktober 2015 voor onbepaalde tijd in dienst treedt van XFluence. In een brief van X aan de notaris is vermeld dat werknemer heeft aangegeven dat hij medeaandeelhouder wenst te worden, waarmee de aandeelhouders zouden hebben ingestemd. Verder is aangegeven dat werknemer op enig moment als medebestuurder zou worden ingeschreven naast XFluence Group. Bij op 20 februari 2017 verleden notariële akte heeft XFluence Group 15% van haar aandelen in XFluence overgedragen aan A, waarvan werknemer enig aandeelhouder en bestuurder was. Op 17 mei 2018 is aan werknemer een managementovereenkomst toegestuurd. Die is niet door werknemer ondertekend. Bij e-mail van 28 juni 2018 schreef X dat vanaf juni 2018 de verloning zou worden stopgezet, omdat hij medeaandeelhouder zou zijn en een management fee zou ontvangen. Werknemer heeft niet schriftelijk op dit bericht gereageerd. Werknemer drong via Whatsapp geregeld aan op betaling van zijn salaris. XFluence heeft vanaf juli 2018 wisselende bedragen op wisselende data overgemaakt, waarbij zij vermeldde dat het om managementfee ging. A heeft op 22 januari 2019 de aandelen die zij sinds 20 februari 2017 hield in XFluence teruggeleverd aan XFluence Group. Eind 2019 besprak A met werknemer een nieuw bezoldigingsvoorstel. Partijen bereikten geen overeenstemming. Bij brief van 19 maart 2020 heeft werknemer jegens XFluence aanspraak gemaakt op loonbetaling. Werknemer heeft sedert 1 maart 2020 geen werkzaamheden meer voor XFluence verricht. Werknemer heeft XFluence in kort geding gedagvaard tot betaling van loon. De kantonrechter heeft de vorderingen afgewezen. Werknemer komt tegen het vonnis in hoger beroep.

Oordeel

Partijen verschillen van mening over het antwoord op de vraag hoe de tussen hen bestaande rechtsverhouding vanaf 28 juni 2018 is te kwalificeren. Het hof oordeelt dat het uitgangspunt vooralsnog is dat de arbeidsovereenkomst d.d. 12 oktober 2015 voortduurt. Naar het oordeel van het hof is XFluence er niet in geslaagd voldoende aannemelijk te maken dat aan deze arbeidsovereenkomst inmiddels rechtsgeldig een einde is gekomen. XFluence heeft weliswaar

aangetoond dat zij vanaf juni 2018 heeft aangestuurd op een ander soort verhouding dan een arbeidsovereenkomst, maar zij heeft niet aannemelijk gemaakt dat zij hierover met werknemer tot overeenstemming is gekomen. Niet gebleken is dat werknemer op enig moment ondubbelzinnig met een beëindiging van zijn arbeidsovereenkomst heeft ingestemd. Van een schriftelijke overeenkomst tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst – zoals vereist – is niet gebleken. De e-mail met bevestiging van wat mondeling zou zijn afgesproken is daarvoor onvoldoende. Dit betekent dat het hof er voorshands van uit moet gaan dat de arbeidsovereenkomst tussen XFluence en werknemer nog bestaat. Dit betekent niet dat het hof ook voldoende aannemelijk acht dat de bodemrechter in een bodemprocedure de loonvordering van werknemer ongelimiteerd zal toewijzen. Werknemer heeft zich voor de periode sinds maart 2020 ook niet bereid verklaard werkzaamheden te verrichten. Het hof wijst de loonvordering toe voor een periode van zes maanden.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 30-03-2021

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2021:488

Zaaknummer: 200.287.507

Rechters: M.J. van der Ven, M.T. Nijhuis en A.J. Swelheim

Advocaten: W.H.F.L. Rademakers en C. Schmidt

Wetsartikelen: 7:670b BW, 7:623 BW en 7:661 BW

RECHTSPRAAK

Ex-werknemer dient een bedrag van € 263.204,74 terug te betalen voor diefstal van diesel door middel van een calamiteitsleutel, die werknemer na beëindiging van zijn dienstverband onrechtmatig heeft verkregen.

Feiten

X is in dienst geweest van Y B.V. In 2014 is hij op staande voet ontslagen. In verband met enkele feiten die aan het ontslag op staande voet ten grondslag hebben gelegen, is X strafrechtelijk vervolgd voor verduistering van diverse zaken in dienstbetrekking. Bij vonnis van de politierechter van de rechtbank Zeeland-West-Brabant van 13 oktober 2017 is X daarvan vrijgesproken. Y B.V. heeft in januari 2019 na een anonieme tip MIRA Recherche & Adviesbureau te Eersel (hierna: MIRA) verzocht onderzoek te doen naar diefstal van de dieselolie. Naar aanleiding van deze observaties is X op 23 maart 2019 op heterdaad aangehouden bij het stelen van diesel uit een brandstoftank van Y B.V. X was daarbij in het bezit van de digitale sleutel met een bepaald sleutelnummer en had zich daarmee toegang verschaft tot het terrein van Y B.V. MIRA heeft op 24 maart 2019 rapport uitgebracht van haar bevindingen. In een proces-verbaal van bevindingen van 24 maart 2019 heeft de politie verslag gedaan van onderzoek in een garagebox en de woning van X. X is diverse malen verhoord door de politie, waarbij hij zich voornamelijk beriep op zijn zwijgrecht. Bij vonnis van de politierechter Zeeland-West-Brabant is X wegens diefstal, gepleegd in de periode van 23 februari 2019 tot en met 23 maart 2019, veroordeeld tot een werkstraf van 200 uren en een voorwaardelijke gevangenisstraf van twee maanden. In eerste aanleg heeft Y B.V. gevorderd dat X wordt veroordeeld om € 355.505,17 aan haar te betalen, met de werkelijke advocaatkosten, de kosten van MIRA, de beslagkosten, de proceskosten en de nakosten, alles met wettelijke rente. In het bestreden vonnis heeft de rechtbank de vordering van X toegewezen, behalve wat betreft de ingangsdatum van de wettelijke rente over het bedrag van € 355.505,17 en de werkelijke advocaatkosten. In hoger beroep heeft X geconcludeerd tot gedeeltelijke vernietiging van het bestreden vonnis en tot veroordeling van X om haar onder meer te betalen een bedrag van € 374.143,54, met de wettelijke rente vanaf iedere dag dat X zich de diesel heeft toegeëigend alsmede de werkelijke advocaatkosten.

Oordeel

Het staat vast dat X diesel van Y B.V. heeft gestolen en daarmee onrechtmatig jegens Y B.V. heeft gehandeld, wat hem verplicht tot schadevergoeding. Het gaat in deze zaak echter niet alleen om het begroten van schade. Er is immers ook een geschil over de feiten die onderdeel

zijn van het onrechtmatig handelen, namelijk hoe vaak X op het terrein van Y B.V. is geweest om diesel te stelen.

Diefstal van diesel over periode voor en vanaf 8 april 2017

Bij zijn aanhouding was X in het bezit van de digitale reservesleutel. Met deze sleutel had X toegang tot het terrein van Y B.V. en tot de brandstofvoorraad van Y B.V. Y B.V. heeft aannemelijk gemaakt dat de sleutel op zondag 8 april 2017 is gestolen. Deze sleutel is een reservesleutel die alleen was bedoeld voor gebruik bij calamiteiten en die niet op naam van een medewerker was geregistreerd. Dit kan verklaren waarom de sleutel niet werd vermist en geblokkeerd. In het iLOQ-sleutelsysteem is geregistreerd dat in de periode van 8 april 2017 tot de aanhouding van X 216 keer gebruik is gemaakt van de sleutel om toegang te verkrijgen tot het terrein van Y B.V., steeds of grotendeels buiten de normale werktijden in het weekend. Dit maakt in de omstandigheden van dit geval aannemelijk dat de sleutel vanaf 8 april 2017 niet is gebruikt voor het doel waarvoor deze was bestemd. Als onvoldoende weersproken mag worden aangenomen dat X vanaf 8 april 2017 216 keer de sleutel heeft gebruikt om zich toegang te verschaffen tot het terrein van Y B.V. In de regel zal de sleutel bij elk 'bezoek' twee keer zijn gebruikt, namelijk bij het inrijden en bij het uitrijden. Dit brengt mee dat mag worden aangenomen dat X in die periode zich 108 keer toegang tot het terrein van Y B.V. heeft verschaft. Er is gesteld noch gebleken dat X daarbij een ander doel had dan om diesel te stelen. Het hof houdt het daarom ervoor dat X in die periode 108 keer diesel van Y B.V. heeft gestolen. Er zijn andere feiten en omstandigheden die deze conclusie ondersteunen. Wat betreft de hoeveelheid diesel die X van Y B.V. heeft gestolen in de periode van 8 april 2017 tot en met de dag van zijn aanhouding, leveren de tellerstanden van het PIUSI-tankpistool een concrete aanwijzing op: 157.198 en 24.390 liter, dat is in totaal 181.588 liter. Een andere concrete aanwijzing levert de opslagcapaciteit van circa 1800 liter op die X bij zijn aanhouding ter beschikking had. Het hof houdt het daarom ervoor dat X bij elke diefstal ongeveer 1.800 liter aan diesel wegnam. Dat is in totaal ongeveer 194.400 liter (108 keer 1.800 liter). Voor het verschil tussen de gevonden tellerstand van in totaal 181.588 liter en de maximale hoeveelheid diesel bij de meegevoerde opslagcapaciteit van in totaal 194.400 liter, zijn verschillende verklaringen mogelijk. Het hof schat met toepassing van artikel 6:97 BW de totale hoeveelheid gestolen diesel in de periode van 8 april 2017 tot en met de dag van de aanhouding van X op 187.994 liter. Dat is de gevonden tellerstand, vermeerderd met de helft van het verschil tussen deze tellerstand en de maximale opslagcapaciteit. Nu het verweer van X als onvoldoende toegelicht en onderbouwd wordt gepasseerd, komt hij ook niet toe aan het leveren van tegenbewijs. Het hof is van oordeel dat Y B.V. onvoldoende heeft gesteld om aan te nemen dat X in de periode vóór 8 april 2017 diesel van Y B.V. heeft gestolen volgens de opgave van Y B.V. Y B.V. komt op dit punt dan ook niet toe aan het leveren van bewijs.

Schadebedrag

Bij het bepalen van het schadebedrag is Y B.V. uitgegaan van een gemiddelde dieselprijs van € 1,41 per liter. Op dit punt heeft X geen (gemotiveerd) verweer gevoerd, zodat het hof hiervan uitgaat. De te betalen schadevergoeding wordt dan € 265.071,54. Het staat vast dat X €

1.866,80 aan Y B.V. heeft betaald, zodat € 263.204,74 resteert, te vermeerderen met de wettelijke rente over telkens € 2.454,37 vanaf iedere dag dat X in de periode van 8 april 2017 tot en met 23 maart 2020 diesel heeft gestolen, zoals blijkt uit de registraties in het iLOQ-systeem van Y B.V., tot de dag van betaling. De kosten van MIRA komen als redelijke kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid ten laste van X.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 09-03-2021

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2021:687

Zaaknummer: 200.265.732_01

Rechters: W.J.J. Los, L.S. Frakes en T.J. Dorhout Mees

Advocaten: B.R.J. Rothuizen en R.A.J. Zomer

Wetsartikelen: 6:97 BW en 6:162 BW