

Nieuwsbrief AR Updates - Nummer 22, 2012

Nummer 22, 2012

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

INHOUDSOPGAVE

Hoge Raad

Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2012:BV7347 01-06-2012

werknemster/Tandartspraktijk X

Hof

Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHSGR:2012:BW7014 19-06-2012

werknemer/Coöperatieve Centrale Raiffeisen-Boerenleenbank B.A.

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHLEE:2012:BW7114 29-05-2012

werkgeefster/werknemer

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2012:BW7085 29-05-2012

werknemer/St. Scholengemeenschap Stevensbeek

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2012:BW7133 29-05-2012

APG Algemene Pensioengroep N.V./werknemer

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2012:BW7203 29-05-2012

werknemer/X Bouw B.V.

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2012:BW7262 29-05-2012

Daxxa Diensten B.V./Stichting Naleving CAO voor Uitzendkrachten

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHLEE:2012:BW6985 22-05-2012

werknemer/SRC-Cultuurvakanties B.V.

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARN:2012:BW6429 15-05-2012

werknemer/werkgever

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHLEE:2012:BW7271 08-05-2012

werknemer/werkgever

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2011:BW7220 20-09-2011

ABN AMRO/werknemer

Rechtbank

Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBARN:2012:BW7284 30-05-2012

werknemer/werkgever

Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBALM:2012:BW6821 25-05-2012

werkgeefster/werknemer

Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBSHE:2012:BW7246 24-05-2012

werkneemster/Em-Té Supermarkten BV

Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2012:BW7225 22-05-2012

werkneemster/Just Brands BV

Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2012:BW6781 22-05-2012

ABN AMRO Bank NV/werknemer

Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBLEE:2012:BW7141 09-05-2012

SHP Bouwbedrijven BV/werknemer

Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2012:BW7288 08-05-2012

werknemer/Prorest Catering BV

Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBUTR:2012:BW6855 02-05-2012

werknemer/Jede Benelux BV

Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2012:BW7122 02-05-2012

werknemer/Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen

Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBMAA:2011:BW6733 09-11-2011

Stichting Koraal Groep/werkneemster

Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBMAA:2011:BW6708 16-09-2011

Stichting Mosae Zorggroep/werkneemster

Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBMAA:2011:BW6718 05-09-2011

Ad Hoc Beheer BV/werknemer

Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBMAA:2011:BW6780 01-09-2011

Promiss BV/werkneemster

Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBMAA:2011:BW6750 08-07-2011

werkgeefster/werkneemster

Uitspraken zonder ECLI

Rechtbank Midden-Nederland 11-05-2012

Eneco Services BV/werknemer

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Europees Hof voor de Rechten van de Mens 18-04-2012

Eternit/Frankrijk

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgever

Vernietiging beëindigingsovereenkomst die werknemer direct na het gegeven ontslag op staande voet wegens diefstal heeft moeten tekenen. Door werknemer aan te bieden werkzaamheden verder via een uitzendbureau te verrichten en nog gebruik te laten maken van een bedrijfsbus, ontbreekt subjectieve dringende reden

Werknemer is sinds 1977 in dienst als installatiemonteur. Hij is op 21 maart 2012 op staande voet ontslagen wegens diefstal van goederen. Op dezelfde dag hebben partijen een beëindigingsovereenkomst getekend. Werknemer stelt dat er ten aanzien van de beëindigingsovereenkomst sprake is van dwaling of misbruik van omstandigheden. Daarnaast beroept hij zich op de vernietigbaarheid van het ontslag op staande voet vanwege het ontbreken van een dringende reden.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Voor de instemming van de werknemer met een beëindigingsovereenkomst is een duidelijke en ondubbelzinnige verklaring vereist (HR 25 maart 1994, *NJ* 1994, 390). Voorshands is aannemelijk dat een dergelijke verklaring ontbreekt. Werknemer heeft gevraagd de overeenkomst de volgende ochtend te mogen tekenen, hetgeen werkgever heeft geweigerd. Werknemer heeft verklaard toen maar te hebben getekend met een valse handtekening. Dit had werkgever redelijkerwijs kunnen en moeten opmerken.

Ten aanzien van de dringende reden wordt geoordeeld dat geen sprake is van een subjectief dringende reden. Werkgever heeft werknemer namelijk aangeboden zijn werkzaamheden via een uitzendbureau voort te zetten. Voorts staat tussen partijen vast dat werkgever werknemer heeft aangeboden dat hij de bedrijfsbus van werkgever nog enige tijd mocht blijven gebruiken. Volgt toewijzing van de loonvordering en de vordering tot wedertewerkstelling.

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 30-05-2012

ECLI: ECLI:NL:RBARN:2012:BW7284

Zaaknummer: 813233 \ VV EXPL 12-10059 \ 199

Rechters: J.W.M. Tromp

Advocaten: N.W.J. Welsink en N.W.L. Nijkamp

Wetsartikelen: 3:44 BW, 7:628 BW, 7:677 BW en 7:678 BW

RECHTSPRAAK

werkgeefster/werknemer

Ontslag op staande voet arbeidsongeschikte werknemer wegens herhaalde werkweigering niet rechtsgeldig. Advies bedrijfsarts leidt niet tot instructie van werkgeefster tot verschijning op werkvloer

Werknemer (56 jaar) is op 39-jarige leeftijd in dienst getreden bij de rechtsvoorgangster van werkgeefster. Hoewel werknemer in februari 2009 nog een beoordeling heeft gekregen waarin vijftien van de zeventien punten als goed, en twee andere punten als voldoende zijn beoordeeld, werden hem vanaf begin april 2009 tekortkomingen verweten. Zijn vakantieverlof wordt geweigerd en als werknemer zich ziek meldt, eist werkgeefster onmiddellijk inlevering van zijn bedrijfsauto en melding bij de arboarts. De arboarts heeft een time-out geïndiceerd tot 30 juli. Werkgeefster bericht werknemer dat hij op 30 juli niet is verschenen op het werk en derhalve geen recht heeft op loon. Werkgeefster eist dat werknemer zich na het weekend meldt bij werkgeefster. Werknemer bericht dat hij daartoe niet in staat is. Vervolgens wordt werknemer op staande voet ontslagen. Bij brief van 21 augustus 2009 heeft het UWV gemeld van oordeel te zijn dat werknemer zijn eigen werk op 31 juli 2009 niet kon doen. De arbeidsovereenkomst is voorwaardelijk ontbonden onder toekenning van een vergoeding ad € 137.000. Werkgeefster heeft een verklaring voor recht gevorderd dat het ontslag op staande voet rechtsgeldig is verleend. De kantonrechter heeft de vordering afgewezen.

Het hof oordeelt als volgt. De kern van het geschil tussen partijen wordt gevormd door de vraag of op 3 augustus 2009 sprake was van de opgegeven reden voor ontslag op staande voet en zo ja, of die reden dat ontslag ook rechtvaardigde. Blijkens de ontslagbrief van werkgeefster is de grond voor ontslag: herhaalde onterechte werkweigering. Dit onderbouwt zij in de ontslagbrief met de volgende stellingen: (a) op 30 juli 2009 had werknemer zich op het werk moeten melden (instructie arbodienst); (b) op 31 juli 2009 is werknemer ook niet verschenen; (c) ondanks sommatie van vrijdag 31 juli 2009 is werknemer niet op maandag 3 augustus daaropvolgend op de gebruikelijke tijd op kantoor verschenen. De bedrijfsarts heeft werkgeefster geadviseerd mediation op te starten in de time-outperiode. Van werkgeefster mag dan, naar het oordeel van het hof, verwacht worden dat zij als goed werkgeefster de werknemer informeert over wat zij van haar werknemer verwacht, uitgaande van haar keuze

om dit advies wel of niet over te nemen. In het midden kan blijven of werkgeefster goede redenen had om het advies naast zich neer te leggen. Wel van belang is dat zij werknemer niet heeft meegedeeld dat haar reactie op het advies van de bedrijfsarts is dat hij zich op 30 juli 2009 op de gebruikelijke tijd diende te melden, al dan niet voor het verrichten van zijn werkzaamheden. Werknemer heeft dat niet zonder meer moeten begrijpen, louter op basis van de 'beëindiging van de verzuimmelding' per 30 juli 2009 door de bedrijfsarts. Zonder nadere onderbouwing, die is uitgebleven, ziet het hof in het advies van de bedrijfsarts aan werkgeefster ook geen instructie van de werkgeefster aan werknemer om zich die dag weer te melden. Daarmee kan van werkweigering op donderdag 30 juli 2009 geen sprake zijn. Evenmin kan op vrijdag 31 juli 2009 gesproken worden van werkweigering, nu werkgeefster werknemer evenmin had opgeroepen om op die dag te verschijnen. Uit het voorgaande vloeit voort dat er reeds daarom op maandag 3 augustus 2009 geen sprake kon zijn van herhaalde onterechte werkweigering, zodat het ontslag op staande voet al om deze reden geen stand kan houden.

Voor de beslissing in deze zaak is niet noodzakelijk dat het hof nog ingaat op de, met verwijzing naar de second opinion onderbouwde, stelling van werknemer dat hij niet ongeoorloofd afwezig was omdat hij nog steeds arbeidsongeschikt was voor zijn eigen werk. In het algemeen dient een werknemer, wiens arbeidsongeschiktheid wegens ziekte door de bedrijfsarts niet wordt erkend of onderkend maar die zich bij diens mening niet wenst neer te leggen, zo spoedig mogelijk een second opinion aan te vragen en daarvan op grond van goed werknemerschap mededeling te doen aan de bedrijfsarts en/of de werkgever, zodat die werkgever niet in het duister tast over de reden van afwezigheid. Wanneer een werknemer die prompte aanvraag en mededeling daarvan achterwege laat, en achteraf blijkt dat de werknemer wel degelijk door ziekte volledig arbeidsongeschikt voor zijn eigen werk was, heelt dat weliswaar de ongeoorloofdheid van het verzuim, maar niet zonder meer de schending van de mededelingsplicht. Of dat laatste ontslag op staande voet zou rechtvaardigen is in deze procedure niet aan de orde, nu deze reden niet ten grondslag is gelegd aan het ontslag.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 29-05-2012

ECLI: ECLI:NL:GHLEE:2012:BW7114

Zaaknummer: 200.083.909/01

Rechters: M.E.L. Fikkers, R.A. Zuidema en A.M. Koene

Advocaten: A.H. Vermeulen en G.W. Brouwer

Wetsartikelen: 7:677 BW en 7:678 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/X Bouw B.V.

Verzuim instelling ondernemingsraad maakt bedrijfseconomische opzeggingen niet kennelijk onredelijk. Ontslag 56-jarige werknemer, eenzijdig dienstverband en opleiding, niet kennelijk onredelijk. Geen sprake van een extra zorgplicht voor oudere werknemers bij ontslag kort voor (pre)pensioen

Werknemer (60 jaar) is in 2001 als stukadoor in dienst getreden van de rechtsvoorganger van werkgever. Werkgever is een van de werkmaatschappijen van X Verenigde Bedrijven. Werknemer verrichtte zo nu en dan ook werkzaamheden voor andere – onder X Verenigde Bedrijven ressorterende – werkmaatschappijen. In 2006 sloot X Verenigde Bedrijven het boekjaar met grote verliezen. Begin 2007 heeft HMB negentig procent van de aandelen in X verkregen en in 2008 is een reorganisatie doorgevoerd. De arbeidsovereenkomst met werknemer is tegen 25 oktober 2008 opgezegd. Werknemer heeft zich op 19 juni 2008 ziek gemeld op grond van met name reactief depressieve klachten in verband met het ophanden zijnde ontslag. Deze klachten zijn nadien blijvend gebleken. Werknemer ontvangt inmiddels een WGA-uitkering. Werknemer heeft zich op het standpunt gesteld dat sprake is van een kennelijk onredelijke opzegging. De kantonrechter heeft de vordering afgewezen (niet kennelijk onredelijk). In hoger beroep stelt werknemer zich onder meer op het standpunt dat wegens het ontbreken van een OR de opzegging kennelijk onredelijk geoordeeld moet worden.

Het hof oordeelt als volgt. Met de kantonrechter is het hof van oordeel dat een ten onrechte niet aanwezige ondernemingsraad – waarbij het hof er veronderstellenderwijs vanuit gaat dat bij werkgever inderdaad ten onrechte geen ondernemingsraad was ingesteld – het aan werknemer gegeven ontslag om die reden nog niet kennelijk onredelijk doet zijn. Het hof acht in dit verband van belang dat er binnen werkgever weliswaar niet sprake was van een ondernemingsraad, maar dat binnen de onderneming wél een personeelsvertegenwoordiging aanwezig was en deze is geconsulteerd. Het feit dat de personeelsvertegenwoordiging te laat is geconsulteerd doet hier niets aan af, nu uit de verklaringen van de voorzitter van de vertegenwoordiging blijkt dat hij kon instemmen met het ontslag en werknemer niet heeft

aangetoond dat een OR andere maatregelen of voorzieningen had kunnen treffen.

Met betrekking tot het gevolgcriterium oordeelt het hof als volgt. Werknemer heeft zeven jaar voor werkgever gewerkt. Hij heeft geen diploma; is kostwinnaar. Het hof is van oordeel dat niet is komen vast te staan dat de (blijvende) arbeidsongeschiktheid verband houdt met de werkzaamheden. Voorts heeft werkgever zijn re-integratieverplichtingen niet geschonden. Bijgevolg kan niet worden geoordeeld dat de opzegging kennelijk onredelijk is. Op grond van artikel 7:611 BW had werkgever volgens werknemer een extra zorgverplichting jegens hem als oudere werknemer. Het hof gaat aan deze stelling voorbij, mede omdat werknemer niet aannemelijk heeft kunnen maken dat hij bij een eventueel later ontslag zijn pensioenschade had kunnen voorkomen, dan wel een regeling vrijwillig had kunnen voortzetten, nu de niet aan de werkgever te verwijten arbeidsongeschiktheid zich daartegen verzet.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 29-05-2012

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2012:BW7203

Zaaknummer: HD 200.082.067

Rechters: C.M. Aarts, M.J.H.A. Venner-Lijten en C.A.M. Walsteijn

Advocaten: S.N. Ketting en Ph.C.M. van der Ven

Wetsartikelen: 7:681 BW

RECHTSPRAAK

Daxxa Diensten B.V./Stichting Naleving CAO voor Uitzendkrachten

Controle- en boetevoorschriften uit een algemeen verbindend verklaarde CAO voor Uitzendkrachten komen nawerking toe. Verplichting tot inzage in personeelsgegevens niet in strijd met privacyrecht werknemers

De SNCU is in februari 2004 opgericht door de werknemersorganisaties (FNV Bondgenoten, CNV Bondgenoten en de Unie) en de werkgeversorganisatie in de uitzendbranche (hierna: ABU) en in het leven geroepen om activiteiten te bevorderen die gericht zijn op het creëren van goede arbeidsverhoudingen in deze bedrijfstak. De belangrijkste taken voor de SNCU bestaan uit het geven van voorlichting en informatie, evenals het toezien op een correcte naleving van de cao. SNCU heeft een deel van haar bevoegdheden overgedragen aan een bij reglement in te stellen Commissie Naleving CAO voor Uitzendkrachten (hierna: de CNCU). Indien een werkgever na ingebrekestelling door of namens de SNCU gedurende ten minste veertien dagen nalatig blijft de door de SNCU verzochte gegevens te verstrekken, dan wel onjuiste of onvolledige gegevens verstrekt, is hij door dat enkele feit conform artikel 46 lid 1 van de CAO voor Uitzendkrachten 2005-2007, dan wel artikel 6 lid 1 van het Reglement II opgenomen in de CAO Sociaal Fonds voor de Uitzendbranche verplicht aan de SNCU een forfaitaire schadevergoeding te betalen. Na daartoe meermalen te zijn aangemaand, heeft Daxxa (werkgever) bij brief van 2 augustus 2010 de raadsman van de SNCU bericht dat Daxxa niet zal overgaan tot het overleggen van de gevraagde bescheiden. Hierbij wordt onder meer aangevoerd dat de representativiteit zou ontbreken, er geen gegronde vermoeden van overtreding van de cao's zou zijn, de CNCU geen bevoegdheden zou hebben en voorts dat de overlegging van de gevraagde gegevens in strijd zou zijn met het recht op privacy van werknemers. In eerste aanleg heeft SNCU de forfaitaire schadevergoeding gevorderd, evenals inzage in de stukken. De kantonrechter heeft de vordering toegewezen. Tegen dit oordeel keer Daxxa zich in hoger beroep.

Het hof oordeelt als volgt. De SNCU betoogt dat Daxxa op grond van de ten tijde van de

controleperiode 2007-2008 algemeen verbindend verklaarde cao's gehouden is de door haar gevraagde informatie te verstrekken. Deze informatie is opgevraagd bij brief van 4 mei 2010. Naar het oordeel van het hof was Daxxa gehouden om ook na afloop van de duur van de algemeenverbindendverklaring van de CAO voor Uitzendkrachten 2007-2008 en de CAO Sociaal Fonds voor de Uitzendbranche 2007-2009 op grond van die algemeenverbindendverklaringen de in het Reglement II bedoelde informatie aan de SNCU te verstrekken. De in het Reglement II neergelegde controlebevoegdheid van de SNCU kan (in elk geval voor een deel) slechts achteraf – wanneer alle relevante gegevens beschikbaar zijn, waaronder loongegevens over de voorbije periode – worden uitgeoefend. Indien de gehoudenheid om deze gegevens te verstrekken zou eindigen bij het verstrijken van de duur van de algemeenverbindendverklaring, zou deze bevoegdheid deels illusoir kunnen worden en zou de handhaafbaarheid van de genoemde cao's sterk kunnen verminderen. Voor de in artikel 6 van het Reglement II neergelegde bevoegdheid van de SNCU om aanspraak te maken op een forfaitaire schadevergoeding geldt, mutatis mutandis, hetzelfde. Aan het bovenstaande doet niet af dat aldus de algemeenverbindendverklaring van de betreffende bepalingen enige 'nawerking' krijgt. Het hof acht deze nawerking ook gerechtvaardigd, nu deze er slechts toe leidt dat de door de algemeenverbindendverklaring beoogde beperking van de contractsvrijheid gedurende de algemeenverbindendverklaring daadwerkelijk wordt gerealiseerd en de door de algemeenverbindendverklaring (in het belang van de uitvoering van de cao's) verkregen rechten van de SNCU kunnen worden geëffectueerd. In dit verband wijst het hof er nog op dat de NVUB, waarvan Daxxa lid is, haar bezwaren tegen de algemeenverbindendverklaring van de CAO voor Uitzendkrachten 2007-2008 en de CAO Sociaal Fonds voor de Uitzendbranche 2007-2009 aan de bestuursrechter ter beoordeling heeft voorgelegd en dat deze bezwaren door de rechtbank 's-Gravenhage, sector bestuursrecht (uitspraak van 1 december 2010) zijn verworpen, waarna de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State bij uitspraak van 7 september 2011 deze uitspraak heeft bevestigd. Gelet op het voorgaande en gelet op het arrest van de Hoge Raad van 17 september 2010 (LJN BM6102) komt aan de besluiten tot algemeenverbindendverklaring van de CAO voor Uitzendkrachten 2007-2008 en de CAO Sociaal Fonds voor de Uitzendbranche 2007-2009 formele rechtskracht toe.

De privacy van werknemers is voldoende gewaarborgd. Zowel in de interne procedure van de SNCU alsook met de Wet bescherming persoonsgegevens. Dat de forfaitaire schadevergoeding in strijd met artikel 6:91 BW is, faalt, omdat het gaat om een aanvullende schadevergoeding in de zin van artikel 17 WCAO.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 29-05-2012

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2012:BW7262

Zaaknummer: HD 200.088.234

Rechters: M.J.H.A. Venner-Lijten, A.P. Zweers-van Vollenhoven en J.M.M.B. Maes

Advocaten: J.B. Vallenduuk en M.H.D. Vergouwen

Wetsartikelen: 46 CAO voor Uitzendkrachten en 17 WCAO

RECHTSPRAAK

werknemer/St. Scholengemeenschap Stevensbeek

Ontslag docent scheikunde na langdurige arbeidsongeschiktheid ten gevolge van een arbeidsconflict met de adjunct-directeur is niet kennelijk onredelijk. Geen sprake van bijzondere bijkomende omstandigheden

Werknemer (55 jaar) is sinds 1977 in dienst van de scholengemeenschap. In oktober 2005 heeft werknemer zich – nadat hij een gesprek met de adjunct-directeur had gevoerd – ziek gemeld. Het aan deze ziekmelding ten grondslag liggende arbeidsconflict is met verschillende pogingen van mediation niet opgelost. Bij brief van 28 januari 2009 is werknemer wegens blijvende ongeschiktheid of ziekte ontslagen. Volgens werknemer is het ontslag kennelijk onredelijk. Hij verwijt de scholengemeenschap dat de arbeidsongeschiktheid mede het gevolg is van intimiderend gedrag van de adjunct-directeur. De scholengemeenschap betwist dit en verwijst naar de deskundigenoordelen waaruit blijkt dat werknemer last heeft van persoonlijkheidsstoornissen. Voorts wijst de scholengemeenschap erop dat zij onverplicht het loon tot einde van het dienstverband heeft betaald. De kantonrechter heeft de vorderingen van werknemer afgewezen.

Het hof oordeelt als volgt. Het ontslag van een langdurige arbeidsongeschikte werknemer is enkel kennelijk onredelijk indien sprake is van bijzondere bijkomende omstandigheden. Werknemer verwijt de scholengemeenschap onder meer dat zij onvoldoende aan haar re-integratieverplichtingen ex artikel 7:658a BW heeft gedaan. Naar het oordeel van het hof is dit niet het geval. De scholengemeenschap heeft meermalen getracht het arbeidsconflict weg te nemen door mediation, hetgeen ook volgens de arboarts aangewezen was. Toen dit voor een derde maal niet lukte, mocht de scholengemeenschap ervan uitgaan dat deze re-integratie niet slaagde. Welke andere procedure de scholengemeenschap had moeten voeren heeft werknemer ook niet aangetoond. Deze stelling faalt derhalve. Evenmin is de terugval in inkomen – mede in het licht van de onverplichte doorbetaling van het loon van werknemer – voldoende om te spreken van kennelijke onredelijkheid. Ten slotte moet de arbeidsmarktpositie van werknemer – geschoolde docent scheikunde – niet (al te) slecht worden geacht. Bijgevolg is de opzegging niet kennelijk onredelijk.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 29-05-2012

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2012:BW7085

Zaaknummer: HD 200.076.633

Rechters: C.M. Aarts, A.P. Zweers-van Vollenhoven en W.A. van Veen

Advocaten: M.G. Spijker en M.M.C. van de Ven

Wetsartikelen: 7:681 BW en 7:658a BW

RECHTSPRAAK

APG Algemene Pensioengroep N.V./werknemer

Het niet aanbieden van meerurenwerkweek aan arbeidsongeschikte werknemer is niet in strijd met WGBH/CZ, omdat werknemer de arbeidsprestatie nimmer kan leveren en derhalve niet gelijkgesteld kan worden met een voor de functie geschikte persoon

Werknemer (53 jaar) is per 1 april 2002 in dienst getreden bij de Stichting Pensioenfonds ABP, de rechtsvoorganger van APG, als Expert TI. Werknemer heeft een voltijds aanstelling van 36 uur, maar heeft gedurende het dienstverband gebruik gemaakt van de meerurenregeling (38 tot 40 uur per week). Deze regeling houdt in dat partijen steeds voor bepaalde tijd de arbeidsomvang kunnen uitbreiden. Werknemer is op 10 december 2007 arbeidsongeschikt geraakt en dat tot einde dienstverband op 31 mei 2010 gebleven. Op de arbeidsverhouding is de CAO APG van toepassing (hierna: de cao). Vanaf 1 januari 2009 heeft APG werknemer 70% betaald over een 36-urige werkweek. Werknemer vordert in deze procedure uitbetaling van (70% van) de meeruren. Hij heeft daartoe gesteld dat hij de redelijke verwachting mocht koesteren dat ook in 2009 deze meeruren onderdeel zouden uitmaken van zijn salaris. Voorts heeft hij betoogd dat het handelen van APG in strijd is met artikel 4 van WGBH/CZ. Naar het oordeel van de kantonrechter heeft APG een verboden onderscheid op grond van handicap/chronische ziekte gemaakt door geen nieuwe afspraken met werknemer te maken over de meerurenregeling, omdat zij (APG) vermoedde dat werknemer langdurig arbeidsongeschikt zou blijven.

Het hof oordeelt als volgt. De grond voor het doen van een verzoek om meer uren te gaan werken is gelegen in de omstandigheid dat de werkzaamheden daartoe nopen. Met andere woorden, er bestaat aan de kant van de werkgever op enig moment de behoefte om gedurende een bepaalde tijd meer arbeidsinzet op de werkvloer te hebben dan op grond van de arbeidsovereenkomsten aan werkkracht voorhanden is. In dat geval kan de werkgever, gezien de hiervoor geciteerde bepalingen in de cao, een verzoek doen aan werknemers om tijdelijk meer te gaan werken. De werkgever is daartoe niet gehouden, maar kan zijn beleidsvrijheid aanwenden binnen de spelregels van de cao. Uitgangspunt dient te zijn dat daarbij in beginsel geen onderscheid gemaakt mag worden tussen werknemers voor zover dat een verboden

onderscheid betreft. Dit is echter niet aan de orde. Vaststaat immers dat werknemer aan een dergelijk verzoek redelijkerwijs nimmer zal kunnen voldoen omdat en zolang hij arbeidsongeschikt is. Hij kan derhalve de gevraagde hogere inzet van zijn arbeidskracht niet ter beschikking stellen, omdat deze gedurende de arbeidsongeschiktheid niet voorhanden is. Werknemer is dus niet in staat te voldoen aan het meest essentiële element uit het verzoek van APG, te weten meer uren werken dan overeengekomen. In een dergelijke situatie wordt geen inbreuk gemaakt op het gelijkheidsbeginsel, omdat werknemer niet is aan te merken als een (op dat moment) voor de functie geschikte persoon.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 29-05-2012

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2012:BW7133

Zaaknummer: HD 200.078.751

Rechters: C.M. Aarts, M.J.H.A. Venner-Lijten en E.A.G.M. Waaijers

Advocaten: C.A.H. Lemmens en J. Schepers

Wetsartikelen: 4 WGB H/CZ

RECHTSPRAAK

werkgeefster/werknemer

Voldoende aannemelijk dat werknemer door contacten te onderhouden met veehouders concurrerende activiteiten jegens voormalig werkgeefster heeft verricht. Kort geding leent zich niet voor beantwoording vraag welke veehouders als klanten van voormalig werkgeefster moeten worden aangemerkt

Werknemer is in 2005 in dienst getreden van werkgeefster als bedrijfsadviseur rundvoer. In de arbeidsovereenkomst is een concurrentie- en relatiebeding overeengekomen. Werknemer heeft zijn arbeidsovereenkomst per 1 april 2012 beëindigd en is in dienst getreden van Gelre, een bedrijf dat gespecialiseerd is in het maken van veevoer. Werkgeefster stelt dat werknemer het concurrentie- en relatiebeding overtreedt en vordert werknemer te veroordelen te stoppen met zijn concurrerende werkzaamheden voor Gelre.

De voorzieningenrechter oordeelt als volgt. Werkgeefster heeft voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat werknemer, door namens Gelre contacten te onderhouden met veehouders aan wie veevoeder wordt geleverd door Gelre, concurrerende activiteiten jegens werkgeefster heeft verricht. Echter in de onderhavige zaak speelt onmiskenbaar mee dat tussen werkgeefster en Gelre een geschil bestaat met betrekking tot de vraag of die veehouders moeten worden aangemerkt als klanten van werkgeefster of van Gelre. Deze procedure is niet geschikt om dit geschilpunt te beslechten. Bij wijze van ordemaatregel wordt het werknemer tot 1 april 2013 verboden zakelijke contacten te onderhouden met veehouders die vanaf 1 januari 2010 een of meerdere keren voer geleverd hebben gekregen van werkgeefster. Het wordt werknemer wel toegestaan werkzaam te zijn voor Gelre.

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 25-05-2012

ECLI: ECLI:NL:RBALM:2012:BW6821

Zaaknummer: 128723 KG ZA 12-99

Rechters: A.E. Zweers

Advocaten: A.E. Thijssen en L. Laken-Steehouwer

Wetsartikelen: 7:653 BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/Em-Té Supermarkten BV

Kennelijk onredelijk ontslag. Em-Té weigert ten onrechte voor caissière met blijvende enkelproblemen een traplift te laten plaatsen, waardoor werkhervatting mogelijk zou zijn geweest. Kosten zijn niet onevenredig hoog

Vervolg tussenvonnis (zie AR 2012-0085). Werkneemster is in dienst van Em-Té. Zij is uitgevallen met blijvende enkelproblemen. Haar arbeidsovereenkomst is vervolgens opgezegd, omdat zij niet meer in staat is het toilet en de kantine op de eerste verdieping te bereiken. Werkneemster vordert schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag. In het tussenvonnis heeft de kantonrechter geoordeeld dat Em-Té niet als goed werkgever heeft gehandeld door geen onderzoek naar de (on)mogelijkheden en kosten van het plaatsen van een traplift in te stellen. Em-Té is vervolgens in de gelegenheid gesteld dit onderzoek alsnog te doen.

De kantonrechter oordeelt op grond van stukken die beide partijen hebben overgelegd dat de kosten voor de traplift voor Em-Té ongeveer € 6000 bedragen (na subsidie van het UWV). Van andere bezwaren tegen het plaatsen van een traplift dan de daarmee gemoeide kosten, is niet gebleken. Em-Té heeft aangevoerd dat de kosten onevenredig hoog zijn in verhouding tot het door werkneemster verdiende loon van € 782,04 bruto per maand. Dat standpunt wordt verworpen. Werkneemster was begin 2010 47 jaar oud, zij was geschikt voor het verrichten van haar eigen werk en zij zou in beginsel nog vele jaren voor Em-Té hebben kunnen werken. De investering zou derhalve vele jaren van betekenis voor werkneemster hebben kunnen zijn. Voorts was zij toen al ruim elf jaar in dienst. Er rustte derhalve op Em-Té, mede gelet op de bepalingen van de Wvp en de WGBH/CZ een bijzondere verplichting om belemmeringen weg te nemen die aan werkhervatting in de weg stonden. Geoordeeld wordt dat de opzegging kennelijk onredelijk is. Het is, gelet op haar omstandigheden, redelijk ervan uit te gaan dat werkneemster eerst na het eindigen van de periode waarin zij recht heeft op een WW-uitkering (30 maanden), weer werk zal hebben gevonden. Alle omstandigheden in aanmerking genomen, wordt de schade begroot op € 14.000 bruto.

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 24-05-2012

ECLI: ECLI:NL:RBSHE:2012:BW7246

Zaaknummer: 782542

Rechters: J.H. Wiggers

Advocaten: M.T.A. Lamers en M.C.W. de Beer

Wetsartikelen: 7:611 BW en 7:681 BW

RECHTSPRAAK

ABN AMRO Bank NV/werknemer

Ontbinding arbeidsovereenkomst medewerker ABN AMRO zonder toekenning vergoeding. Werknemer heeft onvoldoende openheid van zaken betracht met betrekking tot verdenking van handel met voorkennis

Werknemer (35 jaar) is sinds 2007 in dienst van ABN AMRO als Hoofd Acquisitie Preferred Banking. Op 25 oktober 2011 is hij door de FIOD aangehouden op verdenking van handel met voorwetenschap. De afdeling Security & Intelligence Management (SIM) concludeert in een onderzoeksrapport dat aannemelijk is dat de beschuldigingen van de FIOD richting werknemer en een collega gegrond zijn, maar dat dit niet onomstotelijk vaststaat. Thans verzoekt ABN AMRO ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens een dringende reden dan wel een vertrouwensbreuk.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Dat sprake is geweest van een dringende reden is niet komen vast te staan, omdat werknemer ontkent met voorkennis te hebben gehandeld en hij (nog) niet strafrechtelijk is veroordeeld. Voor nader onderzoek leent de onderhavige procedure zich niet, zodat het verzoek voor zover gegrond op een dringende reden wordt afgewezen.

Wel wordt met ABN AMRO geoordeeld dat, gelet op de zeer ernstige verdenking van werknemer voor een werkgerelateerd strafbaar feit (hoe werknemer kan stellen dat handel met voorkennis niet werkgerelateerd is, ontgaat de kantonrechter volledig), van werknemer kon en mocht worden verwacht dat hij vanaf het begin de grootst mogelijke openheid van zaken zou geven en al het mogelijke zou doen om de verdenking jegens hem weg te nemen. Zulks op grond van artikel 7:611 BW en los van de vraag wat ABN AMRO daaromtrent in haar gedragscode (of in de cao) heeft opgenomen. Werknemer heeft onvoldoende openheid van zaken betracht met betrekking tot zijn relatie met een andere collega en de reden waarom hij in de aandelen AND heeft gehandeld, waardoor een vertrouwensbreuk is ontstaan. Dit valt werknemer te verwijten. De arbeidsovereenkomst wordt derhalve ontbonden zonder toekenning van een vergoeding.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 22-05-2012

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2012:BW6781

Zaaknummer: EA12-517

Rechters: M.V. Ulrici

Advocaten: M.J.M.T. Keulards en M.G. Coutinho

Wetsartikelen: 7:685 BW, 7:677 BW en 7:678 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgever

Ontslag op staande voet wegens overtreding verbod op nevenactiviteiten en schending loyaliteit. Vernietiging vaststellingsovereenkomst wegens dwaling werkgever

Werknemer was als groepscontroller in dienst van werkgever. Tijdens een presentatie aan de directie, toont werknemer samen met Y een investeringsplan. Dit plan wordt niet gevolgd en kort nadien wordt de arbeidsovereenkomst met Y – wegens verschil van inzicht – beëindigd. Werknemer blijft evenwel contact onderhouden met Y en belegt een investeringsplan met hem. Op 8 juni 2011 is werknemer op non-actief gesteld. Als reden hiervoor is gegeven dat werkgever sterke aanwijzingen had dat werknemer nauwe contacten onderhield met Y. Partijen hebben in september 2011 een vaststellingsovereenkomst getekend. Daarin is bepaald dat partijen per 1 november de arbeidsovereenkomst beëindigen, werknemer recht heeft op een vergoeding en partijen de vaststellingsovereenkomst niet mogen ontbinden of vernietigen. Op 7 oktober 2011 treft werkgever op de zakelijke account van werknemer een e-mail aan van een derde, waaruit blijkt dat werknemer tijdens de periode van non-actiefstelling nauw betrokken is bij een koopovereenkomst van Y. Daarmee heeft werknemer willens en wetens bijgedragen aan de overtreding van het concurrentiebeding van Y jegens werkgever. Dit alles is in strijd met het verbod op nevenactiviteiten. Dit vormt aanleiding voor ontslag op staande voet. Tevens heeft werkgever een beroep op dwaling gedaan en daarmee de vaststellingsovereenkomst vernietigd.

Het hof oordeelt als volgt. De vraag of sprake is van een dringende reden beantwoordt het hof als volgt. Werknemer wist of had moeten weten dat het hem verboden was nevenactiviteiten te verrichten. Zeker toen werkgever Y op non-actief had gesteld en nadien ontslag had aangezegd, had werknemer zich er bewust van moeten zijn dat hij niet vanuit zijn persoonlijke vennootschap activiteiten mocht ontplooiën die mogelijk tegenstrijdig zouden zijn aan het belang van werkgever. Dat werknemer in casu investeerde in een door werkgever ‘afgeschoten’ investeringsproject, doet hieraan niet af. Werknemer heeft meermalen momenten gehad waarop hij uit eigener beweging de werkgever had moeten informeren. Door dit niet te doen, heeft hij een dringende reden aan werkgever gegeven. Het ontslag is voorts

onverwijld verleend. Tussen 7 oktober en 10 oktober heeft werkgever voortvarend gehandeld (de e-mail moest worden vertaald en er is nader onderzoek verricht). De stelling dat het bewijs onrechtmatig is verkregen wordt verworpen.

Naar het oordeel van het hof heeft werkgever gedwaald (artikel 6:228 BW) en komt werknemer geen beroep toe op de bepaling in het contract dat vernietiging uitsluit (artikel 6:248 BW).

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 15-05-2012

ECLI: ECLI:NL:GHARN:2012:BW6429

Zaaknummer: 200.101.100

Rechters: P.L.R. Wefers Bettink, I.A. Katz-Soeterboek en H.M. Wattendorff

Advocaten: F.G. Vlaskamp en K. van Kranenburg-Hanspians

Wetsartikelen: 7:677 BW, 7:678 BW, 6:228 BW en 6:248 BW

RECHTSPRAAK

Eneco Services BV/werknemer

Ontbinding arbeidsovereenkomst 58-jarige data-analist na dienstverband van meer dan twintig jaar. Cursussen, coaching en verbeterplan hebben niet tot verbetering van functioneren geleid. Omdat werknemer zich wel jarenlang voor Eneco heeft ingezet, wordt een vergoeding met C=0,7 toegekend

Werknemer (58 jaar) is in 1990 in dienst getreden van (de rechtsvoorganger van) Eneco. Hij is laatstelijk werkzaam als data-analist op de financiële afdeling. Thans verzoekt Eneco ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens disfunctioneren. Eneco voert aan dat werknemer vanaf 2008 steevast beneden afspraak heeft gefunctioneerd. Eneco verwijst naar functioneringsgesprekken over de jaren 2009 tot en met 2010 en een ingezet verbetertraject in 2011. Het functioneren van werknemer is door de jaren heen niet verbeterd.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Sinds 2008 is sprake van terugkerende beoordelingen 'beneden afspraken'. Eneco heeft werknemer cursussen en coaching geboden, een verbeterplan opgesteld, werknemer intern begeleid en duidelijk gemaakt dat het verbeterplan een laatste kans was om het functioneren te verbeteren. Nu het functioneren niet is verbeterd, kan de kantonrechter billijken dat Eneco werknemer niet langer in zijn huidige functie wil handhaven. Omdat er geen andere passende functie voorhanden is, wordt de arbeidsovereenkomst ontbonden. Ten aanzien van de vergoeding wordt overwogen dat Eneco terecht heeft opgemerkt dat het disfunctioneren in beginsel in de risicosfeer van werknemer ligt. Door helemaal geen vergoeding aan te bieden wordt echter geen recht gedaan aan het feit dat werknemer 18 jaar probleemloos voor Eneco heeft gewerkt en werknemer zich ook in zijn huidige functie voor Eneco heeft ingezet. Van onwil van werknemer om zijn werk goed te doen is niet gebleken. Er wordt derhalve een vergoeding toegekend met C=0,7.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 11-05-2012

Zaaknummer: 803895 UE VERZ 12-286 arc/438

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgever

Ontslag chauffeur na 23 jaar dienstverband en eenzijdig arbeidsverleden zonder vergoeding niet kennelijk onredelijk. Habe nichts-verweer

Werknemer (58 jaar) is in 1986 in dienst getreden van werkgever. Werkgever heeft in 2010 alle werknemers wegens bedrijfseconomische redenen ontslagen. Aanleiding was de uitbraak van diverse ziektes bij de moederdieren van het bedrijf, waardoor het bedrijf zelfs geheel ontruimd is. De grootste klant van werkgever heeft vervolgens zijn opdrachten opgezegd. Voor de werknemers is geen sociaal plan getroffen. Naar het oordeel van de kantonrechter is geen sprake van een kennelijk onredelijk ontslag.

Het hof oordeelt als volgt. Anders dan werknemer stelt, acht het hof geen sprake van een valse of voorgewende reden. Dat de in 2008 aangetreden nieuwe aandeelhouder (investeringsmaatschappij X) werkgever als sterfhuus zou hebben gebruikt, correspondeert niet met de investeringen die in werkgever zijn gedaan.

Werknemer heeft in eerste aanleg gesteld dat het hem verleende ontslag zonder voorziening kennelijk onredelijk is gelet op het feit dat hij ten tijde van het ontslag 56 jaar was, 23½ jaar bij werkgever had gewerkt en slechte vooruitzichten had op de arbeidsmarkt in het licht van zijn beperkte opleiding en eenzijdige arbeidsverleden als chauffeur. De transportbranche staat zwaar onder druk. Daarbij heeft werkgever het hem onmogelijk gemaakt de verplichte VTL-cursus te volgen waardoor zijn inzetbaarheid verder wordt beperkt. Bovendien is werknemer vanaf 9 september 2009 ziek in verband met psychische klachten. Voorts heeft werknemer, zo heeft hij gesteld, altijd uitstekend gefunctioneerd. Met betrekking tot het gevolgcriterium dient te worden getoetst aan alle omstandigheden van het geval. Als handvat voor mogelijk van belang zijnde omstandigheden hanteert het hof de zogenoemde 'gezichtspuntencatalogus' zoals neergelegd in r.o. 19 van een eerder arrest van dit hof (als nevenzittingsplaats van Hof Arnhem) d.d. 7 juli 2009, LJN BJ1688, welke lijst niet uitputtend is en aangevuld kan worden door concrete omstandigheden die spelen in de zaak tussen partijen. Juist is dat bepaalde omstandigheden in dit geval – te weten de grond voor het ontslag, de leeftijd van werknemer

en de duur van zijn dienstverband, en het feit dat hij ten tijde van ontslag geen uitzicht had op ander werk en van werkgever geen begeleiding kreeg van werk naar werk – wijzen op een schending van de verplichting van werkgever om zich als goed werkgever jegens werknemer te gedragen. Daar staat evenwel tegenover dat werkgever zich voldoende gemotiveerd heeft beroepen op algeheel gebrek aan financiële middelen, hetgeen ook na toetsing door het UWV is aangenomen. In de beslissing van het UWV staat eveneens dat het eigen vermogen van werkgever in 2009 nihil was. En waar niets is, verliest zelfs de keizer zijn recht.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 08-05-2012

ECLI: ECLI:NL:GHLEE:2012:BW7271

Zaaknummer: 200.083.906/01

Rechters: M.E.L. Fikkers, R.A. Zuidema en E.C. Smits

Advocaten: C.J.M. de Vlieger en I.M. van Dijk

Wetsartikelen: 7:681 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Prorest Catering BV

Eenzijdige wijziging arbeidsvoorwaarden vanwege overgang van onderneming in strijd met artikel 7:663 BW. Doel van Richtlijn 2001/23 (overgang van onderneming) verzet zich ertegen dat partijen bij cao een ETO-reden aanwijzen

Werknemer is per 4 oktober 2010 bij Prorest in dienst gekomen als gevolg van de overname door Prorest van de cateringactiviteiten van het bedrijfsrestaurant van de locatie PPG Amsterdam. Voorafgaand aan deze overname was werknemer in dienst bij Avenance. In de toepasselijke CAO voor de Contractcateringbranche is bepaald dat de verkrijger de arbeidsovereenkomst van een overgenomen werknemer na een contractswisseling mag wijzigen. Prorest heeft laten weten dat de boven cao-lijke arbeidsvoorwaarden, namelijk de locatiegebonden toeslag en de bijdrage ziektekostenverzekering zullen worden afgebouwd. Werknemer stelt dat de eenzijdige wijziging in strijd is met artikel 7:663 BW en Richtlijn 2001/23.

De kantonrechter oordeelt als volgt. In verband met de uitleg van de richtlijn heeft het HvJ in het arrest Daddy's Dance Hall (HvJ EG 10 februari 1988, *NJ* 1990, 423) expliciet verboden om de arbeidsvoorwaarden van de werknemer onmiddellijk tijdens de overgang van onderneming aan te passen. In dat arrest heeft het Hof voorts uitgemaakt dat de werknemer geen afstand kan doen van de rechten die de richtlijn hem biedt, zelfs als de vakbonden daarmee instemmen. Deze lijn is in latere arresten herhaald.

Prorest voert aan dat de wijziging van de arbeidsvoorwaarden van werknemer niet vanwege de overgang heeft plaatsgevonden, maar wegens een economische ETO-reden, te weten een wijziging in het met de opdrachtgever (PPG) overeengekomen budget. Zij verwijst in dit verband naar artikel 11 lid 3 cao waar bepaald is dat een wijziging in budget een (economische) reden kan zijn tot wijziging van de arbeidsvoorwaarden. Partijen kunnen echter niet bij cao een ETO-reden aanwijzen. Dit zou strijdig zijn met het doel van de richtlijn. In dit geval is niet gebleken dat sprake is van een dergelijke economische ETO-reden die noodzakelijk is om tot aanpassing van de arbeidsvoorwaarden van werknemer over te gaan.

Prorest heeft op geen enkele wijze met objectieve en inzichtelijke financiële stukken onderbouwd dat zij een contractsbesparing van twee procent per jaar moet realiseren en dat het noodzakelijk is om daarom de beloning van werknemer aan te passen. Voor recht wordt verklaard dat de eenzijdige wijziging in strijd is met artikel 7:663 BW.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 08-05-2012

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2012:BW7288

Zaaknummer: 1292945 CV EXPL 11-35449

Rechters: M.D. Ruizeveld

Advocaten: M.A.C. Vijn en E.D. Breugelmans-Tanis

Wetsartikelen: 7:663 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Jede Benelux BV

Afwijzing vordering uitbetaling opgebouwde vakantiedagen tijdens arbeidsongeschiktheid. Richtlijnconforme uitleg artikel 7:635 lid 4 (oud) BW leidt tot uitleg contra legem

Werknemer is van 1 november 1995 tot 31 oktober 2009 in dienst geweest van Jede Benelux in de functie van managing director. Vanaf 31 oktober 2007 is werknemer arbeidsongeschikt geweest. Bij het einde van het dienstverband is werknemer een vergoeding uitgekeerd berekend over de laatste zes maanden van het dienstverband overeenkomstig het tot 1 januari 2012 van kracht zijnde artikel 7:635 lid 4 BW. Werknemer vordert uitbetaling van veertig vakantiedagen, derhalve de minimumaanspraak van vier weken gedurende de periode dat hij in dienst van Jede Benelux ziek is geweest. Hij beroept zich op artikel 7 van Richtlijn 2003/88/EG en het arrest Schultz/Hoff, waaruit volgt dat ook (langdurig) zieke werknemers jaarlijks een recht op ten minste vier weken minimumvakantie met behoud van loon hebben.

De kantonrechter stelt vast dat, gelijk het Hof Amsterdam in haar arrest van 10 november 2009 (zie AR 2009-0899) deed, werknemer op grond van de richtlijn en het Schultz/Hoff-arrest recht zou hebben op uitbetaling van veertig vakantiedagen in plaats van de 12,5 uitbetaalde dagen. Het oude artikel 7:635 lid 4 BW was derhalve in strijd met de richtlijn waarop het Schultz/Hoff-arrest berust. Aan werknemer komt evenwel geen rechtstreeks beroep op de richtlijn toe, omdat richtlijnen in beginsel alleen lidstaten binden. De kantonrechter is van oordeel dat een richtlijnconforme uitleg van artikel 7:635 lid 4 (oud) BW niet mogelijk is gelet op het feit dat er blijkens de tekst van dat artikel een expliciete uitzondering is gemaakt op de algemene regel van artikel 7:634 lid 1 BW dat de werknemer recht geeft op vakantie van ten minste vier maal de overeengekomen arbeidsduur per week. Een richtlijnconforme uitleg zou leiden tot een uitleg contra legem. In het feit dat een wetswijziging noodzakelijk was om de Nederlandse wet in overeenstemming met de richtlijn te brengen, ziet de kantonrechter een bevestiging van de constatering dat een richtlijnconforme uitleg van artikel 7:635 lid 4 BW niet mogelijk is. Volgt afwijzing van de vordering.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 02-05-2012

ECLI: ECLI:NL:RBUTR:2012:BW6855

Zaaknummer: 783453 AC EXPL 11-7870 GV4218

Rechters: G.V.M. Veldhoen

Advocaten: C.L. Berkel en P.A.A. Lelijveld

Wetsartikelen: 7:634 BW en 7:635 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen

UWV handelt onrechtmatig jegens werknemer door zonder zorgvuldig onderzoek naar uitwisselbaarheid functies en zonder een deugdelijke motivering een ontslagvergunning aan werkgever af te geven

Werknemer is sinds augustus 1990 in dienst van Libertas, een drukkerij. Libertas heeft het UWV WERKbedrijf toestemming verzocht voor opzegging van de arbeidsovereenkomst. Libertas stelt dat werknemer de unieke functie R-300 drukker vervult en dat deze functie is komen te vervallen. Werknemer stelt dat hij werkzaam is als allrounddrukker en dat hij op grond van het afspiegelingsbeginsel niet voor ontslag in aanmerking komt. Bij beschikking van 29 juli 2009 heeft het UWV Libertas toestemming verleend om de arbeidsovereenkomst met werknemer op te zeggen. De arbeidsovereenkomst is opgezegd tegen 31 oktober 2009. Werknemer heeft op 9 augustus 2009 een klacht ingediend bij het UWV over het feit dat bij de beoordeling van de ontslagaanvraag onvoldoende rekening is gehouden met zijn verweer ten aanzien van de toepassing van het afspiegelingsbeginsel. Deze klacht is door het UWV gegrond verklaard. Tijdens de procedure bij de Nationale Ombudsman heeft het UWV erkend dat het UWV in de ontslagprocedure niet heeft voldaan aan zijn onderzoeksplicht door zonder nader onderzoek (tweede ronde van hoor en wederhoor) naar de uitwisselbaarheid van de functies een ontslagvergunning af te geven. Thans stelt werknemer het UWV aansprakelijk voor zijn geleden schade.

Met werknemer is de rechtbank van oordeel dat het UWV door na te laten onderzoek naar de uitwisselbaarheid van de functies te verrichten en na te laten het besluit deugdelijk te motiveren in strijd heeft gehandeld met de zorgvuldigheid die de overheid in het maatschappelijk verkeer betaamt. Gezien de vergaande gevolgen van een ontslagbesluit (waartegen geen bezwaar en beroep mogelijk is) had van het UWV bij de totstandkoming van het besluit de grootst mogelijke zorgvuldigheid verwacht mogen worden. Het betoog van het UWV dat de ontslagvergunning destijds reeds verleend had kunnen worden met de motivering dat er een wezenlijk verschil is in vereiste kennis tussen de functies R-300 drukker en allrounddrukker wordt niet gevolgd. De tekst van paragraaf 3b van de beleidsregels duidt

erop dat een cursus van een paar dagen (die vereist is voor de functie allrounddrukker) niet in de weg staat aan het aannemen van uitwisselbaarheid. Het betoog van het UWV dat het UWV tot dezelfde conclusie zou zijn gekomen indien zorgvuldig onderzoek zou zijn verricht, wordt als onvoldoende onderbouwd gepasseerd. Voorts faalt het verweer dat werknemer eventuele schade geheel dan wel gedeeltelijk aan zichzelf te wijten heeft omdat hij een kennelijk-onredelijkontslagprocedure tegen Libertas had kunnen starten. Het staat werknemer vrij om te bepalen wie hij aanspreekt. De zaak wordt aangehouden, zodat partijen zich over de schadeberekening kunnen uitlaten.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 02-05-2012

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2012:BW7122

Zaaknummer: 501802 / HA ZA 11-2592

Rechters: C.C.M. Oude Hengel

Advocaten: J.W.A. Wijsman en B.J.H. Crans

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Stichting Koraal Groep/werkneemster

Gedeeltelijke ontbinding arbeidsovereenkomst. Werkgever heeft verzuimd in de arbeidsovereenkomst op te nemen dat een deel van de functie van werkneemster slechts een tijdelijk karakter had ter vervanging van een arbeidsongeschikte collega. C=1,5

Werkneemster is sinds 2001 in dienst van de Koraal Groep. Op 1 oktober 2010 is een arbeidsovereenkomst gesloten op grond waarvan zij voor 20 uren per week in de functie van cliëntvertrouwenspersoon werkzaam is bij de stichting Sint Anna te Heel en voor 18 uren als vervangster in de functie van cliëntvertrouwenspersoon bij Op de Bies. Koraal Groep verzoekt de gedeeltelijke ontbinding van de op 1 oktober 2010 gesloten arbeidsovereenkomst, nu zij heeft verzuimd in die arbeidsovereenkomst op te nemen dat de 18 uren die werkneemster voor Op de Bies werkzaam is enkel ter vervanging strekken van de aldaar tewerkgestelde arbeidsongeschikte cliëntvertrouwenspersoon. Deze persoon is weer in staat haar werkzaamheden te hervatten.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Aan Koraal Groep komt een zekere mate van beleidsvrijheid toe ten aanzien van de wijze door wie zij de werkzaamheden in haar onderneming wenst te laten uitvoeren. Gezien de nadrukkelijk door Koraal Groep gemaakte keuze om de arbeidsongeschikte vertrouwenspersoon te laten terugkeren, is er voor werkneemster geen plaats meer, hoewel dit erg zuur is voor werkneemster. De arbeidsovereenkomst wordt derhalve gedeeltelijk ontbonden. Omdat werkneemster geen enkel verwijt valt te maken, wordt een vergoeding met C=1,5 (€ 16.400) billijk geacht.

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 09-11-2011

ECLI: ECLI:NL:RBMAA:2011:BW6733

Zaaknummer: 446249 ej 11-282

Rechters: A.C. Oosterman-Meulenbeld

Advocaten: H. Frijlink en A.W. Braam

Wetsartikelen: 7:685 BW

RECHTSPRAAK

ABN AMRO/werknemer

Werkgever niet aansprakelijk voor burn-out werknemer. Werknemer niet geslaagd in aantonen causaal verband burn-out en werkomstandigheden

Werknemer is sinds 1997 (aanvankelijk als uitzendkracht later als werknemer) in dienst van ABN AMRO. In 2001 is werknemer uitgevallen wegens ziekte. De arbeidsovereenkomst is met ingang van 1 april 2004 ontbonden, zonder toekenning van een vergoeding. Werknemer heeft vervolgens ABN AMRO aansprakelijk gesteld voor de schade die hij als gevolg van zijn burn-out lijdt. De kantonrechter heeft ABN AMRO aansprakelijk geoordeeld. Tegen dit oordeel keert ABN AMRO zich in hoger beroep.

Het hof oordeelt als volgt. Werknemer heeft met het HSK-rapport en het Arboschade-rapport vooralsnog voldoende aannemelijk gemaakt dat hij in april 2001 is uitgevallen in verband met 'burn-out'-klachten. Deze rapporten bevatten echter onvoldoende ondersteuning voor de stelling dat zijn klachten zijn veroorzaakt door de werkomstandigheden op de afdeling Global Business Support vanaf maart 2000. Het HSK-rapport vermeldt in het onderdeel klachtenanamnese (op pagina 2) weliswaar dat werknemer in zijn werkzaamheden op die afdeling toenemend een hoge werkdruk ervoer in verband met onderbezetting, maar deze vermelding berust slechts op mededelingen van werknemer zelf over hoe hij zijn werkomstandigheden heeft ervaren. Het Arboschade-rapport vermeldt in het onderdeel Inleiding op pagina 2 dat voor werknemer het werk in die periode zeer stresserend was. Ook deze vermelding is kennelijk (een bronvermelding ontbreekt) ontleend aan de als bijlage 1 bij dat rapport gevoegde eigen verklaring van werknemer. Kennelijk berust geen van beide rapporten op eigen onderzoek naar de werkomstandigheden van werknemer vanaf maart 2000. In deze rapporten ontbreekt voorts een objectivering van de mate waarin de door werknemer ervaren werkomstandigheden hebben kunnen bijdragen aan het ontstaan van de 'burn-out'-klachten. Naar het oordeel van het hof heeft werknemer ook anderszins niet voldaan aan zijn stelplicht op dit punt. Zijn beschrijving (in algemene bewoordingen) van zijn arbeidsomstandigheden in nrs. 11 en 12 van de inleidende dagvaarding, inhoudende dat hij vanaf maart 2000 in de uitoefening van zijn werkzaamheden binnen de afdeling Global

Business Support met een hoge werkdruk en onderbezetting gepaard aan een gebrek aan steun van de leiding werd geconfronteerd, is tegenover de betwisting door ABN AMRO onvoldoende. Het hof deelt voorts niet de mening van werknemer dat ABN AMRO onvoldoende aan de re-integratie van werknemer heeft gedaan. Derhalve faalt een beroep op artikel 7:658 BW.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 20-09-2011

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2011:BW7220

Zaaknummer: 200.034.944/01

Rechters: D.J. van der Kwaak, R.J.M. Smit en W.J. van den Bergh

Advocaten: A. van Hees en D.G.M. de Grave-Verkerk

Wetsartikelen: 7:658 BW en 7:611 BW

RECHTSPRAAK

Stichting Mosae Zorggroep/werkneemster

Verval functie receptioniste wegens bedrijfseconomische redenen. Toepassing Ontslagbesluit in ontbindingsprocedure. Niet gebleken is dat SMZ op goede gronden heeft afgezien van toepassing van het afspiegelingsbeginsel. Afwijzing ontbindingsverzoek

Werkneemster is sinds 2008 in dienst van SMZ (aanbieder van zorg op locatie) als receptioniste. Thans verzoekt SMZ ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Hiertoe wordt aangevoerd dat er sprake is van een slechte financiële situatie op grond waarvan herstructurering van een aantal locaties noodzakelijk is. De functie van werkneemster is hierdoor komen te vervallen. Bovendien is sprake van een verstoorde arbeidsrelatie, doordat werkneemster niet discreet met de beëindigingsonderhandelingen is omgegaan en zich negatief heeft uitgelaten over de organisatie en collega's.

De kantonrechter oordeelt als volgt. SMZ heeft haar slechte financiële situatie voldoende met stukken onderbouwd. Dat SMZ de jaarcijfers niet heeft laten verifiëren door een accountant, maakt dit niet anders. In beginsel komt in de ontbindingsprocedure reflexwerking toe aan het Ontslagbesluit. Werkneemster heeft gesteld dat had moeten worden onderzocht of zij door toepassing van het afspiegelingsbeginsel degene is die voor ontslag in aanmerking komt. Hoewel dit wel op haar weg had gelegen, heeft SMZ hier niets tegenin gebracht. Gesteld noch gebleken is dat SMZ terecht heeft afgezien van toepassing van het afspiegelingsbeginsel. Het ontbindingsverzoek wegens bedrijfseconomische redenen is derhalve onvoldoende onderbouwd. Ook de gestelde verstoorde arbeidsrelatie heeft SMZ onvoldoende onderbouwd. Volgt afwijzing van het ontbindingsverzoek.

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 16-09-2011

ECLI: ECLI:NL:RBMAA:2011:BW6708

Zaaknummer: 440294 AZ VERZ 11-169

Rechters: I.M. Etman

Advocaten: L. Isenborghs en C. van der Steen

Wetsartikelen: 7:685 BW en 4:2 Ontslagbesluit

RECHTSPRAAK

Ad Hoc Beheer BV/werknemer

Verstoorde arbeidsrelatie vanwege niet actief meewerken aan re-integratie na skiongeval en problemen met werkhouding werknemer niet komen vast te staan. Afwijzing ontbindingsverzoek

Werknemer is in dienst van Ad Hoc als medewerker controle en facilitaire zaken. Thans verzoekt Ad Hoc ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Vanaf het moment dat werknemer arbeidsongeschikt is geraakt als gevolg van een skiongeval zijn er volgens Ad Hoc problemen ontstaan met de werkhouding van werknemer. Ook hield hij zich tijdens werktijd bezig met privéactiviteiten. Werknemer heeft sterk de indruk gegeven niet actief bezig te zijn met re-integratie. Daarnaast is de arbeidsrelatie met andere collega's verstoord geraakt.

De kantonrechter oordeelt als volgt. De stellingen van Ad Hoc worden op geen enkele wijze door feitenmateriaal gesteund en zijn veel te globaal om daaraan enig houvast te ontleen. Het had op de weg had gelegen van Ad Hoc, indien zij de mening toegedaan was dat werknemer niet althans onvoldoende meewerkte aan zijn re-integratie, om aan het UWV een deskundigenoordeel te vragen teneinde vast te laten stellen of hij onvoldoende aan zijn re-integratieverplichtingen voldeed. Ad Hoc heeft werknemer ook niet aangesproken op zijn functioneren. Het lijkt erop dat Ad Hoc werknemer niet wil laten terugkeren in zijn bedongen arbeid, nu er voor die arbeid al een vervanger is aangesteld. Nu de verstoorde arbeidsrelatie niet is komen vast te staan, wordt het ontbindingsverzoek afgewezen.

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 05-09-2011

ECLI: ECLI:NL:RBMAA:2011:BW6718

Zaaknummer: 437301 AZ VERZ 11-149

Rechters: H.W.M.A. Staal

Advocaten: P.F. van den Brink en F.H.I. Hundscheid

Wetsartikelen: 7:685 BW

RECHTSPRAAK

Promiss BV/werkneemster

Afwijzing ontbindingsverzoek Assistent Storemanager Promiss na verdwijnen € 3660 uit kluis. Naleving filiaalhandleiding is niet systematisch en nauwgezet gecontroleerd en werkneemster is niet eerder gewaarschuwd voor overtreding van de voorschriften

Werkneemster is in dienst van Promiss als Assistent Storemanager. Thans verzoekt Promiss ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens een dringende reden dan wel een vertrouwensbreuk. Promiss stelt dat werkneemster veelvuldig in strijd heeft gehandeld met de filiaalhandleiding, waardoor zij de verdenking op zich heeft geladen dat zij zich schuldig heeft gemaakt aan althans betrokken is bij de diefstal of verduistering van een Promiss plastic tas met sealbags uit de kluis van het filiaal te Maastricht.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Vaststaat dat werkneemster de filiaalhandleiding niet naar behoren heeft nageleefd en dat er een bedrag van € 3660 verdwenen is uit de kluis van het filiaal in Maastricht, waarvoor werkneemster verantwoordelijk is. Ondanks het feit dat de filiaalhandleiding voor Promiss een zeer belangrijk richtsnoer is (met name voor wat betreft de beveiligingsvoorschriften waaronder die voor het kluisbezoek en tassencontrole), is ter terechtzitting vast komen te staan dat de in die handleiding voorgeschreven regels tot dusver niet systematisch en nauwgezet op naleving door Promiss gecontroleerd zijn. In het filiaal in Maastricht worden de controlevoorschriften al enige jaren in beperkte mate gehandhaafd/toegepast. Bovendien heeft Promiss niet gewaarschuwd voor het niet naleven van controle- en beveiligingsvoorschriften. Niet gebleken is dat werkneemster eerder in strijd heeft gehandeld met de filiaalhandleiding en daarvoor gewaarschuwd is. Van een dringende reden is derhalve geen sprake. Het eenzijdig opzeggen van alle vertrouwen in werkneemster wordt niet door de feiten gerechtvaardigd. Geenszins is komen vast te staan dat werkneemster zichzelf schuldig gemaakt heeft aan verduistering of daarvoor de enige verantwoordelijke is. Er is veel onduidelijkheid over de verdwijning van het geld, mede doordat Promiss de politie niet heeft ingeschakeld. Onduidelijk is zelfs op welke dag het geld verdwenen is. Volgt afwijzing van het ontbindingsverzoek.

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 01-09-2011

ECLI: ECLI:NL:RBMAA:2011:BW678o

Zaaknummer: 436553 AZ VERZ 11-146

Rechters: H.W.M.A. Staal

Advocaten: E.M.Y. Sørensen en P.J.A.A. Wassen

Wetsartikelen: 7:685 BW, 7:677 BW en 7:678 BW

RECHTSPRAAK

werkgeefster/werkneemster

Ontbinding arbeidsovereenkomst doktersassistente na accepteren gift van patiënt. Accepteren gift gebeurt vaker in dokterspraktijk van alledag en is niet onethisch. Vergoeding ruim € 113.000

Werkneemster is sinds 1973 in dienst van de maatschap als doktersassistente. Thans verzoekt de maatschap ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Werkneemster heeft haar naam en rekeningnummer aan een patiënt gegeven, die een geldbedrag van € 2.500 naar haar heeft overgemaakt. Na storting van dit bedrag door de zoon van de patiënt heeft werkneemster alsnog een gift van € 100 geaccepteerd. Het is een gouden regel in de (medische) hulpverlening om geen giften of bevoordelingen aan te nemen van degenen tot wie een hulpverlener in een behandelingsrelatie staat. Door de handelswijze van werkneemster is een vertrouwensbreuk ontstaan.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Nu de arbeidsrelatie ernstig is verstoord, wordt de arbeidsovereenkomst ontbonden. Werkneemster wordt een vergoeding toegekend met C=1 (€ 113.135,09). Redengevend hiervoor is dat werkneemster de patiënt niet onder druk heeft gezet het bedrag aan haar te betalen. De gift een is uiting van oprechte dank voor bewezen dienst en trouw. Giften worden vaker gedaan én geaccepteerd in de dokterspraktijk van alledag. Het is niet per se onethisch om dergelijke giften te accepteren, het kan zelfs beledigend zijn om een eenvoudige gift, gegeven uit de grond van het hart, te weigeren. Uiteindelijk heeft werkneemster slechts een gift van € 100 ontvangen. Dat zij haar werkgever hiervan niet op de hoogte heeft gesteld, is niet meer dan een eenmalige uitglijder. Door werkneemster meteen op non-actief te stellen, is werkgever fors uit de bocht gevlogen. Deels is de ontbinding verwijtbaar aan werkneemster zelf, maar voor een minstens even groot deel verwijtbaar aan de maatschap.

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 08-07-2011

ECLI: ECLI:NL:RBMAA:2011:BW6750

Zaaknummer: 431995 ej 11-181

Rechters: P. Hoekstra

Advocaten: T. Schonenburg en P.J.C. Bolton

Wetsartikelen: 7:685 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Coöporatieve Centrale Raiffeisen- Boerenleenbank B.A.

Kennelijke misslag in ontbindingsbeschikking leidt niet tot doorbreking appelverbod wegens schending fundamentele beginselen

De arbeidsovereenkomst tussen werknemer en de Rabobank is bij beschikking van 31 augustus 2011 ontbonden. Werknemer keert zich tegen deze beschikking in hoger beroep, stellende dat zulke fundamentele rechtsbeginselen zijn geschonden dat niet kan worden gesproken van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak. In de beschikking staat namelijk opgenomen dat is ontbonden wegens een verstoorde arbeidsrelatie, terwijl over die grond in het geheel geen partijdebat is geweest. De Rabobank stelt zich op het standpunt dat de beschikking op dit punt een kennelijke misslag vertoont en dat uit het geheel van de beschikking blijkt dat het om een neutrale ontbinding gaat, zodat werknemers beroep alsnog moet worden verworpen.

Het hof oordeelt als volgt. Met de Rabobank is het hof van oordeel dat uit de beschikking blijkt dat de kantonrechter heeft ontbonden op grond van 'veranderingen van omstandigheden van dien aard dat de arbeidsverhouding tussen partijen billijkheidshalve behoort te eindigen'. Bijgevolg moet het beroep van werknemer worden verworpen.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 19-06-2012

ECLI: ECLI:NL:GHSGR:2012:BW7014

Zaaknummer: 200.098.148/01

Rechters: M.H. van Coeverden, S.R. Mellema en V. Disselkoen

Advocaten: S.P.A. Bollen en G.J.L.F.M. Schakenraad

Wetsartikelen: 7:685 BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/Tandartspraktijk X

Matiging loonvordering tot wettelijk minimum van drie maanden ex artikel 7:681 BW onvoldoende gemotiveerd. Toewijzing loonvordering 22 maanden na een feitelijk dienstverband van slechts twaalf maanden, leidt niet zonder meer tot wanverhouding als werkgever pas na 22 maanden voorwaardelijke ontbinding heeft verzocht

Werkneemster is op 1 juli 2006 in dienst getreden van werkgever. Op 18 juli 2007 heeft werkgever de arbeidsovereenkomst met onmiddellijke ingang opgezegd. Sindsdien heeft werkneemster niet meer voor werkgever gewerkt. Werkneemster heeft bij brief van 17 augustus 2007 de nietigheid van het ontslag ingeroepen, aanspraak gemaakt op doorbetaling van salaris en meegedeeld dat zij zich beschikbaar bleef stellen om op eerste afroep haar werkzaamheden te verrichten. De arbeidsovereenkomst is bij beschikking van 16 april 2009 voorwaardelijk ontbonden onder toekenning van een vergoeding van € 1950. Werkneemster heeft in eerste aanleg loon gevorderd over de periode 18 juni 2007 tot 16 april 2009. De kantonrechter heeft geoordeeld dat het ontslag op staande voet niet rechtsgeldig is en heeft de loonvordering, na matiging tot het in artikel 7:680a BW voorziene minimum, tot een bedrag van € 5850. Het hof heeft het appèl van werkneemster verworpen, stellende dat bij volledige toewijzing een wanverhouding zou ontstaan tussen de tijd waarover loon moet worden betaald en de tijd die werkneemster feitelijk voor werkgever heeft gewerkt. Tegen dit oordeel keert werkneemster zich in cassatie.

De Hoge Raad oordeelt als volgt. De rechter is op grond van artikel 7:680a BW slechts bevoegd een vordering tot doorbetaling van loon die gegrond is op de vernietigbaarheid van de arbeidsovereenkomst te matigen, indien toewijzing in de gegeven omstandigheden tot onaanvaardbare gevolgen zou leiden. Zoals de Hoge Raad in de arresten van 1 juni 1990, LJN AB7630, *NJ* 1990, 715; 30 oktober 1998, LJN ZC2761, *NJ* 1999, 268; 19 januari 2001, LJN AA9560, *NJ* 2001, 264 en 16 april 2010, LJN BL1532, *NJ* 2010, 228 reeds oordeelde, dient de rechter bij de uitoefening van deze bevoegdheid een mate van terughoudendheid te betrachten die met deze maatstaf strookt en van die terughoudendheid in zijn motivering te doen blijken, en dient hij alle bijzonderheden van het geval in aanmerking te nemen bij zijn oordeel omtrent de

aanvaardbaarheid van de gevolgen van toewijzing van de vordering tot loondoorbetaling. Weliswaar oordeelt het hof dat bij toewijzing van de vordering een wanverhouding zou ontstaan tussen het tijdvak waarover loon moet worden betaald (bijna 22 maanden) en het tijdvak waarin werkneemster feitelijk voor werkgever heeft gewerkt (ruim een jaar), maar dit oordeel is onvoldoende om zijn beslissing te dragen. Het hof maakt immers niet duidelijk waarom in dit geval – waarin de werkgever eerst twintig maanden na het ontslag op staande voet waarvan de werknemer de nietigheid heeft ingeroepen, ontbinding van de arbeidsovereenkomst heeft verzocht – van een zodanige wanverhouding sprake is dat toewijzing van de vordering tot onaanvaardbare gevolgen zou leiden en dat de vordering tot het in artikel 7:680a BW genoemde minimum van drie maanden moet worden gematigd.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 01-06-2012

ECLI: ECLI:NL:HR:2012:BV7347

Zaaknummer: 11/02579

Rechters: J.B. Fleers, J.C. van Oven, W.D.H. Asser, M.A. Loth en G. Snijders

Advocaten: J.P. Heering en L.B. de Graaf

Wetsartikelen: 7:680a BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/Just Brands BV

Geen sprake van belemmering of vertraging genezing door wegens psychische problemen te stoppen met mediation. Werkneemster heeft op basis van het grondrecht op lichamelijk integriteit de vrijheid om niet de door de bedrijfsarts voorgestelde psychologische interventie te volgen, maar zelf via de huisarts psychologische hulp in te schakelen

Werkneemster is in dienst van Just Brands als Financial Controller. Ze heeft zich na kritiek op haar functioneren ziek gemeld. De bedrijfsarts heeft psychische interventie bij HSK geadviseerd. Just Brands heeft de loondoorbetaling gestopt op grond van artikel 7:629 lid 3 BW. Gesteld wordt dat werkneemster haar herstel onnodig ophoudt door niet mee te werken aan mediation en medische interventie. Daarnaast is zij niet gestart met psychische interventie bij een instelling zoals HSK. Werkneemster heeft een loonvordering ingesteld.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Een werknemer heeft grote vrijheid te bepalen op welke wijze hij of zij wenst te genezen. Die vrijheid is gebaseerd op het recht op lichamelijke integriteit, een in internationale en nationale bepalingen vastgelegd grondrecht. In dit geval wordt dit grondrecht niet op zodanige wijze uitgeoefend dat sprake is van belemmering van het herstel. Werkneemster heeft zich op advies van de bedrijfsarts ziek gemeld. De bedrijfsarts heeft psychische interventie voorgesteld, bijvoorbeeld via HSK. Deze behandeling bij HSK is niet dwingend opgelegd. Werkneemster is vanaf november 2011 onder behandeling van haar huisarts die in februari 2012 heeft geadviseerd psychologische hulp in te schakelen. Dit heeft werkneemster ook gedaan. Niet geoordeeld kan worden dat werkneemster hierdoor haar genezing bewust vertraagd heeft. Door in februari 2012 te stoppen met de mediation omdat zij het niet aankon, heeft werkneemster, gelet op de verklaring van de psycholoog waaruit blijkt dat zij een ontredde indruk maakte, niet verwijtbaar gehandeld. Volgt toewijzing van de loonvordering.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 22-05-2012

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2012:BW7225

Zaaknummer: 1344406 KK 12-587

Rechters: G.C. Boot

Advocaten: D.H. Stibbe en E. Schop

Wetsartikelen: 7:629 lid 3 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/SRC-Cultuurvakanties B.V.

Reisleider heeft geen recht op overwerkvergoeding conform de cao omdat partijen bewust een hogere functiegroep zijn overeengekomen. Het verblijf in het buitenland leidt niet tot een aanwezigheidsdienst in de zin van Hof van Justitie-rechtspraak, zodat een reisleider niet 24 uursdiensten verricht

Werknemer is op 8 mei 2009 op basis van een (schriftelijk vastgelegde) arbeidsovereenkomst met uitgestelde prestatieplicht voor bepaalde tijd bij SRC in dienst getreden in de functie van reisleider tegen een salaris van € 1690,93 bruto per maand (schaal 5, trede 4). Deze overeenkomst liep tot en met 31 oktober 2009. Op de overeenkomst is de CAO voor de Reisbranche (hierna: de cao) van toepassing verklaard. In de periode 8 mei tot en met 31 oktober 2009 heeft werknemer een viertal reizen naar Spanje begeleid. In artikel 7d van de arbeidsovereenkomst staat vermeld dat werknemer wordt geacht acht uur op een dag te hebben gewerkt. De werknemer ontvangt noch loon, noch enige andere vergoeding voor uren dat hij/zij meer dan acht uur heeft gewerkt. Op grond van de cao hebben werknemers recht op overwerkvergoeding indien zij in de functiegroep 2 t/m 5 zitten. Volgens SRC vallen haar reisleiders onder functiegroep 6. Werknemer heeft in eerste aanleg overwerkvergoeding gevorderd.

Het hof oordeelt als volgt. Anders dan werknemer stelt, is het hof niet van oordeel dat hij geen functiegroep 6 is overeengekomen. Zijn salaris correspondeert immers met dat van een functiegroep 6. Kennelijk hebben partijen de functie bewust hoger ingeschaald. De stelling van werknemer dat artikel 7d van de arbeidsovereenkomst strijdig is met artikel 10 van de cao, miskent bijgevolg dat artikel 10 juist voor werknemers in functiegroep 6 in een uitzonderingssituatie voorziet. In zoverre is artikel 7d van de arbeidsovereenkomst niets meer en niets minder dan een bevestiging van hetgeen uit de cao voortvloeit. De stelling van werknemer dat artikel 10 van de cao analoog zou moeten worden toegepast, snijdt geen hout, omdat partijen zijn overeengekomen de cao toe te passen en de beoogde analoge toepassing feitelijk zou leiden tot buiten toepassing laten van hetgeen is overeengekomen.

Werknemer bestrijdt voorts het oordeel van de kantonrechter dat in het geval van werknemer geen sprake is van aanwezigheidsdienst zoals bedoeld in de aangehaalde uitspraken van het Hof van Justitie, nu werknemer geenszins aannemelijk gemaakt heeft dat hij in de uitoefening van zijn functie ter plaatse (volledig en 24 uur per dag) ter beschikking van SRC moest staan. Het hof onderschrijft het oordeel van de kantonrechter en maakt dit tot het zijne. Het enkele feit dat werknemer tijdens de reis op kosten van SRC in het hotel verbleef waar ook de deelnemers aan de reis werden ondergebracht, impliceert niet dat werknemer daartoe door SRC werd verplicht. Hij diende slechts telefonisch bereikbaar te zijn en niets stond eraan in de weg dat hij 's nachts elders verbleef. De inzet van werknemer is prijzenswaardig, maar leidt niet tot een verplichting zijdens SRC.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 22-05-2012

ECLI: ECLI:NL:GHLEE:2012:BW6985

Zaaknummer: 200.080.893/01

Rechters: J.M. der Rowel-van Linde, H. de Hek en D.J. Buijs

Advocaten: M.A.M. Euverman, J.C. Daniëls, J.V. van Ophem en R.I.A. Paul

Wetsartikelen: 7:611 BW en 10 CAO voor de Reisbranche

RECHTSPRAAK

SHP Bouwbedrijven BV/werknemer

Toestemming voor opzegging arbeidsovereenkomst timmerman die vijftien jaar lid is geweest van de ondernemingsraad. Geen verband tussen voorgenomen ontslag en OR-lidmaatschap

Werknemer is sinds 1993 als timmerman in dienst van SHP Bouwbedrijven. Hij is tot 1 januari 2012 lid geweest van de ondernemingsraad. In maart 2012 heeft UWV WERKbedrijf toestemming gegeven de arbeidsovereenkomst wegens bedrijfseconomische redenen op te zeggen. Thans verzoekt SHP Bouwbedrijven de kantonrechter ex artikel 7:670a BW toestemming te verlenen voor opzegging van de arbeidsovereenkomst.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Tussen partijen is niet in geschil dat bedrijfseconomische omstandigheden ten grondslag liggen aan de reorganisatie. UWV WERKbedrijf heeft in het kader van haar beoordeling van de gevraagde ontslagvergunning getoetst of het afspiegelingsbeginsel jegens werknemer correct is toegepast en die vraag bevestigend beantwoord. Werknemer heeft onvoldoende feiten en omstandigheden gesteld, die een aanwijzing opleveren dat SHP Bouwbedrijven – gezien tegen de achtergrond van de OR-werkzaamheden van werknemer – net zo lang met de onderhavige reorganisatie heeft gewacht, totdat werknemer in de leeftijdscategorie 55 jaar en ouder zou vallen en daarmee voor ontslag zou kunnen worden voorgedragen. Ook anderszins biedt het verweer van werknemer onvoldoende aanwijzingen voor een verband tussen het (voorgenomen) ontslag van werknemer en diens OR-lidmaatschap. De verzochte toestemming wordt verleend.

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 09-05-2012

ECLI: ECLI:NL:RBLLE:2012:BW7141

Zaaknummer: 390047 \ VZ VERZ 12-72

Rechters: R. Giltay

Advocaten: A.L. Neef

Wetsartikelen: 7:670 lid 4 BW en 7:670a BW

RECHTSPRAAK

Eternit/Frankrijk

Botsing tussen recht op eerlijk proces en recht op medische privacy in geval van bedrijfsongevallen en beroepsziektes. Recht op inzage medische stukken. Informatieplicht werknemer. Informatieplicht verzekeringsarts?

Werknemer P. was van 1951 tot 1990 als technisch medewerker in dienst bij Eternit, destijds een asbestverwerkend bedrijf. In 2005 meldde P. bij de regionale Franse socialezekerheidskas, de Caisse primaire d'assurance maladie (CPAM) dat hij een beroepsziekte had opgelopen. Hij voegde daarbij enkele verklaringen van artsen, volgens welke er sprake was van asbestose en longkanker. De verklaringen van de artsen werden door CPAM aan Eternit gezonden, vergezeld van een vragenlijst over de arbeidsomstandigheden bij Eternit. In februari stelde CPAM Eternit op de hoogte van het feit dat de ziekte van P. als beroepsziekte werd erkend. Dit had (kennelijk) als gevolg dat de arbeidsongeschiktheidspremie van Eternit zou worden verhoogd. Eternit heeft zich tegen de beslissing van CPAM verzet. In eerste aanleg krijgt Eternit gelijk. De rechter was het eens met Eternit dat CPAM onvoldoende onderzoek had gedaan naar de ziekte van P., en dat de beslissing daarom onvoldoende gemotiveerd was, mede gelet op het feit dat Eternit uitsluitend inzage had gekregen in de verklaringen van de artsen, maar niet in de onderliggende medische stukken. CPAM ging in hoger beroep. Volgens CPAM had zij geen verplichting om nader onderzoek te doen, en beschikte Eternit over dezelfde stukken in het dossier als CPAM zelf. De onderliggende medische stukken in dergelijke dossiers worden namelijk niet door een arts onder haar eigen gezag verzameld, maar door een onafhankelijke arts die onder het gezag stond van de Caisse nationale de l'assurance maladie des salaires (CNAMTS). Deze arts stuurt aan CPAM alleen een verklaring of de betrokkene al dan niet lijdt aan een beroepsziekte voorkomend op een daarvoor opgestelde lijst. Eternit voerde in de hogerberoepsprocedure onder andere aan dat het feit dat zij niet kon beschikken over de onderliggende medische stukken, in strijd was met artikel 6 EVRM. De appelrechter en cassatierechter gaven Eternit ongelijk. Volgens vaste Franse cassatierechtspraak heeft het bevoegd gezag in een dergelijk geval de discretionaire bevoegdheid om nader onderzoek in te stellen naar de medische gegevens van een

betrokkene, bij gebreke waarvan de medische gegevens niet in het geding gebracht hoeven te worden. Wordt er wel een nader onderzoek ingesteld door het bevoegd gezag, dan worden de gegevens wel ter beschikking gesteld aan (onder andere) een medische expert aangewezen door de werkgever. Eternit legde het geval vervolgens voor aan het EHRM.

Het Europese Hof oordeelt als volgt. Het EHRM roept in herinnering dat een behoorlijke procedure op tegenspraak in beginsel met zich brengt dat alle partijen bij de procedure kennis kunnen nemen van alle stukken die aan de rechter zijn gezonden om zijn beslissing te beïnvloeden, en om zich te kunnen uitspreken over elk stuk in het dossier. In het bijzonder stukken van medische experts, bijvoorbeeld diagnoses van een geconsulteerde arts, moeten becommentarieerd kunnen worden, omdat ze vanwege hun technische karakter de bevindingen van de rechter gemakkelijk kunnen beïnvloeden (EHRM 18 maart 1997, *JB* 1997/112, *Mantovanelli*). Het recht op een eerlijk proces is echter niet absoluut, en de strekking van dat recht kan variëren al naar gelang de omstandigheden van het geval. Volgens het Hof zijn er in dit geval omstandigheden die een relativering meebrengen van het recht op een eerlijk proces. In de eerste plaats merkt het Hof als een dergelijke omstandigheid aan het feit dat de geconsulteerde arts een geheimhoudingsverplichting heeft. In de tweede plaats wordt gewezen op het recht op medische privacy van P. Het Hof wijst er nog eens op dat de bescherming van medische gegevens een belangrijk aspect is van het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer op grond van artikel 8 EVRM (zie ook EHRM 27 augustus 1997, *NJ* 1999, 464, *M.S. vs. Zweden*). In de twee zaken die veelal worden aangehaald als het gaat om het recht op inzage in medische stukken, waren deze twee aspecten niet aan de orde, omdat het hier ging om inzage in medische stukken door de patiënt zelf (*Mantovanelli* en EHRM 11 januari 2007, no. 71665/01, *Augusto vs. Frankrijk*). Aldus moet het Hof voor het eerst een afweging maken tussen de rechten in artikel 6 en artikel 8 EVRM, welke geen van beide absoluut zijn. Het Hof stelt dat ze zo moeten worden afgewogen dat geen van beide in het hart worden geraakt. In de eerste plaats overweegt het Hof dat een dergelijk evenwicht wordt bereikt als de werkgever aan de rechter kan verzoeken een onafhankelijke medische expert aan te wijzen, die de medische stukken kan inzien en wiens rapport, rekening houdend met het recht op medische privacy, als doel heeft de rechter en partijen voor te lichten (r.o. 37).

In de tweede plaats is het Hof van mening dat de procedure in het onderliggende geval als geheel genomen niet in strijd is met het recht op een eerlijk proces. Het Hof noemt daarbij in het bijzonder de mogelijkheid voor de werkgever om door de tussenkomst van een medische expert de gegevens te kunnen inzien in bepaalde gevallen. Het feit dat de werkgever geen mogelijkheid heeft de medische stukken in te zien en te betwisten als het bevoegd gezag geen onderzoek start omdat het zich voldoende geïnformeerd acht, doet daar niet aan af. Naar vaste rechtspraak van het Hof is de toelaatbaarheid en overtuigingskracht van bewijs namelijk een

onderwerp dat geregeld wordt naar nationaal recht. Het feit dat de werkgever geen inzage heeft gehad in de onderliggende medische stukken, maakt volgens het Hof ten slotte niet dat de procedure in strijd is met het beginsel van 'equality of arms'. De CPAM zelf had namelijk ook geen inzage in die stukken. De arts van het CNAMTS die deze stukken wel had, was wettelijk gezien onafhankelijk van het CPAM en was bovendien gehouden aan zijn beroepsgeheim.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 18-04-2012

Zaaknummer: 20041/10