

Nieuwsbrief AR Updates - Nummer 12, 2013

Nummer 12, 2013

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

Hof

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ5111 19-03-2013

werknemer/Medtronic B.V.

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ4763 19-03-2013

Zandleven Coatings B.V./werknemer

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ4783 19-03-2013

werknemer/VDR Groep en VDR Vastgoed

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ4784 19-03-2013

Qualinorm B.V./ex-echtgenote van werknemer

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ4789 19-03-2013

werknemer/Qualinorm B.V.

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ4773 19-03-2013

X/Laurentius

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ5085 19-03-2013

werknemers c.s./Dycore B.V.

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ5206 19-03-2013

werknemer/Doco International BV

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ5178 12-03-2013

AABO Trading Company B.V./werknemer

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ5184 12-03-2013

werknemer/FNV Bondgenoten

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ4821 05-03-2013

werknemer/werkgever

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ5163 05-03-2013

Stichting Pensioenfonds Horeca en Catering/bestuurder Capital X BV

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ4825 26-02-2013

Stichting pensioenfond Horeca en Catering/werknemer

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ5005 26-02-2013

werkgever/werknemer

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ5040 26-02-2013

werknemer/werkgever

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ4578 20-02-2013

Ondernemingsraad DB Schenker Rail Nederland/DB Schenker Rail Nederland

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ4576 12-02-2013

Ondernemingsraad N.V. Elektriciteits Productiemaatschappij Zuid-Nederland
EPZ/N.V. Elektriciteits Productiemaatschappij Zuid-Nederland EPZ

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ4558 28-01-2013

Ondernemingsraad Global Technology Services/IBM Nederland

Rechtbank

Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ5108 21-03-2013

Stichting Dienstverlening Welzijn Enschede/X

Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2013:BZ4566 18-03-2013

Stichting RTV Drenthe/werknemer

Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ5153 15-03-2013

werknemer/Stichting Onze Lieve Vrouwe Gasthuis

Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2013:BZ5255 14-03-2013

werknemer/Sita Recycling Services West B.V. c.s.

Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2013:BZ4408 13-03-2013

Chubb Insurance Company of Europe SE/Stichting Jeroen Bosch Ziekenhuis c.s.

Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2013:BZ5261 13-03-2013

werknemer/werkgeefster

Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2013:BZ4898 12-03-2013

Vereniging Gehandicaptenzorg Nederland/werknemer

Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2013:BZ4407 06-03-2013

werknemer/W.Ph. Steenhuisen q.q.

Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2013:BZ4793 21-02-2013

werknemer/Recruit a Student Personeelsdiensten B.V.

Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2013:BZ2368 13-02-2013

werknemer/Tramétex Transporttechniek B.V.

Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ4458 31-01-2013

werkneemster/werkgeefster

Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ4440 25-01-2013

werkgeefster/werkneemster

Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2012:BZ4569 21-12-2012

werknemer/werkgever

Rechtbank Zeeland-West-Brabant, ECLI:NL:RBBRE:2012:BZ2563 07-12-2012

X Infra B.V./werknemer

Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2012:BZ5152 21-09-2012

werknemer/Stichting Onze Lieve Vrouwe Gasthuis

Antillen

Gerecht in eerste aanleg van Sint Maarten, ECLI:NL:OGEAM:2013:BZ4645 06-03-2013

werkneemster/Kishco Trading Company

RECHTSPRAAK

werknemer/Stichting Onze Lieve Vrouwe Gasthuis

Eenzijdige wijziging honoreringssystematiek (salariëring) cardioloog vanwege wijziging financiering in de gezondheidszorg gerechtvaardigd. Eenzijdige wijziging voldoet, mede gelet op overgangsregeling, aan criteria Stoof/Mammoet

Vervolg tussenvonnis (zie AR 2013-0250.) Kern van het geschil tussen partijen is of OLVG gerechtigd is de berekeningswijze van het salaris van een cardioloog eenzijdig te wijzigen. De kantonrechter oordeelt dat er geen eenzijdig wijzigingsbeding is overeengekomen, zodat de vordering aan de hand van artikel 7:611 BW (en het arrest Stoof/Mammoet) dient te worden beoordeeld. De wijzigingen in de financieringssystematiek en de naar verwachting toekomstige vermindering(en) van de budgetten bestemd voor de salariëring van medisch specialisten, kan worden beschouwd als gewijzigde omstandigheden die nopen tot een wijziging van de arbeidsvoorwaarden. OLVG heeft voorts een redelijk voorstel aan werknemer gedaan. Op werknemer is de hardheidsclausule uit de Overgangsregeling zowel in duur van de suppletie als in de hoogte van het suppletiepercentage toegepast. In 2010 en 2011 ondervindt werknemer helemaal geen inkomensdaling. Werknemer wordt ook in de jaren 2012, 2013 en 2014 – dus drie jaar extra – een suppletie toegekend van 66,6%. Dit wordt beschouwd als een redelijk aanbod. Tot slot kan aanvaarding van het voorstel in redelijkheid van werknemer worden gevergd. Hoewel werknemer kan worden toegegeven dat de teruggang in salaris die van hem wordt gevraagd aanzienlijk is (werknemer heeft gesteld dat hij een aanzienlijk inkomensverlies lijdt van ten minste € 111.297 bruto per jaar), kan zijn betoog dat dit niet van hem kan worden gevergd omdat hij zijn huidige levensstandaard niet meer kan voortzetten, niet worden gevolgd. Niet alleen heeft hij zijn beweringen op dit punt op geen enkele wijze met cijfers onderbouwd, maar daarbij resteert ook na de teruggang in salaris nog een aanzienlijk inkomen, terwijl de ruime overgangsperiode van zeven jaar werknemer en zijn gezin de ruimte biedt om zich aan te passen.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 15-03-2013

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ5153

Zaaknummer: 1273896 CV EXPL 11-26338

Rechters: R.A. Overbosch

Advocaten: S.J. de Jong, W.K. Bischof en B.A. Voerman

Wetsartikelen: 7:611 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgeefster

Werknemer heeft op grond van algemeen verbindend verklaarde cao-bepaling vóór 1 mei 2009 recht op uitbetaling van een resultaatafhankelijke uitkering over 2008. Verkregen recht. Dat werkgeefster de betaling heeft uitgesteld en de winst uit 2008 voor andere doeleinden heeft gebruikt, komt voor haar rekening

Werknemer is van 1 december 2007 tot 1 maart 2011 als senior consultant in dienst geweest van werkgeefster, een uitzendonderneming voor technisch personeel. In de arbeidsovereenkomst is de cao voor de vaste medewerkers van uitzendondernemingen van toepassing verklaard. In de cao 2008 en de cao 2009-2011 is in artikel 16 een winstafhankelijke eindejaarsuitkering en resultaatafhankelijke uitkering opgenomen. Op grond artikel 16 lid 6 van de cao 2008 dient de uitkering voor 1 juni 2009 te worden betaald. De cao's hebben een minimumkarakter. In 2008 is een positief bedrijfsresultaat behaald. Vanwege de economische recessie, de slechte bedrijfsresultaten en liquiditeitspositie van werkgeefster is betaling van de resultaatafhankelijke uitkering over 2008 enkele keren uitgesteld, en wel totdat 'de financiële omstandigheden' betaling alsnog zouden 'toelaten'. In 2009 tot en met 2011 zijn verliezen geleden. In 2009 is de bonusregeling gewijzigd en zal op grond van artikel 6 alleen een bonus worden uitbetaald als de accountant heeft vastgesteld dat de liquiditeit van werkgeefster voldoende is om tot betaling over te gaan. Thans vordert werknemer betaling van de resultaatafhankelijke uitkering over 2008.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Partijen twisten niet over de hoogte van de resultaatafhankelijke uitkering over 2008 die werkgeefster verschuldigd is, maar alleen over het tijdstip waarop de uitkering betaald dient te worden. De rechtsgrond van de toepasselijkheid van artikel 16 lid 6 van de cao op de rechtsverhouding van partijen is gebaseerd op de Wet AVV. Artikel 16 van de cao's 2008 en 2009-2011 is namelijk algemeen verbindend verklaard. Werknemer kan zich óók nadat de periode van algemeen verbindendverklaring is verstreken op artikel 16 beroepen, omdat sprake is van een verkregen recht (vgl. HR 28 januari 1994, NJ 1994, 420 en HR 7 juni 2002, NJ 2003, 175). In dit geding gaat het om de cao-bepaling waarin het tijdstip van opeisbaarheid van het recht op de

resultaatafhankelijke uitkering over 2008 is geregeld. Dit recht wordt verkregen doordat over dat jaar is voldaan aan de voor het recht op uitkering gestelde vereisten. Vaststaat dat aan deze voorwaarden is voldaan. Werknemer kan zich derhalve beroepen op artikel 3 Wet AVV. Het beroep op de nietigheid van artikel 6 van de bonusregeling 2008, zoals deze bij de wijziging in augustus 2009 is komen te luiden, slaagt. Werkgeefster is op grond van artikel 16 lid 6 van de cao, in verbinding met artikel 6 van de bonusregeling 2008 zoals dit tot augustus 2009 heeft geluid, gehouden de resultaatafhankelijke uitkering over 2008 vóór 1 mei 2009 aan werknemer te voldoen. Het beroep van werkgeefster op artikel 6:89 BW faalt. Het was haar zonder de klacht van werknemer duidelijk dat de uiterste betalingstermijn van artikel 16 lid 6 van de cao werd overschreden en haar belangen zijn niet geschaad doordat werknemer niet binnen bekwame tijd heeft geklaagd. Enkel stilzitten rechtvaardigt geen verwerking van recht. Tot slot faalt ook het beroep op de artikelen 7:613 BW, 7:611 BW, 6:248 lid 2 BW of 6:258 BW. Er is geen eenzijdig wijzigingsbeding overeengekomen en er is geen sprake van een redelijk voorstel. Indien zou worden aangenomen dat het voorstel wel redelijk is en aanvaarding van werknemer in redelijkheid kan worden gevergd, is een aldus geconstrueerde overeenkomst van partijen evenzeer door artikel 3 Wet AVV met nietigheid bedreigd.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 13-03-2013

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2013:BZ5261

Zaaknummer: 815181 AC EXPL 12-3461 LH 4059

Rechters: J.J.M. De Laat

Advocaten: A.A.M. Roza-Verwijs en C.I. van Gent

Wetsartikelen: 16 cao voor de vaste medewerkers van uitzendondernemingen, 3 Wet AVV, 6:89 BW, 7:611 BW, 7:613 BW, 6:248 lid 2 BW en 6:258 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Stichting Onze Lieve Vrouwe Gasthuis

Eenzijdige wijziging honoreringssystematiek (salarisering) cardioloog vanwege wijziging financiering in de gezondheidszorg. Aanhouding zaak

Werknemer is sinds 1 mei 1991 verbonden aan het Onze Lieve Vrouwe Gasthuis (hierna: OLVG) als cardioloog. Per 1 januari 1997 zijn partijen een arbeidsovereenkomst overeengekomen. Het salaris van de specialist bestaat uit een vast en een variabel deel en is eenmalig vastgesteld aan de hand van de honorariumbudgetteringsmethodiek, zoals opgenomen in de honoreringsovereenkomst. In 2008 zijn in de gezondheidszorg de zogenaamde diagnosebehandelcombinaties (hierna: DBC's) ingevoerd. Bij een DBC is de omzet gelijk aan de normtijd voor de activiteiten onder de DBC, te vermenigvuldigen met een (van overheidswege) vastgesteld uurtarief en normtijden. Medio 2007 heeft OLVG aan de medische staf laten weten dat de naderende invoering van de prestatiebekostiging op basis van DBC's en de afschaffing van de zogenaamde lumpsumfinanciering voor haar aanleiding was om de honorering van haar werknemers te wijzigen. In augustus 2008 heeft OLVG met terugwerkende kracht per 1 januari 2008 een gewijzigde honoreringssystematiek voor medisch specialisten (hierna: HMS) ingevoerd. Deze HMS hield op hoofdlijnen in dat alle bij OLVG in dienst zijnde medisch specialisten een nieuwe, gelijksoortige arbeidsovereenkomst kregen, waarbij het salaris wordt opgebouwd uit een vast en een variabel deel. Het vaste deel bestaat uit een salaris conform de salarisschalen, vermeerderd met toeslagen, op grond van het HMS. Het variabele salaris wordt jaarlijks vastgesteld en betreft de aanspraak die de medisch specialisten hebben op de totale honorariumomzet van de unit (vakgroep), na aftrek van kosten die ten laste komen van de honorariumomzet (de jaarruimte). Voor alle medisch specialisten geldt daarenboven een overgangsregeling in de vorm van een inkomenssuppletie op het salaris dat zij genoten in 2007 (het garantie-inkomen).

In het geval van werknemer werd voorzien in een overgangsregeling, waarbij gedurende 2008 en 2009 zijn inkomen zou worden gesuppleerd, waarna vanaf 1 januari 2010 een afbouwregeling zou gelden van 66% (2010) en 33,3% (voor 2011), indien op basis van de dan gerealiseerde honorariumomzet het jaarinkomen in 2010 en 2011 lager zou zijn dan het

garantie-inkomen. Over de suppletie vindt pensioenopbouw plaats en wordt vakantietoeslag uitgekeerd. Werknemer weigert akkoord te gaan met de wijziging. Hij vordert een verklaring voor recht dat de eenzijdige wijziging met betrekking tot de honoreringssystematiek, althans de salariering, niet rechtsgeldig is. De kantonrechter oordeelt dat de zaak zich leent voor een verschijning van partijen ter zitting. Volgt aanhouding van de zaak (zie AR 2013-0251 voor eindvonnis).

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 21-09-2012

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2012:BZ5152

Zaaknummer: 1273896 CV EXPL 11-26338

Rechters: R.A. Overbosch

Advocaten: S.J. de Jong en W.K. Bischof

Wetsartikelen: 7:611 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/VDR Groep en VDR Vastgoed

Geen sprake van stilzwijgende voortzetting na uitdrukkelijke bespreking van einde contract. Voortgezette werkzaamheden zijn afrondende handelingen

Werknemer (geboren 1951) is op 1 februari 2006 in dienst getreden van VDR. De arbeidsovereenkomst is eenmaal verlengd. Partijen hebben vervolgens uitdrukkelijk onderhandeld en gesproken over het einde per 1 februari 2008. Werknemer heeft daarna tot medio april 2008 nog werkzaamheden verricht in het project Hordijk. De vraag die partijen verdeeld houdt is of sprake is van een stilzwijgende verlengde arbeidsovereenkomst, en een geschil over de uitbetaling van de bonus/provisie.

Het hof oordeelt als volgt. Voor de vraag of een tussen partijen bestaande arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd stilzwijgend is voortgezet, komt het, zoals de kantonrechter terecht heeft overwogen, erop aan of de werknemer op grond van gedragingen van de werkgever heeft mogen aannemen dat de arbeidsovereenkomst na afloop van de tijd waarvoor deze was aangegaan stilzwijgend werd voortgezet (HR 19 oktober 2007, LJN BA6755). Uit de e-mails van 26 november 2007, 13 december 2007 en 21 januari 2008 blijkt ontegenzeggelijk dat VDR Groep de bestaande arbeidsovereenkomst na 1 februari 2008 niet wenste te verlengen. Dit kan werknemer naar het oordeel van het hof niet mis hebben verstaan. Uit het gegeven dat hij zelf op een finale afrekening van salaris en vakantiedagen heeft aangestuurd en vervolgens ook opgave van resterende vakantiedagen heeft gedaan, blijkt dat hij dit ook daadwerkelijk heeft begrepen. De nadien verrichte werkzaamheden moeten worden gezien als afrondende werkzaamheden waar tegenover werd gesteld het nog gebruik mogen maken van auto en telefoon van de zaak.

Anders dan werknemer meent, heeft hij geen recht op een bonus aangezien deze bonus afhankelijk is gesteld van 'zijn verkopen'. De verkoop van het Hordijk-project heeft geen doorgang gevonden. De rente over de door VDR gestelde bankgarantie dient werknemer te vergoeden.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 19-03-2013

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2013:BZ4783

Zaaknummer: 200.092.723/01

Rechters: J.M. der Rowel-van Linde, M.E.L. Fikkers en A.M. Koene

Advocaten: M.J.B.R. Hermans en W.F. Veldstra

Wetsartikelen: 7:668 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Medtronic B.V.

Ontslag op staande voet na 17 dagen onverwijld verleend vanwege de gevoeligheid van het dossier (ex-statutair bestuurder die wordt beticht van side-letters voor persoonlijk gewin). Nakoming vaststellingsovereenkomst mogelijk in strijd met artikel 6:248 BW

Werknemer is op 1 juli 2002 bij Medtronic in dienst getreden. In 2003 is werknemer met onmiddellijke ingang benoemd tot statutair directeur met als functiebenaming (laatstelijk) 'Vice president Supply Chain' en als salaris (laatstelijk) € 21.564,82 per maand exclusief bonussen, vakantiebijslag en kostenvergoedingen. In het voorjaar van 2009 zijn tussen partijen gesprekken gestart om tot beëindiging te komen van het statutair bestuurderschap van werknemer en de met hem gesloten arbeidsovereenkomst. Op 10 juli 2009 hebben partijen een vaststellingsovereenkomst gesloten met daarin onder meer afspraken over de ontslagvergoeding (€ 676.178), doorbetaling loon tijdens non-actiefstelling tot datum uitdiensttreding (€ 21.564,82 per maand) en uitbetaling van aandelen, bonussen en vakantiedagen. Datum van uitdiensttreding is gesteld op 1 november 2009. Op 19 augustus 2009 wordt werknemer op staande voet ontslagen vanwege een met Progroup B.V. gesloten side-letter in april 2009 waarbij werknemer in strijd zou hebben gehandeld met de Code of Conduct (te weten een prijsafsprake gemaakt waarbij de winst naar werknemer ging). Medtronic is onmiddellijk gestopt met betaling van de gelden zoals overeengekomen in de vaststellingsovereenkomst, daar nakoming naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. De kantonrechter heeft de vorderingen van werknemer inzake het ontslag op staande voet verworpen.

Het hof oordeelt als volgt. De in artikel 7:677 lid 1 BW gestelde eis van onverwijldheid, betekent niet dat een werkgever geen respijt zou hebben voordat daadwerkelijk tot ontslag wordt overgegaan. Mits met de nodige voortvarendheid wordt gehandeld, is er gelegenheid voor het instellen van onderzoek. De vraag dient te worden beantwoord of Medtronic, gelet op het tijdsverloop tussen 20 juli en 6 augustus 2009 voldoende voortvarend te werk is gegaan. In dat verband geldt enerzijds dat werknemer sedert 23 juni 2009 geen statutair bestuurder meer was van Medtronic en dat er strikt genomen enkel nog sprake was van een werkgever-

werknemerrelatie, waarin werknemer overigens was vrijgesteld van het verrichten van arbeid. Daartegenover staat dat blijkens de door partijen gesloten 'termination agreement', ook al was werknemer sedert 23 juni 2009 formeel geen statutair bestuurder meer van Medtronic, de financiële belangen over en weer nog steeds zeer groot waren. Zo had werknemer op grond van de 'termination agreement' tot en met 30 oktober 2009 de mogelijkheid om de aan hem toegekende aandelenopties onder het toepasselijke aandelenoptieplan uit te oefenen en was hem een ontslagvergoeding van € 656.178 bruto toegekend. Het hof acht het in de gegeven omstandigheden dan ook alleszins begrijpelijk dat Medtronic met de nodige voorzichtigheid te werk is gegaan en nader onderzoek naar de gang van zaken heeft verricht en een vergadering van aandeelhouders heeft bijeengeroepen. Daarbij acht het hof nog relevant dat het bijeenroepen van de vergadering van aandeelhouders hoewel formeel gesproken niet noodzakelijk – werknemer was immers geen statutair bestuurder meer – materieel gezien juist in zijn belang was, nu daarmee zijn rechtspositie met meer waarborgen werd omkleed. Het hof wijst er in dit verband op dat niet is gesteld noch gebleken dat werknemer voorafgaand aan het hem gegeven ontslag er bezwaar tegen heeft gemaakt dat zijn ontslag op de agenda van de algemene vergadering van aandeelhouders werd geplaatst. Het hof concludeert dat Medtronic niet alleen met de nodige voorzichtigheid te werk is gegaan, maar in de gegeven omstandigheden ook voldoende voortvarend, zodat het aan werknemer verleende ontslag hem onverwijld in de zin van artikel 7:677 lid 1 BW is gegeven.

Voor zover Medtronic een beroep doet op artikel 6:248 BW dient zij – conform artikel 150 Rv – te bewijzen dat werknemer de 'side-letter' inderdaad voor eigen gewin heeft opgesteld. Werknemer heeft dit namelijk gemotiveerd betwist. Volgt aanhouding van de zaak.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 19-03-2013

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ5111

Zaaknummer: HD 200.094.152/01

Rechters: C.E.L.M. der Smeenk-van Weijden, M.J.H.A. Venner-Lijten en A.P. Zweers-van Vollenhoven

Advocaten: D.J.A. Smit en Ph.C.M. van der Ven

Wetsartikelen: 7:677 BW en 6:248 BW

RECHTSPRAAK

Qualinorm B.V./ex-echtgenote van werknemer

Echtgenote van frauderende werknemer dient deel van ontvreemd en ontvangen geld op gezamenlijke rekening terug te betalen, wegens onverschuldigde betaling werkgever

(Zie ook AR 2013-234.) Werknemer heeft gedurende een lange periode fraude gepleegd bij Qualinorm en is veroordeeld tot vergoeding van de schade. In deze zaak staat de vraag centraal of de ex-echtgenote van werknemer eveneens gehouden is tot terugbetaling van het ontvreemde bedrag van Qualinorm. Ex-echtgenote heeft aangevoerd dat zij niet wist en ook niet behoefde te weten dat de gelden die op de gezamenlijke bankrekening zijn gestort voor een groot deel geen rechtsgrond hadden. Zij heeft gesteld dat ex-echtgenoot haar om de tuin heeft geleid. Zij verkeerde in de veronderstelling dat ex-echtgenoot op een gegeven moment medeaandeelhouder is geworden van Qualinorm. Al vanaf het begin af aan had ex-echtgenoot een goed inkomen dat jaarlijks langzaam opliep. Gezien de zeer vergaande motiveringen en gedragingen van ex-echtgenoot heeft zij er gerechtvaardigd op mogen vertrouwen dat ex-echtgenoot medeaandeelhouder was van Qualinorm en recht had op de overgemaakte bedragen. Dat zij journaliste is maakt niet dat zij thuis in haar eigen vertrouwde omgeving ook als zodanig optreedt. Voor alle overboekingen en gedragingen had ex-echtgenoot een plausibele verklaring. Ex-echtgenote heeft hier nooit aan getwijfeld en heeft hier redelijkerwijs ook niet aan hoeven te twijfelen. Daarbij meent zij dat de pot de ketel verwijt, nu ex-echtgenoot gedurende acht jaar erin is geslaagd om bedragen van Qualinorm naar zijn bankrekening over te maken of met de pinpas van Qualinorm enorme bedragen te pinnen bij onder meer het casino, zonder dat dit door Qualinorm is opgemerkt. Dat Qualinorm de boekhouding niet heeft gecontroleerd komt voor haar rekening en risico.

Het hof oordeelt als volgt. Het hof draagt ex-echtgenote op te bewijzen feiten en omstandigheden waaruit volgt dat zij er niet van op de hoogte was en redelijkerwijze ook niet behoefde te zijn dat ex-echtgenoot geen medeaandeelhouder was van Qualinorm.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 19-03-2013

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2013:BZ4784

Zaaknummer: 200.094.304/01

Rechters: M.W. Zandbergen, G. van Rijssen en R.A. van der Pol

Advocaten: B. Besseling en D.D.M. Rinkel

Wetsartikelen: 6:202 BW

RECHTSPRAAK

werknemers c.s./Dycore B.V.

Geschil over uitleg pensioenafspraken. Aansluiting bij A-regeling van Stichting Pensioenfonds CRH Betonbedrijven betekent niet dat partijen een onvoorwaardelijke indexering zijn overeengekomen. Analogie Hoge Raad van 23 april 2010, LJN BL5262 faalt, daar het geen verslechtering maar een verbetering van de arbeidsvoorwaarden van werknemers betreft

Werknemers waren in dienst van Dycore. Tot 1999 waren zij deelnemer in de door aanvankelijk Flevobeton, later Dycore bij Centraal Beheer verzekerde pensioenregeling. Het betrof hier een pensioenregeling zonder enige toeslagenregeling, dus zonder enige indexatie. Vanaf 1997 tot 1999 hebben werknemers met Dycore onderhandeld over een nieuwe pensioenregeling. Uiteindelijk zijn zij ingedeeld in de A-regeling van Stichting Pensioenfonds CRH Betonbedrijven, zijnde een geïndexeerde middenloonregeling. Partijen verschillen thans van mening of sprake is van een onvoorwaardelijke indexering of een voorwaardelijke indexering. De kantonrechter heeft de vordering van werknemers verworpen.

Het hof oordeelt als volgt. Het hof acht het niet aannemelijk dat Dycore in afwijking van en als surplus op de pensioenregeling A van het CRH Pensioenfonds die, zoals gezegd, een voorwaardelijk indexatie kende, met werknemers een onvoorwaardelijke door Dycore te financieren indexatie van hun ouderdomspensioen zou zijn overeengekomen. Een dergelijke afwijking van het alsdan geldend pensioenreglement zou toch nadrukkelijk zijn geformuleerd, hetgeen niet is gebeurd. De zinsnede 'U wordt ingedeeld in de A-regeling van Stichting pensioenfonds CRH Betonbedrijven', pleit ook tegen een dergelijke afwijking van deze pensioenregeling, terwijl vervolgens de woorden 'zijnde een geïndexeerde middenloonregeling' in de gegeven omstandigheden niet anders kunnen worden begrepen dan dat het hier een pensioenregeling betrof die, vergeleken met de andere pensioenregelingen binnen het CRH Pensioenfonds, een (vorm van) indexatie kende. Het hof overweegt hier nog dat aan het arrest van de Hoge Raad van 23 april 2010, LJN BL5262 in dezen geen betekenis toekomt, nu het in die uitspraak juist ging om de vraag of de

aanvankelijke overeenkomst tot onvoorwaardelijke indexering later, met instemming van de werknemers, was gewijzigd in een voorwaardelijke indexering.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 19-03-2013

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ5085

Zaaknummer: HD 200.104.630/01

Rechters: C.M. Aarts, M.J.H.A. Venner-Lijten en R.R.M. De Moor

Advocaten: G.J. Bilderbeek en M.W. Minnaard

RECHTSPRAAK

werknemer/Qualinorm B.V.

Onttrekken 1,3 miljoen euro van werkgever impliceert opzet ex artikel 7:661 BW. Gokverslaving neemt opzet niet weg, behoudens een psychische stoornis waarvan in casu geen sprake is

Werknemer is op 7 augustus 1996 in dienst getreden bij Qualinorm in de functie van accountmanager. Op 16 september 2010 is werknemer op staande voet ontslagen wegens het stelselmatig onttrekken van geld aan Qualinorm. Werknemer heeft tijdens zijn dienstverband bij Qualinorm gedurende een periode van ongeveer tien jaren met regelmaat gelden die toebehoorden aan Qualinorm aangewend voor privédoeleinden. Een substantieel deel van die gelden is gebruikt om mee te gokken, voornamelijk in casino's in Nederland. Er zijn echter ook niet onaanzienlijke bedragen gebruikt voor andere uitgaven in de privésfeer, zoals het aanschaffen van luxegoederen. Qualinorm heeft in eerste aanleg veroordeling van werknemer gevorderd tot betaling van een bedrag groot € 1.878.409,88 c.a. primair op grond van een toerekenbare tekortkoming uit hoofde van het dienstverband.

Het hof oordeelt als volgt. Omdat elke onttrekking een bewust handelen vereist en werknemer er ook telkens alles aan heeft gedaan om die onttrekkingen verborgen te houden voor Qualinorm door de boekhouding te manipuleren, neemt het hof tot uitgangspunt dat er bij werknemer steeds sprake is geweest van opzet als bedoeld in artikel 7:661 BW. Werknemer betwist echter dat er sprake is van opzet (of bewuste roekeloosheid) als bedoeld in artikel 7:661 BW, nu zijn handelen in ernstige mate werd beïnvloed door zijn gokverslaving. Werknemer verwijst in dat verband naar de door hem in eerste aanleg overgelegde verklaringen van de Zuid-Afrikaanse psychiater en van de zich als ervaringsdeskundige presenterende counselor. Naar het oordeel van het hof kan er sprake zijn van een zodanige verslaving dat iemands denken, voelen, willen, oordelen en doelgericht handelen daardoor zo ingrijpend worden beïnvloed, dat betrokkene zijn handelen niet kan worden toegerekend, omdat zijn stoornis dat handelen in overwegende mate beheerst. Daarvoor is dan echter wel vereist dat de verslaving gepaard gaat met of voortvloeit uit (andere) psychische stoornissen, waardoor betrokkene niet meer in staat moet worden geacht zijn wil (in casu ten aanzien van het gokken) in vrijheid te bepalen. Ook het gegeven dat hij kennelijk wel in staat is geweest

het penningmeesterschap van de lokale VVD naar behoren te vervullen (het tegendeel is niet gesteld of gebleken), past niet bij het beeld van een psychisch gestoorde verslaafde wiens dagelijkse denken en doen wordt beheerst door de stoornis en de verslaving waaraan hij lijdt.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 19-03-2013

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2013:BZ4789

Zaaknummer: 200.095.926/01

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

Advocaten: L.S. Oostwouder en B. Besseling

Wetsartikelen: 7:661 BW

RECHTSPRAAK

Zandleven Coatings B.V./werknemer

Ontbreken causaal verband tussen blootstelling en gezondheidsklachten werknemer. Geen toepassing proportionele aansprakelijkheid wegens ontbreken van een ‘niet zeer kleine kans’ dat de klachten door de blootstelling zijn veroorzaakt

Centrale vraag in de onderhavige procedure is of sprake is van OPS bij werknemer en werkgever (Zandleven) daarvoor aansprakelijk is. Zandleven heeft aangevoerd dat ook zonder de blootstelling aan de middelen werknemer de klachten zou hebben ontwikkeld waaraan hij thans lijdt. Na uitvoerig deskundigenbericht is komen vast te staan dat de klachten waaraan werknemer lijdt, zeer waarschijnlijk komen door slaapademhalingsstoornissen en niet OPS. In gevallen waarin niet kan worden vastgesteld of de schade is veroorzaakt door een normschending dan wel door een oorzaak die voor risico van de benadeelde zelf komt (of door een combinatie van beide oorzaken) kan de rechter de aansprakelijke veroordelen tot schadevergoeding in evenredigheid met de in het percentage uitgedrukte kans dat de schade door de normschending is veroorzaakt. Daartoe is vereist dat de kans dat de schade die door de normschending is veroorzaakt niet zeer klein noch zeer groot is (vgl. laatstelijk HR 21 december 2012, LJN BX7491). De verschillende onderzoeken in deze zaak hebben onvoldoende aanknopingspunten opgeleverd voor een dergelijke proportionele benadering, omdat uit de onderzoeken niet kan worden afgeleid dat sprake is van de niet zeer kleine kans dat de klachten van werknemer zijn veroorzaakt door de blootstelling. De conclusie is dat de vordering van werknemer niet toewijsbaar is vanwege het ontbreken van causaal verband.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 19-03-2013

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2013:BZ4763

Zaaknummer: 107.001.541/01

Rechters: K.E. Mollema, J.H. Kuiper en H. de Hek

Advocaten: J.V. van Ophem en G.J. Knotter

Wetsartikelen: 7:658 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Doco International BV

Ontslag op staande voet na een week nog steeds rechtsgeldig verleend. Gebruik e-mailcorrespondentie tussen werknemer en echtgenote mogelijk onrechtmatig verkregen bewijs

(Hoger beroep van AR 2010-815/LJN BN9956.) Werknemer (geboren 1970) is op 1 januari 2007 bij Doco in dienst getreden als hoofd inkoop en hoofd R&D. Op 16 januari 2009 is werknemer op non-actief gesteld. Bij schrijven van 30 januari 2009 heeft Doco werknemer meegedeeld dat zij voornemens is werknemer op staande voet te ontslaan omdat uit onderzoek zou blijken dat werknemer met zijn schoonvader een concurrerende onderneming aan het oprichten was. Op 3 februari 2009 is werknemer op staande voet ontslagen. Werknemer stelt zich op het standpunt dat het ontslag niet rechtsgeldig is verleend. Daarbij merkt werknemer op dat Doco de e-mailcorrespondentie tussen hem en zijn schoonvader onrechtmatig heeft verkregen en dus niet mag gebruiken. Doco heeft het Gmail-account van de echtgenote van werknemer bekeken. De kantonrechter heeft geoordeeld dat geen sprake was van schending van het privacyrecht van werknemer, omdat niet zijn account, maar dat van een derde is bekeken. Het afgeleide recht van privacy gaat niet zover dat ook derden daar een beroep op kunnen doen. Voorts oordeelde de kantonrechter dat het ontslag onverwijld was verleend ondanks het feit dat tussen verkrijging van de belastende mail en het ontslag een week zat.

Het hof oordeelt als volgt. Het onderzoek vanaf 16 tot en met 22 januari 2009 gedurende zes dagen acht het hof redelijk en met voldoende voortvarendheid uitgevoerd. Doco heeft naar het oordeel van het hof daarna voldoende voortvarend gehandeld door de brief met aankondiging van het voorgenomen ontslag op 30 januari 2009 te verzenden, mede gelet op de belangen van beide partijen en de tijd die nodig was voor intern overleg, voor overleg met de advocaat en voor het redigeren van de bedoelde brief. Het gaat, zoals door de kantonrechter is overwogen, om een periode van iets meer dan een week. Uit de brief aan de Chinese leveranciers kan naar het oordeel van het hof niet worden afgeleid dat Doco reeds op 17 of 18 januari 2009 de beslissing had genomen om werknemer te ontslaan; 'to release (...) from his position' houdt naar het oordeel van het hof geen ontslag in.

Met betrekking tot de onrechtmatigheid van het verkregen bewijs (inbreuk op e-mailaccount) oordeelt het hof als volgt. Het hof acht voor de beoordeling van de gestelde onrechtmatige bewijsgaring van belang dat vast komt te staan op welke wijze en op welk moment Doco toegang heeft gekregen tot het Gmail-account. Het is aan Doco daar duidelijkheid over te verschaffen en bewijs bij te brengen. Het hof merkt daarbij voorshands op dat, indien komt vast te staan dat het wachtwoord 'wachtwoord B.' aan Doco door de echtgenote van werknemer ter beschikking is gesteld, dit nog niet betekent dat daarmee tevens toestemming is gegeven voor het monitoren van al het e-mailverkeer dat via het Gmail-account liep. Volgt aanhouding van de zaak.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 19-03-2013

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ5206

Zaaknummer: HD 200.080.125/01

Rechters: C.E.L.M. der Smeenk-van Weijden, R.R.M. De Moor en P.A. van Voorst Beest

Advocaten: J.J. Baltus en K. Huibregtse

Wetsartikelen: 7:677 BW en 8 EVRM

RECHTSPRAAK

X/Laurentius

Ontslag op staande voet directeur Laurentius wegens vermeend manipulatief gedrag jegens werknemers niet rechtsgeldig. Het niet horen van de directeur is in strijd met het goed werkgeverschap en plaatst belastende verklaringen in een ander daglicht. Subjectieve beleving van medewerkers onvoldoende voor ontslag op staande voet

(Hoger beroep van AR 2012-1105, LJN BY6372.) X is in 1981 bij Laurentius in dienst getreden. Laatstelijk is hij werkzaam als (titulair) directeur financiën en vastgoedprojecten. Op 21 mei 2012 is de statutair bestuurder van Laurentius gearresteerd op verdenking van onder meer fraude en oplichting. Op 20 september 2012 is X geschorst en is hem een contactverbod opgelegd. De vordering tot wedertewerkstelling is op 10 oktober 2012 toegewezen (zie AR 2012-0905). Op 23 oktober 2012 is X op staande voet ontslagen. Aan het ontslag wordt ten grondslag gelegd dat werknemer zijn (machts)positie heeft misbruikt, dat X werknemers van Laurentius door zijn handelen en woorden heeft geïntimideerd en gemanipuleerd, dat hij werknemers van Laurentius op een zodanige wijze heeft benaderd die zij (zelfs) als bedreigend en beangstigend hebben ervaren en dat X het forensisch onderzoek heeft gefrustreerd, althans heeft geprobeerd te frustreren, door werknemers voor te houden hoe zij zich bij gesprekken met de forensisch onderzoekers dienden op te stellen en wat zij wel en niet zouden mogen zeggen.

Het hof oordeelt als volgt. Laurentius heeft voor het ontslag op staande voet uitsluitend de verklaringen van de betreffende medewerkers als een in haar ogen voldoende feitelijke onderbouwing van de dringende reden aangevoerd. Waar Laurentius slechts in zeer algemene bewoordingen de nadere en zeer gedetailleerde verklaring(en) van X heeft betwist, terwijl voorshands voldoende aannemelijk is dat zij de in de procedure door X overgelegde verklaring(en) betreffende het respectieve contactmoment kennelijk niet (meer) aan de betreffende medewerkers heeft voorgehouden, zijn er serieuze vragen te stellen bij de volledigheid van de verklaringen van de betreffende medewerkers. Dat klemmt temeer nu in de verklaringen van X nadere uitleg wordt gegeven en talloze nuances zijn te vinden, die de betreffende verklaringen van de medewerkers in een ander daglicht kunnen stellen dan wel

(kunnen) nopen daar op een andere wijze mee om te gaan. Het hof acht het daarbij uit het oogpunt van een zuivere en evenwichtige bejegening onbegrijpelijk dat in het kader van het inmiddels afgeronde integriteitsonderzoek binnen Laurentius gericht op X, de betreffende onderzoekers van bureau Y – al dan niet op instigatie van Laurentius – zich kennelijk in het geheel niet geïnteresseerd hebben betoond in de visie van X zelf op de onderzochte kwesties en gebeurtenissen. Wat daar verder van zij, in ieder geval staat vast dat Laurentius bij de beslissing om X op staande voet te ontslaan op geen enkele wijze rekening heeft (willen) (ge)houden met een (eventueel) weerwoord van X op de jegens hem gerichte aantijgingen. De houding van Laurentius rondom de versnelde terugkeer van X uit het buitenland om toch nog weerwoord te kunnen bieden, waartoe deze laatste uitdrukkelijk de wens had geuit, is ronduit schrijnend te noemen. Een dergelijk handelen (of beter gezegd nalaten) is in de gegeven omstandigheden niet alleen aan te merken als in strijd met goed werkgeverschap en komt verder uiteraard voor rekening van Laurentius, maar het brengt ook met zich dat er naar de huidige stand van zaken sprake is van een gemotiveerde betwisting door X van de door Laurentius aan het ontslag op staande voet ten grondslag gelegde redenen. Door X toen wel te horen, zou daarbij naar voorshands oordeel van het hof het element van ‘onverwijldheid’ redelijkerwijs niet in geding zijn gekomen. Uitsluitend een subjectieve beleving van het respectieve gedrag van X door de betreffende medewerkers – dit alles in een voor hen, X en Laurentius onmiskenbaar hectische periode vol onduidelijkheden en onzekerheden – is wat al te dun ijs om daarop in het kader van een ontslag op staande voet te (kunnen) schaatsen.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 19-03-2013

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ4773

Zaaknummer: HD 200.120.380

Rechters: C.M. Aarts, R.R.M. De Moor en A.Ph.C.M. Jaspers

Advocaten: Ph.C.M. van der Ven en C. Nies

Wetsartikelen: 7:677 BW en 7:678 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Sita Recycling Services West B.V. c.s.

Vuilmisman glijdt als gevolg van winterse weersomstandigheden uit met polsletsel tot gevolg. Sita had, mede gelet op de kennis en ervaring van Scandinavische zusterbedrijven, voorafgaand aan het ongeval hak-spikes ter beschikking moeten stellen

Werknemer is als vuilmisbelader in dienst van Sita Noord-Oost. Tijdens het beladen van de vuilmiswagen met vuilmiszakken is werknemer als gevolg van winterse omstandigheden ten val gekomen, waarbij hij letsel aan zijn pols heeft opgelopen. In de onderhavige deelgeschilprocedure stelt werknemer Sita aansprakelijk.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Tussen partijen is niet in geschil dat werknemer ten tijde van het ongeval de door Sita ter beschikking gestelde veiligheidsschoenen droeg en dat er sprake was van gladheid door winterse weersomstandigheden. In de jurisprudentie is eerder uitgemaakt dat de omstandigheid dat de werkgever veiligheidsschoenen ter beschikking heeft gesteld, die mede ertoe dienen om uitglijden in zijn algemeenheid te voorkomen, niet meebrengt dat de werkgever zich van zijn verplichtingen heeft gekweten of dat het treffen van andere, meer effectieve, maatregelen (met hetzelfde doel) niet van hem kan worden gevergd (HR 11 april 2008, LJN BC9225). Hoewel Sita heeft gesteld dat de betrokken schoenen zijn getest op slipweerstand en dat de zool voldoet aan de zogenaamde SRC-criteria, is niet betwist dat de schoenen niet zijn getest op slipbestendigheid bij gladheid door sneeuw of ijsel. De veiligheidsschoenen boden onvoldoende bescherming tegen uitglijden in geval van gladde, winterse weersomstandigheden, dit mede gelet op de specifieke arbeid die werknemer moest verrichten. Het tillen en werpen van – in gewicht wisselende – vuilmiszakken vergt een fysieke beweging die de kans op uitglijden bij gladheid door sneeuw of ijsel aanmerkelijk vergroot. Sita heeft verklaard regelmatig overleg te voeren met internationale zusterbedrijven. In Zweden en Finland worden in de winterperiode zogenaamde hak-spikes ingezet. Geoordeeld wordt dat de kennis en ervaring met betrekking tot deze hak-spikes, gezien het jaarlijkse overleg tussen veiligheidsmanagers van Sita uit elk land, kan – en moet – worden toegerekend aan de vestiging(en) van Sita in Nederland. Bovendien heeft Sita naar aanleiding van het onderhavige ongeval en ter voorkoming daarvan in de toekomst haar zusterbedrijven in

Scandinavië benaderd, waarna zij is overgegaan tot het ter beschikking stellen van de hakspikes aan haar werknemers. Deze veiligheidsmaatregel had Sita reeds voor het ongeval moeten nemen (vergelijk HR 11 november 2005, LJN AU3313). Geoordeeld wordt dat Sita haar zorgplicht ex artikel 7:658 BW heeft geschonden en aansprakelijk is.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 14-03-2013

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2013:BZ5255

Zaaknummer: 842500 AE VERZ 12-459 MAR 4186

Rechters: D. Wachter

Advocaten: R.A. Heblj en S. Odijk

Wetsartikelen: 7:658 BW

RECHTSPRAAK

AABO Trading Company B.V./werknemer

Concurrentiebeding is schriftelijk overeengekomen en niet zwaarder gaan drukken. Werkgever heeft rechtmatig belang bij handhaving van het concurrentiebeding gedurende een periode van een jaar, daarna verliest werkgever belang bij handhaving wegens verouderde kennis bedrijfsprocessen werkgever

AABO is een groothandel in dakbedekkingsmaterialen met veertien verkoopvestigingen in Nederland. Werknemer is op of omstreeks 1995 in dienst getreden van AABO als allround medewerker. Op de arbeidsovereenkomst is een concurrentiebeding en relatiebeding van toepassing. In januari hebben partijen een beëindigingsovereenkomst opgesteld, waarin het concurrentiebeding expliciet is gehandhaafd. Per 1 maart 2012 is werknemer in dienst getreden van Dakned. Dakned is een handelsonderneming in dakmaterialen, isolatie, daktoebehoren en gereedschappen. Volgens werknemer kan de beëindigingsovereenkomst van 31 januari 2011 niet leiden tot toepasselijkheid van een concurrentie/relatiebeding, nu in de beëindigingsovereenkomst wordt verwezen naar de arbeidsovereenkomst van 1996, die werknemer niet heeft ondertekend (de handtekening zou nep zijn), en de tekst van bedoeld concurrentie- en relatiebeding niet in de beëindigingsovereenkomst is opgenomen of daarbij is gevoegd. Aldus is niet voldaan aan het schriftelijkheidsvereiste. Voorts zou het concurrentiebeding zijn vervallen wegens het zwaarderdrukkencriterium.

Het hof oordeelt als volgt. Onder verwijzing naar de overgelegde rapportage van het Nationaal Forensisch Onderzoeksbureau oordeelt het hof dat sprake is van een ondertekend concurrentiebeding in 1996. Het hof verwerpt voorts de stelling van werknemer dat zijn functie gedurende de loop van de arbeidsovereenkomst zo ingrijpend is gewijzigd dat het concurrentiebeding aanmerkelijk zwaarder is gaan drukken, en om die reden opnieuw schriftelijk had moeten worden overeengekomen om zijn werking te blijven behouden. Tegenover de gemotiveerde betwisting door AABO dat sprake is geweest van een ingrijpende functiewijziging, heeft werknemer onvoldoende aannemelijk gemaakt dat hij thans zonder het concurrentiebeding veel ruimere mogelijkheden op de arbeidsmarkt zou hebben dan bij aanvang van zijn arbeidsovereenkomst bij AABO het geval was. Werknemer heeft vanaf zijn

indiensttreding bij AABO een gevarieerd takenpakket gehad, dat in de praktijk min of meer hetzelfde is gebleven. Dat het concurrentiebeding voor werknemer als gevolg van een functiewijziging gedurende de looptijd van zijn arbeidsovereenkomst voor hem zwaarder is gaan drukken is derhalve niet aannemelijk geworden, zodat het concurrentie- en relatiebeding op die grond zijn werking niet heeft verloren.

Het hof ziet in de omstandigheden van het geval en de wederzijdse belangen van partijen evenwel aanleiding de werking van het hiervoor vermelde concurrentiebeding te schorsen na ommekomst van 1 jaar na het einde van de dienstbetrekking, derhalve per 1 maart 2012. Het hof kent hierbij enerzijds betekenis toe aan de omstandigheid dat werknemer in dienst is getreden bij een onderneming waarvan het hof aannemelijk acht dat het om een directe concurrent van AABO gaat. Daarnaast hecht het hof belang aan het feit dat werknemer gedurende zijn dienstverband – en ook daarna nog (in beperkte mate) tot omstreeks oktober 2011 – onbetwist toegang heeft gehad tot de bedrijfsgegevens van AABO en aan het feit dat werknemer tot driemaal toe zijn handtekening heeft gezet onder een document waarin hij werd gebonden aan een concurrentiebeding. Laatstelijk heeft hij dit gedaan bij het ondertekenen van de beëindigingsovereenkomst op 31 januari 2011. Verder slaat het hof acht op het feit dat werknemer ter onderbouwing van de onbillijke benadeling als bedoeld in artikel 7:653 lid 2 BW niet meer heeft gesteld dan dat het concurrentiebeding hem belet in dienst te treden van Dakned. Naar het voorlopig oordeel van het hof leidt deze enkele beperking van de mogelijkheid van werknemer om arbeid in loondienst te verrichten van deze directe concurrent van AABO, zonder nadere toelichting, die niet is gegeven, niet tot de conclusie dat sprake is van een benadeling die onbillijk is. Anderzijds weegt het hof in zijn beoordeling mee dat bedrijfsinformatie naar haar aard na verloop van tijd minder concurrentiegevoelig wordt, zodat het belang van AABO bij handhaving van het concurrentiebeding met het tijdsverloop navenant minder wordt. Er zijn geen bijzondere omstandigheden aannemelijk geworden die met zich brengen dat de bedrijfsinformatie van AABO ook na 1 maart 2012 nog in relevante mate concurrentiegevoelig is.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 12-03-2013

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2013:BZ5178

Zaaknummer: 200.108.921

Rechters: E.B. Knottnerus, W. Duitemeijer en B.J. Lenselink

Advocaten: R. Gijsen en T.L. Hemrica

Wetsartikelen: 7:653 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/FNV Bondgenoten

Verenigingsrecht en arbeidsrecht. Geen recht op vrije advocaatkeuze voor lid, tevens werknemer, van FNV Bondgenoten in een arbeidsgeschil met FNV Bondgenoten. Geen strijdigheid met Erhard Eschig tegen Uniqa Sachversicherung AG

Werknemer is in dienst van FNV Bondgenoten. Werknemers van FNV Bondgenoten zijn uit hoofde van hun dienstverband lid van FNV Bondgenoten. Leden van FNV Bondgenoten hebben recht op kosteloze rechtsbijstand op een aantal rechtsgebieden, waaronder arbeidsrecht. Indien sprake is van een geschil met FNV dan schrijven de algemene voorwaarden voor dat werknemer recht heeft op rechtsbijstand bij een bij naam genoemd advocatenkantoor. Werknemer heeft zich evenwel gewend tot een ander kantoor. De centrale vraag is of FNV de kosten hiervan dient te dragen. Werknemer meent van wel en heeft aan zijn vordering ten grondslag gelegd dat FNV Bondgenoten zich, door werknemer te verplichten om rechtshulp af te nemen bij een door haar aangewezen advocatenkantoor, niet als goed werkgever gedraagt en dat FNV Bondgenoten op grond van een redelijke uitleg van de lidmaatschapsvoorwaarden gehouden is om zijn advocaatkosten te vergoeden. Verder betoogt werknemer, onder verwijzing naar artikel 4 lid 1 sub b EG-richtlijn 87/344 en de uitspraak van het Hof van Justitie van 10 september 2009 (Erhard Eschig/Uniqa Sachversicherung AG), dat FNV Bondgenoten het recht op vrije advocatenkeuze moet respecteren.

Het hof oordeelt als volgt. In het kader van de ontvankelijkheid van de kantonrechter, verwerpt het hof het betoog van werknemer dat de aanspraak op rechtshulp, doordat hij uit hoofde van zijn arbeidsovereenkomst verplicht lid is van FNV Bondgenoten, onderdeel is gaan uitmaken van de arbeidsovereenkomst en het dus in feite een arbeidsrechtelijk geschil betreft. Voorts leidt de omstandigheid dat deze regels en voorzieningen voor werknemers een aanvullende, van de voor andere leden geldende regeling afwijkende, regeling bieden, er niet toe dat een geschil over de aanspraken op grond van die regels en voorzieningen een arbeidsrechtelijke kwestie is. Artikel 7:611 BW ziet op de uitvoering van de arbeidsovereenkomst. Nu de aanspraken waarop werknemer zich beroept voortvloeien uit de lidmaatschapsovereenkomst en niet uit arbeidsovereenkomst, faalt het door werknemer

gedane beroep op goed werkgeverschap. Overigens is het hof van oordeel dat het gegeven dat partijen tevens (ex-)werkgever en (ex-)werknemer van elkaar zijn, wel een inkleuring kan geven aan de toepassing van verenigingsrechtelijke regels in hun verhouding van vereniging tot lid.

Wat de verplichte advocaatkeuze betreft, overweegt het hof als volgt. FNV Bondgenoten heeft als vereniging te maken met financiële beperkingen, zoals een plafond voor de maximaal voor vergoeding in aanmerking komende advocaatkosten, en heeft in dat kader kennelijk tariefafspraken met Zumpolle Advocaten gemaakt. FNV Bondgenoten heeft er dan ook een gerechtvaardigd (financieel) belang bij dat de zaken die zij aan een advocaat uitbesteedt, bij dat kantoor worden uitbesteed. Dat staat haar als vereniging vrij en is als zodanig immers een verenigingsbeslissing. Bezwaren tegen verenigingsbeslissingen en de door de vereniging gemaakte keuzes kunnen door een lid als werknemer binnen de vereniging en overeenkomstig het verenigingsrecht aan de orde worden gesteld. Nu daarvan niet is gebleken, mag FNV Bondgenoten van de toepasselijkheid van deze regels uitgaan. Van een verplichting om rechtsbijstand af te nemen bij een door FNV Bondgenoten aangewezen advocaat is geen sprake, het is slechts een service die FNV Bondgenoten aan werknemer als lid, tevens werknemer, biedt.

Ten slotte betoogt werknemer dat FNV Bondgenoten materieel gezien moet worden beschouwd als een rechtsbijstandsverzekeraar, zodat hij op grond van artikel 4:67 Wft en/of artikel 4 van de Richtlijn 87/344/EG een recht op vrije advocaatkeuze heeft. Hij verwijst in dat verband naar de uitspraak van het Hof van Justitie van 10 september 2009 in de zaak van Erhard Eschig tegen Uniqa Sachversicherung AG. Ingevolge die uitspraak heeft een verzekerde op grond van de betrokken rechtsbijstandsverzekering recht op vrije advocaatkeuze. Het hof is echter met de rechtbank van oordeel dat FNV Bondgenoten geen rechtsbijstandsverzekeraar is en daarmee ook niet gelijk is te stellen, zodat werknemer geen beroep op artikel 4:67 Wft en/of artikel 4 van de Richtlijn 87/344/EG toekomt. Artikel 2 van de Richtlijn 87/344/EG definieert een rechtsbijstandsverzekering als volgt: 'een rechtsbijstandsverzekering voorziet erin dat tegen betaling van een premie de verbintenis wordt aangegaan om de kosten van gerechtelijke procedures te dragen en andere diensten te verlenen die voortvloeien uit de door de verzekering geboden dekking.' De voorziening die FNV Bondgenoten biedt, voldoet niet aan die omschrijving. FNV Bondgenoten is een (vak)vereniging en behartigt de maatschappelijke belangen van haar leden. Vakverenigingen verlenen sinds jaar en dag diensten, waaronder juridische diensten, aan hun leden en het recht daarop is inherent aan de lidmaatschapsverhouding. De vergoeding die de leden betalen ligt besloten in hun contributie en deze is niet als een premie uit hoofde van een rechtsbijstandsverzekering te beschouwen.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 12-03-2013

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2013:BZ5184

Zaaknummer: 200.097.542

Rechters: E.J. van der Poel, M.F.J.N. van Osch en H.M. Wattendorff

Advocaten: A. Bosveld en P.H. van der Vleuten

Wetsartikelen: CAO FNV-organisaties, 71 Rv, 4 lid 1 sub b Richtlijn 87/344/EG en 4:67 Wet op het financieel toezicht

RECHTSPRAAK

werkneemster/Kishco Trading Company

Ontslag 43-jarige werkneemster met 21 dienstjaren na herseninfarct en halfzijdige verlamming niet kennelijk onredelijk. Het feit dat werkgever nadien maar twee keer op bezoek is geweest bij werkneemster maakt ontslag evenmin kennelijk onredelijk. Loondoorbetaling gedurende een betrekkelijk korte tijd, dient in casu op 1 jaar te worden gesteld

Werkneemster (43 jaar) is op 1 juli 1991 in dienst getreden van Kwik Bargains. Op 5 mei 2010 werd werkneemster door een herseninfarct getroffen. Zij is sedertdien halfzijdig verlamd en, blijkens een verklaring van haar huisarts, niet meer in staat in welke functie dan ook werkzaam te zijn. Kwik Bargains heeft verzoekster twee dagen haar volledig loon doorbetaald en daarna 80% van het loon. Na verkregen toestemming heeft Kwik Bargains bij brief van 13 juli 2012 de arbeidsovereenkomst met werkneemster opgezegd tegen 13 augustus 2012. Werkneemster stelt zich op het standpunt dat de opzegging kennelijk onredelijk is. Daarnaast stelt werkneemster zich op het standpunt dat Kwik Bargains een langere loondoorbetalingsplicht heeft.

Het Gerecht oordeelt als volgt. Vast staat dat de arbeidsongeschiktheid van werkneemster niets van doen heeft met de werkzaamheden die zij voor verweerder verrichte (werkneemster heeft tijdens haar vakantie een herseninfarct gehad waardoor zij gedeeltelijk verlamd is geraakt). Vast staat ook dat werkneemster blijvend arbeidsongeschikt is (het was en is onmogelijk voor haar in welke functie dan ook werkzaam te zijn, aldus de bij verzoekschrift overgelegde verklaring van de huisarts) zowel voor werkzaamheden bij Kwik Bargains als bij andere werkgevers. In zoverre kan Kwik Bargains dan ook niet verweten worden dat geen pogingen zijn ondernomen om verzoekster ander passend werk aan te bieden. Evenmin kan Kwik Bargains overigens verweten worden dat hier te lande geen voorzieningen bestaan zoals bijvoorbeeld in Nederland die, anders dan de onderstandsuitkering die werkneemster nu ontvangt, een redelijke vergoeding bij arbeidsongeschiktheid (WIA) geven. Voor zover werkneemster betoogt dat gelet op de lengte van het dienstverband en haar opleidingsniveau

Kwik Bargains gehouden was enige voorziening te treffen is naar het oordeel van het Gerecht voor dit betoog geen steun te vinden in wet noch in de stand der jurisprudentie. Dan resteert nog het argument dat Kwik Bargains tijdens de ziekte van verzoekster niet meer heeft gedaan dan slechts twee bezoeken. Ook dit argument kan werkneemster niet baten nu Kwik Bargains heeft ontkend gedurende de ziekte van verzoekster slechts twee bezoeken aan haar te hebben gebracht en het argument zich verder niet laat wegen.

In artikel 7A:1614c lid 1 BW is bepaald dat de arbeidsongeschikte werknemer gedurende betrekkelijk korte tijd aanspraak houdt op het overeengekomen loon. Anders dan Kwik Bargains stelt is betrekkelijk kort in Sint Maarten niet altijd twee dagen doch bepalen de omstandigheden van het geval wat betrekkelijk kort is. Gelet op de duur van het dienstverband, de leeftijd van werkneemster, de uitzichtloosheid van de ziekte/arbeidsongeschiktheid van werkneemster is het Gerecht met werkneemster van oordeel dat in dit geval de betrekkelijk korte termijn één jaar bedraagt.

Instantie: Gerecht in eerste aanleg van Sint Maarten

Datum uitspraak: 06-03-2013

ECLI: ECLI:NL:OGEAM:2013:BZ4645

Zaaknummer: EJ 10/2013

Rechters: R. Boskma en R.W.J. van Veen

Advocaten: C.J. Koster en G.C. Richardson-Nicolaas

Wetsartikelen: 7A:1614c BW

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgever

Ontslag 59-jarige werknemer in de bouwsector met 17 jaar goede staat van dienst niet kennelijk onredelijk vanwege de getroffen voorzieningen. Voor salaris advocaat wordt uitgegaan van tarief II van de geldende liquidatietarieven (vordering van onbepaalde waarde), omdat bij zaken als de onderhavige de hoogte van de vordering geen goed criterium is voor de vaststelling van die kosten

Werknemer (geboren 1950) is sinds 2 februari 1993 op grond van een arbeidsovereenkomst bij werkgever werkzaam geweest, laatstelijk als Projectleider Utiliteit. De arbeidsovereenkomst is met toestemming van het UWV WERKbedrijf per 7 november 2009 opgezegd wegens bedrijfseconomische omstandigheden. In verband met deze opzegging heeft werkgever (op grond van een met haar ondernemingsraad overeengekomen sociaal plan) werknemer als voorziening een bedrag uitgekeerd van € 54.977 bruto, zijnde zestien maanden suppletie op de WW-uitkering van werknemer tot 100% van het laatstgenoten salaris, gekapitaliseerd. Verder heeft werkgever werknemer een outplacementbudget van € 1.500 netto ter beschikking gesteld. Indien werknemer niet zou zijn ontslagen, zou hij met het bereiken van de 62-jarige leeftijd gebruik hebben kunnen maken (en hebben gemaakt) van een vroegpensioenregeling. Werknemer stelt zich thans op het standpunt dat de opzegging kennelijk onredelijk is.

Het hof oordeelt als volgt. Werknemer voert aan dat de financiële positie van werkgever ten tijde van het ontslag niet zo nijpend was dat er 'geen financiële overbrugging' kon worden geboden om hem in aanmerking te doen komen voor de vervroegde pensioenregeling (bij het bereiken van de 62-jarige leeftijd) en – zo begrijpt het hof – dat zij hem daarom een dergelijke overbrugging had moeten bieden. Het hof acht deze stelling onvoldoende feitelijk toegelicht, mede in aanmerking genomen dat het hier zou zijn gegaan om een 'te overbruggen' periode van de bepaald niet geringe duur van (bijna) twee jaar en vier maanden. Dit is geen reëel verwijt aan de werkgever.

Hoewel werknemer met 59 jaar en 17 dienstjaren geen goed arbeidsmarktperspectief heeft, kan anderzijds niet worden gesteld dat werkgever zich niet als goed werkgever heeft gedragen

mede gezien de getroffen voorzieningen. Er is derhalve geen sprake van kennelijk onredelijk ontslag.

Werknemer zal, als de in het ongelijk gestelde partij, in de kosten van het hoger beroep worden verwezen. Wat het salaris van de advocaat betreft, zal het hof daarbij uitgaan van tarief II van de geldende liquidatietarieven (vordering van onbepaalde waarde), omdat bij zaken als de onderhavige de hoogte van de vordering geen goed criterium is voor de vaststelling van die kosten. Hierbij dient te worden bedacht dat de eiser van een schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag niet is gehouden een concreet bedrag te vorderen. Om dezelfde reden wordt de vordering ook voor wat betreft de bepaling van de hoogte van het vast recht aangemerkt als een vordering van onbepaalde waarde.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 05-03-2013

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ4821

Zaaknummer: 200.098.285/01

Rechters: R.J.M. Smit, A.M.A. Verscheure en J.E. Molenaar

Advocaten: I.M.C.A. Reinders Folmer en J.L. Sintemaartensdijk

Wetsartikelen: 7:681 BW en Liquidatietarieven

RECHTSPRAAK

**Stichting Pensioenfonds Horeca en Catering/bestuurder
Capital X BV**

Bestuurder is hoofdelijk aansprakelijk voor betaling pensioenpremies op grond van artikel 23 Wet verplichte deelneming aan het bedrijfstakpensioenfonds 2000. Verzuim mededeling van betalingsonmacht leidt tot persoonlijke aansprakelijkheid

Bestuurder was de enige bestuurder van de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Capital X B.V., welke onderneming in 2008 is gefailleerd. Capital X had werknemers in dienst. Zij was als werkgeefster op grond van de Wet verplichte deelneming aan het bedrijfstakpensioenfonds 2000 (Wet Bpf 2000) verplicht premie af te dragen aan het pensioenfonds ten behoeve van bij haar werkzame werknemers. De bestuurder is aangeschreven wegens onbetaalde premies. Volgens het pensioenfonds heeft Capital X de betalingsonmacht van de vennootschap niet tijdig gemeld en volgt in dat geval de aansprakelijkheid van bestuurder uit artikel 23 van de Wet Bpf 2000.

Het hof oordeelt als volgt. Het hof stelt in dit verband voorop dat bestuurder op grond van artikel 23 lid 1 van de Wet Bpf 2000 naast Capital X in beginsel hoofdelijk aansprakelijk is voor de betaling van de aan de stichting verschuldigde premies. Op grond van artikel 23 lid 2 Wet Bpf had Capital X betalingsonmacht onverwijld aan het pensioenfonds moeten mededelen. De hiervoor beschreven meldingsregeling dwingt de bestuurder om in actie te komen wanneer de rechtspersoon in betalingsmoeilijkheden komt te verkeren. De regeling beoogt te bewerkstelligen dat het bedrijfstakpensioenfonds op een vroegtijdig tijdstip op de hoogte raakt van de moeilijkheden waarin het lichaam verkeert (Kamerstukken II 1999/00, 27 073, nr. 3, p. 20). Met de wettelijke meldingsplicht is een doelmatige en preventief werkende regeling beoogd die ertoe aanzet dat de bestuurder er voortdurend op bedacht is, dat de betaling – of voldoening of afdracht – van premie-, bijdragen- en belastingschulden voorrang heeft en dat de daarvoor bestemde gelden steeds beschikbaar worden gehouden. Hierbij moet worden bedacht dat door de inhouding van de premies en belastingen op het loon van de werknemer de rechtspersoon daarvan geen rechthebbende, maar als het ware houder van die premies en

belastingen wordt (Kamerstukken II 1980/81, 16 530, nr. 3, p. 3-4). Dat bestuurder door ziekte en afwezigheid feitelijk niet in staat was om het pensioenfonds een melding van de betalingsonmacht te doen, is door bestuurder evenwel niet (voldoende) concreet toegelicht en in het geheel niet onderbouwd (art. 23 lid 4 Wet Bpf). Geen sprake van artikel 6:119a BW maar enkel van artikel 6:119 BW.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 05-03-2013

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2013:BZ5163

Zaaknummer: 200.101.672

Wetsartikelen: Wet verplichte deelneming aan het bedrijfstakpensioenfonds 2000

RECHTSPRAAK

werkgever/werknemer

Werknemer slaagt in bewijs dat hij meer dan 10 (namelijk 30) uur heeft gewerkt voor werkgever. Loonvordering toegewezen

Geschil over de bewijswaardering van de kantonrechter aangaande de omvang van het gewerkte aantal uren van (wijlen) werknemer. Het hof verwerpt de grieven van werkgever met een beroep op de bewijsthematiek.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 26-02-2013

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ5005

Zaaknummer: 200.087.653/01

Rechters: R.J.M. Smit, D.J. van der Kwaak en J.E. Molenaar

Advocaten: E.R. Bettman en M.J. Meijer

Wetsartikelen: CAO voor het horeca- en aanverwante bedrijf

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgever

Opzegverbod ziekte niet van toepassing bij tweede ontslagaanvraag die als voortzetting van eerdere ontslagaanvraag moet worden beschouwd. Ontslag evenmin kennelijk onredelijk

(Hoger beroep van AR 2010-0759.) Werknemer (geboren 1958) is sinds 1999 in dienst van werkgever in de functie van vrachtwagenchauffeur. In verband met bedrijfseconomische redenen heeft werkgever op 20 mei 2009 een ontslagvergunning aangevraagd voor een aantal werknemers, waaronder ook werknemer. In verband met onduidelijkheden over deze ontslagaanvraag, heeft werkgever op 6 juli 2009 – op voorstel van een beslisambtenaar van het UWV WERKbedrijf – een nieuwe ontslagaanvraag ingediend. Inmiddels was werknemer vanwege een ongeval op 4 juni 2009 arbeidsongeschikt wegens ziekte. Met toestemming van het UWV WERKbedrijf heeft werkgever de arbeidsovereenkomst per 14 oktober 2009 opgezegd. Werknemer heeft de nietigheid van de opzegging ingeroepen wegens het opzegverbod tijdens ziekte. Naar het oordeel van de kantonrechter geldt in dit geval het opzegverbod niet.

Het hof oordeelt als volgt. Het hof deelt het oordeel van de kantonrechter dat werkgever zich in de gegeven omstandigheden kan beroepen op de uitzondering van artikel 7:670 lid 1 sub b BW. Met de kantonrechter is het hof van oordeel dat de tweede door werkgever ingediende ontslagaanvraag van 2 juli 2009 (bij UWV op 6 juli 2009 ingekomen), gezien het moment waarop en de omstandigheden waaronder deze door werkgever is ingediend, in het kader van de beantwoording van de vraag of de ongeschiktheid van werknemer door ziekte voor of na de indiening van een ontslagaanvraag is ingetreden niet mag worden beschouwd als een zelfstandige (nieuwe) ontslagaanvraag, aangezien die aanvraag niet losgezien kan worden van de ontslagaanvraag van werkgever van 20 mei 2009 die bij UWV op 25 mei 2009 is ingekomen en moet worden beschouwd als een stap in de met die aanvraag ingeleide procedure. Alle omstandigheden van het geval in aanmerking nemend, is ook het hof van oordeel dat, zoals de kantonrechter heeft overwogen, een redelijke wetstoepassing meebrengt dat bij de beoordeling van de vraag of werknemer voor of na indiening door werkgever van een ontslagaanvraag door ziekte ongeschikt voor zijn werk is geworden, de datum van

inontvangstname van het (eerste) verzoek op 25 mei 2005 beslissend moet worden geacht.

De vordering uit kennelijk onredelijk ontslag wordt afgewezen. Er is sprake van voorgewende redenen noch van een geslaagd beroep op het gevolgencriterium.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 26-02-2013

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ5040

Zaaknummer: 200.078.467/01

Rechters: S.F. Schütz, E.E. van Tuyl Serooskerken-Roëll en J.E. Molenaar

Advocaten: A. Oass en A.H.J. Bartman

Wetsartikelen: 7:681 BW en 7:670 lid 1 sub b BW

RECHTSPRAAK

Stichting pensioenfond Horeca en Catering/werknemer

Ook stroman-bestuuder is hoofdelijk aansprakelijk voor niet-betalde premies ingevolge artikel 23 Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds. Dat werknemer nimmer bestuurstaken verrichtte doet niet ter zake

Werknemer heeft tot 1 juni 2007 een dienstverband gehad met Lamham B.V. Hij werkte als kelner in de horecaonderneming Luca & Lucas. In de periode van 1 april 2005 tot 1 juni 2007 heeft werknemer in het handelsregister van de Kamer van Koophandel ingeschreven gestaan als bestuurder van Lamham B.V. Lamham B.V. heeft de door haar aan het pensioenfonds verschuldigde pensioenpremies over het jaar 2007 onbetaald gelaten. Op 9 september 2008 is zij failliet verklaard en op 26 augustus 2009 is zij, bij gebrek aan bekende baten, ontbonden. Bij brief van 28 oktober 2009 heeft het pensioenfonds werknemer als ex-bestuurder van Lamham B.V. aansprakelijk gesteld voor een bedrag van € 19.580,36 aan pensioenpremie dat tijdens zijn periode als bestuurder van Lamham B.V. niet was voldaan. Met werknemer is de kantonrechter van oordeel dat werknemer in feite nooit bestuurder van Lamham B.V. is geweest, maar enkel een stroman.

Het hof oordeelt als volgt. Partijen verschillen allereerst van mening over de vraag of werknemer kan worden beschouwd als bestuurder in de zin van de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 (Wet Bpf 2000). Inschrijving in de Kamer van Koophandel is daartoe niet voldoende. Niettemin is de inschrijving in het handelsregister niet geheel zonder betekenis. Aan die inschrijving kan het vermoeden worden ontleend dat de ingeschreven persoon, in dit geval dus werknemer, ook daadwerkelijk bestuurder was. Het is dan aan werknemer om zijn verweer dat hij in werkelijkheid geen bestuurder was, deugdelijk te motiveren. Naar het oordeel van het hof heeft hij dat onvoldoende gedaan. Het enkele feit dat werknemer nooit bestuurstaken heeft uitgevoerd is onvoldoende voor de conclusie dat hij geen bestuurder zou zijn geweest. Op grond van het bepaalde in artikel 23 van de Wet Bpf 2000 kan immers zowel de materiële als de formele bestuurder hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld voor de pensioenschuld van de vennootschap. Dat het ook nooit de bedoeling van werknemer en X (enig aandeelhouder van Lamham B.V.) was dat werknemer

bestuurstaken zou uitvoeren is om dezelfde reden niet van belang. Beslissend is wel of de algemene vergadering van aandeelhouders van de vennootschap een besluit tot benoeming van werknemer als bestuurder heeft genomen en werknemer de benoeming heeft aanvaard. Daarvan is sprake. Op grond van artikel 23 Wet Bpf is werknemer dan ook aansprakelijk, tenzij hij het vermoeden van aansprakelijkheid kan weerleggen. Het feit dat hij zich slechts als formeel bestuurder heeft laten benoemen en zich in de praktijk niet met het bestuur heeft bemoeid of mocht bemoeien is geen geldige verontschuldiging.

De zaak wordt aangehouden op formele grond (artikel 21 Wet Bpf).

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 26-02-2013

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ4825

Zaaknummer: 200.103.324/01

Rechters: J.C.W. Rang, D.J. Oranje en H.O. Kerkmeester

Advocaten: J. Verbeeke en W.M.U. van der Blom

Wetsartikelen: 20 Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds en 23 Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds

RECHTSPRAAK

werknemer/Recruit a Student Personeelsdiensten B.V.

Uitzendkracht beroept zich in fase twee op de ketenregeling, terwijl in de NBBU-cao in fase drie uitdrukkelijk van artikel 7:668a BW is afgeweken en een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd pas in fase vier in beeld komt. Geen arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd

Werknemer is op 7 juni 2010 op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van een week in dienst getreden van Recruit a Student Personeelsdiensten (hierna: RaS). Hij heeft werkzaamheden verricht voor Avis Autoverhuur. De overeenkomst is steeds met een week verlengd. Op de arbeidsovereenkomst is de NBBU-cao van toepassing. Op 27 december 2010 is tussen partijen een nieuwe arbeidsovereenkomst gesloten, die is geëindigd op 2 januari 2011. Op 5 januari 2011 heeft RaS werknemer bericht dat zolang de contracten met Avis doorlopen, een werkgarantie wordt aangeboden van minimaal 32 uur per week. RaS heeft besloten de arbeidsovereenkomst per 2 januari 2012 niet te verlengen. Werknemer vordert loon en wedertewerkstelling. Hij stelt dat hij mede gelet op de werkgarantie werkzaam was voor de duur van een project, dat nog niet was afgelopen. Bovendien is ex artikel 7:668a BW een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ontstaan.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Van een arbeidsovereenkomst voor de duur van een project is geen sprake. Anders dan werknemer stelt, valt niet in te zien dat als geen sprake is van een project, ook geen sprake is van een overeenkomst voor bepaalde tijd in fase twee, maar van een overeenkomst voor onbepaalde tijd. Werknemer stelt voorts dat bij gebrek aan een andersluidende regeling in de cao op grond van artikel 7:691 jo. 7:668a BW, de uitzendovereenkomsten voor bepaalde tijd in fase één en twee voor onbepaalde tijd zijn geworden, omdat de wekentelling volgens het fasensysteem vanaf het sluiten van de uitzendovereenkomst voor bepaalde tijd niet meer geldig zou zijn. Zoals reeds in het vonnis in kort geding is overwogen, zou de uitleg die werknemer voorstaat – de uitzendovereenkomst voor bepaalde tijd is meer dan drie keer verlengd, zodat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is ontstaan –, betekenen dat aan werknemer in fase twee de zekerheid van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is geboden; dit terwijl de systematiek van de

NBBU-cao zodanig is dat deze zekerheid zelfs niet geldt voor uitzendkrachten die zich een fase verder (fase drie) bevinden, waar pas een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd in beeld komt als wordt voldaan aan de voorwaarden die volgens de cao gelden in fase vier. Werknemer beroept zich in fase twee op de rechtsgevolgen van artikel 7:668a BW, terwijl gelet op artikel 14 van de NBBU-cao in fase drie uitdrukkelijk van artikel 7:668a BW wordt afgeweken. Onweersproken is dat partijen niet overeenkomstig artikel 12 lid 3 van de NBBU-cao voorafgaande aan fase twee uitdrukkelijk hebben gekozen voor een systeem als bedoeld in artikel 7:668a BW. Volgt afwijzing van de vorderingen.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 21-02-2013

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2013:BZ4793

Zaaknummer: 563932 CV EXPL 12-8544

Rechters: C.E. van Oosten-van Smaalen

Advocaten: A.M. Hilhorst en M. Tanja

Wetsartikelen: 7:668a BW en 7:691 BW

RECHTSPRAAK

Ondernemingsraad DB Schenker Rail Nederland/DB Schenker Rail Nederland

Besluit tot verhangung Nederlandse dochters wegens fiscale redenen niet kennelijk onredelijk. Ondernemer hoeft voorwaarden verbonden aan advies niet te honoreren

Schenker Rail Nederland is onderdeel van een groep van vennootschappen waarin aan de top wordt deelgenomen door Deutsche Bahn AG. Alle aandelen in Schenker Rail Nederland worden gehouden door Schenker Rail GmbH. Binnen de groep van de Schenker-vennootschappen is op enig moment besloten zowel Schenker Rail Nederland als Schenker Nederland B.V. (een andere dochter van Deutsche Bahn AG in Nederland) te verhangen naar een Nederlandse vennootschap, om op Nederlands niveau een fiscale eenheid met de mogelijkheid van verliescompensatie tot stand te kunnen brengen. Op 20 december 2012 heeft Schenker AG alle door haar in Schenker Nederland B.V. gehouden aandelen aan DB Nederland Holding B.V. overgedragen. Voorafgaand aan deze overdracht heeft Schenker Rail Nederland advies gevraagd aan de ondernemingsraad inzake de wijziging in eigendomsstructuur. De ondernemingsraad heeft aan haar positief advies een flink aantal voorwaarden verbonden. Op deze voorwaarden is niet ingegaan. Thans stelt de ondernemingsraad zich op het standpunt dat het besluit daardoor in redelijkheid niet had mogen worden genomen.

De Ondernemingskamer oordeelt als volgt. Het ter beoordeling zijnde besluit van Schenker Rail Nederland aan de genoemde overdracht haar medewerking te verlenen, kan, mede in aanmerking genomen dat niet valt in te zien dat het weigeren van het verlenen van die medewerking op enige wijze of in enig opzicht afbreuk zou kunnen doen aan de rechtsgeldige overgang van de aandelen van DB Schenker Rail GmbH aan DB Holding Nederland B.V. en daarmee van de vennootschapsrechtelijke (aandeelhouders)zeggenschap in Schenker Rail Nederland, gezien de in brief van 9 augustus 2012 gegeven toelichting met betrekking tot de fiscaalrechtelijke achtergrond van de voorgenomen aandelenoverdracht, niet als kennelijk onredelijk worden aangemerkt. Daaraan kan niet afdoen dat Schenker Rail Nederland de door de ondernemingsraad genoemde voorwaarden niet heeft willen aanvaarden. Niet alleen heeft

de meergenoemde aandelenoverdracht op zichzelf en zonder meer geen gevolgen voor de door Schenker Rail Nederland in stand gehouden onderneming, zij heeft bovendien op goede gronden doen betogen dat deze voorwaarden met het bestreden besluit niet van doen hebben en bovendien deels een verzoek tot toezegging van rechten aan de ondernemingsraad inhouden die de ondernemingsraad zonder die toezegging reeds toekomen onderscheidenlijk dat het voorwaarden betreft die niet tot het domein behoren waarover Schenker Rail Nederland zeggenschap heeft.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 20-02-2013

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ4578

Zaaknummer: 200.118.735/01

Wetsartikelen: WOR

RECHTSPRAAK

**Ondernemingsraad N.V. Elektriciteits
Productiemaatschappij Zuid-Nederland EPZ/N.V.
Elektriciteits Productiemaatschappij Zuid-Nederland EPZ**

***Besluit tot staking onderdeel van de onderneming per 1 januari 2016
ondanks eerder positief geluid in aandeelhoudersconvenant, is toch
redelijk gezien de belangen in het geding***

EPZ is de grootste elektriciteitsproducent van de provincie Zeeland. EPZ exploiteert in Borssele de enige kerncentrale van Nederland, intern wel de 'BS30' genoemd, een windpark en een kolencentrale, intern wel – en ook hierna – de 'BS12' genoemd. Delta en ERH zijn energieleveranciers en leveren energie/stroom ten behoeve van de binnenlandse en de buitenlandse markt. In juli 2011 is in het kader van de overname van aandelen (20% aandelen van ERH gaan naar Delta) een convenant gesloten. Hierin wordt uitgesproken dat de kerncentrale tot 2033 operationeel zal blijven en de kolencentrale (BS12) 'eveneens tot het einde van de verwachte levensduur' in bedrijf zou blijven. In december 2011 besluit de AVA dat sluiting van de kolencentrale geïndiceerd is. Op 13 januari 2012 heeft de bestuurder van EPZ aan de ondernemingsraad gevraagd om op de voet van artikel 25 lid 1 aanhef en onder c advies uit te brengen 'inzake het voorgenomen besluit van de directie van EPZ de operationele activiteiten van de afdeling Conventional Operations (CO) te continueren tot 1 januari 2016 en vooruitlopend hierop een aantal maatregelen te treffen'. De ondernemingsraad adviseert negatief.

De Ondernemingskamer oordeelt als volgt. EPZ – door eerst een onjuiste voorstelling van zaken te geven en vervolgens het convenant en de daaruit voortvloeiende verwachting van de ondernemingsraad niet bij de besluitvorming te betrekken – is ernstig tekortgeschoten bij het naleven van haar uit artikel 25 WOR voortvloeiende verplichtingen. De Ondernemingskamer constateert echter dat EPZ – in belangrijke mate met het oog op de personele gevolgen van sluiting – juist ernaar gestreefd heeft om de BS12 zo lang mogelijk open te houden. Dit streven, dat aansluit op het convenant, en het resultaat van dat streven brengen de Ondernemingskamer toe deze tekortkoming niet zodanig aan EPZ aan te rekenen, dat

geconcludeerd zou moeten worden dat EPZ bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot haar besluit heeft kunnen komen.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 12-02-2013

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ4576

Zaaknummer: 200.115.448/01

Wetsartikelen: 25 WOR

RECHTSPRAAK

Ondernemingsraad Global Technology Services/IBM Nederland

Artikel 25 lid 3 WOR dwingt niet tot opstellen sociaal plan. Verwijzing naar algemene procedure in personeelshandboek volstaat

Aan de ondernemingsraad heeft IBM het voorgenomen besluit tot reorganisatie voorgelegd ter advies. Uiteindelijk heeft de ondernemingsraad negatief geadviseerd. In zijn advies geeft de ondernemingsraad aan dat niet is voldaan aan artikel 25 lid 3 WOR (personele gevolgen). Hoewel IBM herhaaldelijk naar hoofdstuk 18 van het personeelshandboek heeft verwezen (waarin de algemene procedure bij boventalligheid wordt beschreven), wenst de ondernemingsraad een plan inzake mogelijk ontslag en een op deze reorganisatie toegespitste sociale paragraaf.

De Ondernemingskamer oordeelt als volgt. In de kern komt het standpunt van de ondernemingsraad erop neer dat IBM in strijd met artikel 25 lid 3 WOR niet, althans onvoldoende is ingegaan op de gevolgen van het besluit voor de werknemers die gedwongen ontslagen zullen worden. De Ondernemingskamer verwierpt dit standpunt. IBM heeft in haar adviesaanvraag de personele gevolgen en de naar aanleiding van die gevolgen te nemen maatregelen aldus toegelicht dat één werknemer zal overstappen naar IGA Benelux, dat van de overige (17) werknemers de functie verdwijnt en dat voor hen een herplaatsingstraject wordt gestart. Dit proces is beschreven in de adviesaanvraag onder verwijzing naar hoofdstuk 18 van de personeelsgids. Uit de stellingen van de ondernemingsraad blijkt dat de ondernemingsraad bekend is met dit herplaatsingstraject en voorts dat hem voldoende duidelijk was dat voor de werknemers voor wie geen passende functie binnen of buiten IBM gevonden zou worden, gedwongen ontslag zou volgen zonder nadere (financiële) vertrekregeling. Dit laatste blijkt ook uit het aandringen van de ondernemingsraad op een dergelijke vertrekregeling. Daarmee kan niet gezegd worden dat IBM geen of onvoldoende overzicht heeft gegeven van de personele gevolgen van het besluit en de naar aanleiding daarvan te nemen maatregelen. Het ontbreken van nadere maatregelen, bijvoorbeeld in de vorm van een (financiële) vertrekregeling, indien na afloop van het herplaatsingstraject (toch) gedwongen ontslag volgt, leidt niet zonder meer tot het oordeel dat IBM niet in redelijkheid tot het besluit heeft kunnen

komen. Anders dan de ondernemingsraad stelt, blijkt evenmin uit de wetsgeschiedenis of de jurisprudentie van de Ondernemingskamer over artikel 25 lid 3 WOR dat sprake is van een verplichting tot het opstellen van een sociaal plan waarvan dergelijke nadere maatregelen deel uitmaken. De ondernemer dient een overzicht te geven van de personele gevolgen van het besluit en de naar aanleiding daarvan te nemen maatregelen. De enkele omstandigheid dat IBM en de ondernemingsraad van mening verschillen over de noodzaak of wenselijkheid van een regeling in geval van gedwongen ontslag, is daartoe in ieder geval ontoereikend.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 28-01-2013

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ4558

Zaaknummer: 200.111.426 /01

Rechters: A.C. Faber, G.C. Makkink, M.P. Nieuwe Weme, G. Izeboud en M.N. Hoogendoorn

Advocaten: C. Nekeman, E.J. Henrichs en F.W. van Herk

Wetsartikelen: 25 WOR

RECHTSPRAAK

X Infra B.V./werknemer

Asfaltmedewerkers worden niet structureel in het eigen werkgebied ingezet. Voor bepaling ontslagvolgorde dient niet binnen de regio, maar landelijk te worden afgespiegeld. Aanhouding ontbindingsverzoek

Werknemer is sinds 1991 in dienst van X Infra als chauffeur kleefwagen in een asfaltploeg. Het concern waarvan X Infra deel uitmaakt heeft te lijden onder de gevolgen van de financiële en economische crisis. Werknemer werkt voor dochtervennootschap Asfalt B.V., die in 2011 en 2012 grote verliezen heeft geleden. Besloten is om het aantal asfaltploegen te verminderen, waardoor 36 arbeidsplaatsen komen te vervallen. X Infra heeft melding gedaan van het collectief ontslag. Thans verzoekt X Infra ontbinding van de arbeidsovereenkomst.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Voldoende aannemelijk is dat de bedrijfseconomische situatie van Asfalt moederbedrijf X Infra ertoe noodzaakt haar personeelsbestand, waar het de werknemers betreft die in deze dochtervennootschap werkzaam zijn, inkrimpt. Partijen hebben ter onderbouwing van hun standpunten aansluiting gezocht bij de BBA-procedure en het bepaalde in artikel 4:2 lid 1 Ontslagbesluit. Geoordeeld wordt dat de asfaltploegen geen intern organisatorisch verband vormen. Niet gesteld of gebleken is dat de asfaltploegen in de bedrijfsorganisatie wat betreft aansturing – intern – zelfstandige eenheden vormen. Ten aanzien van het gebied waarbinnen moet worden afgespiegeld, wordt het volgende overwogen. De planning van het asfalterwerk gebeurt niet regionaal. De asfaltmedewerkers komen eenmaal per jaar ergens in het land voor een ‘asfaltdag’ samen en houden op de werklocatie hun werkbespreking. De werknemers komen nooit op het regionale kantoor in hun werkgebied. Onder deze omstandigheden kan het regionale werkgebied bij de toepassing van het afspiegelingsbeginsel niet worden aangemerkt als de bedrijfsvestiging waarbinnen de uitwisselbare functies moeten worden bepaald. Bij de bepaling van het gebied waarbinnen dient te worden afgespiegeld, komt het er vervolgens op aan dat enerzijds de ontslagbescherming wordt gewaarborgd (hetgeen meebrengt dat het gebied niet te klein mag zijn) en dat anderzijds wordt gewaakt tegen een onwerkbaar uitkomst (wat meebrengt dat het gebied ook niet te groot moet zijn). De kantonrechter hecht bij deze afweging doorslaggevend

belang aan de omstandigheid dat de asfaltmedewerkers structureel niet merendeels in het eigen werkgebied pleegden te worden ingezet. Geoordeeld wordt derhalve dat landelijk moet worden afgespiegeld. X Infra wordt in de gelegenheid gesteld om de gegevens in het geding te brengen die inzicht geven in het resultaat van een landelijke afspiegeling tussen asfaltmedewerkers. Volgt aanhouding van de zaak.

Instantie: Rechtbank Zeeland-West-Brabant

Datum uitspraak: 07-12-2012

ECLI: ECLI:NL:RBBRE:2012:BZ2563

Zaaknummer: 850790 UE VERZ 13-138 LH 4059

Rechters: J.J.M. De Laat

Advocaten: A.G.M. Lieshout, M. van den Brand en G.J. Sjoer

Wetsartikelen: 7:685 BW en 4:2 Ontslagbesluit

RECHTSPRAAK

Stichting Dienstverlening Welzijn Enschede/X

Werknemer is niet in dienst van payrollonderneming, maar van inlener. Gelet op partijbedoeling en feitelijke uitvoering is geen sprake van een arbeidsovereenkomst met de payrollonderneming. Payrollonderneming niet-ontvankelijk in ontbindingsverzoek

X is sinds 2007 formeel in dienst getreden van de Stichting Dienstverlening Welzijn Enschede (hierna: SDWE). De gemeente Enschede heeft SDWE destijds gevraagd een aantal werknemers in dienst te nemen en deze vervolgens bij de gemeente te detacheren. Tussen SDWE, een onderdeel van de gemeente en X is een detacheringsovereenkomst overeengekomen. X is als trajectbegeleider gedetacheerd op de afdeling Andere Doelgroepen/Workstep. De gemeente heeft vanwege bezuinigingen besloten om per 1 januari 2012 te stoppen met de Worksteptrajecten. Thans verzoekt SDWE de arbeidsovereenkomst van X (en acht andere werknemers) te ontbinden.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Nu SDWE niet als bedrijfsactiviteit beoogt gericht vraag en aanbod bij elkaar te brengen, doch enkel vooraf door de inlener, in dit geval de gemeente, geworven en geselecteerde werknemers formeel in dienst neemt ten einde hen exclusief bij de gemeente te detacheren, is van het vervullen van een allocatiefunctie en het uitzenden als bedoeld in artikel 7:690 BW geen sprake (zie ook E.M. Hoogeveen, De inlener en het werkgeverschap, ArA, 2007/3, p. 10 en J.P.H. Zwemmer, De payrollonderneming, de inlener en het werkgeverschap in de (lagere) jurisprudentie, TAP, nr. 1, februari 2010, p. 19 e.v.).

Tussen X en SDWE is, gelet op de partijbedoeling en feitelijke uitvoering, geen sprake van een arbeidsovereenkomst ex artikel 7:610 BW. X en zijn collega's hebben betoogd dat zij weliswaar de als arbeidsovereenkomst betitelde overeenkomst hebben getekend, maar nimmer de bedoeling hebben gehad en ook niet hebben begrepen een (payroll)overeenkomst aan te gaan met de gevolgen die SDWE daar nu aan verbindt. X en zijn/haar collega's veronderstelden (feitelijk) bij de gemeente in dienst te zijn getreden. Er lijkt dan ook geen sprake te zijn van een eenduidige partijbedoeling bij het aangaan van de driepartijenovereenkomst, als het gaat om de bedoeling van SDWE en de gemeente enerzijds en X anderzijds. Feitelijk heeft de

arbeidsrelatie tussen SDWE en X enkel en alleen bestaan uit het plaatsen van X op de loonlijst van SDWE. Op geen enkele wijze is gebleken dat de constructie niet enkel is gekozen teneinde de ontslagbescherming van X te ontlopen. De enkele omstandigheid dat het loon door de gemeente via SDWE werd uitbetaald, maakt het vorenstaande niet anders. Materieel gezien is het loon afkomstig van de gemeente (zie ook AR 2009-0986). Nu van een arbeidsovereenkomst tussen partijen geen sprake is, dient SDWE in haar verzoek niet-ontvankelijk te worden verklaard. Aan het toetsen van de afspiegeling, die, naar in dit oordeel besloten ligt, binnen de setting van de gemeente zal moeten plaatsvinden, wordt niet toegekomen (zie voor afspiegeling in geval van payrolling ook AR 2013-0007). De vraag of sprake is van een arbeidsovereenkomst tussen SDWE en X is in de stukken en ter zitting door partijen niet besproken. Teneinde ter zake van het uitspreken van de niet-ontvankelijkheid een verrassingsuitspraak te voorkomen, worden partijen in de gelegenheid gesteld zich over de voorgenomen beslissing om SDWE niet ontvankelijk te verklaren uit te laten. Iedere verdere beslissing wordt aangehouden.

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 21-03-2013

ECLI: ECLI:NL:RBONE:2013:BZ5108

Zaaknummer: 429234 EJ VERZ 13-1065

Rechters: E.W. de Groot

Advocaten: R.H.H.G. Kroeze en A.C. Doorn

Wetsartikelen: 7:610 BW, 7:685 BW en 7:690 BW

RECHTSPRAAK

Vereniging Gehandicaptenzorg Nederland/werknemer

Afwijzing ontbindingsverzoek wegens disfunctioneren. Communicatieadviseur VGN heeft onvoldoende de kans gekregen zijn functioneren te verbeteren. Begeleiding door externe coach had meer voor de hand gelegen dan coaching door interim-leidinggevende

Werknemer is sinds 2005 in dienst van de Vereniging Gehandicaptenzorg Nederland (hierna: VGN) als communicatieadviseur. Thans verzoekt VGN ontbinding wegens disfunctioneren. Aangevoerd wordt dat werknemer erop is gewezen dat hij echt beter moest communiceren en proactiever moest zijn. Desondanks is het communiceren binnen de organisatie niet verbeterd.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Hoewel VGN van lang niet alle incidenten die zij heeft genoemd aannemelijk heeft gemaakt dat deze aan werknemer te wijten zijn geweest, is voldoende aannemelijk dat werknemer zijn functioneren dient te verbeteren. Onduidelijk is echter hoe VGN het coachingstraject precies heeft vormgegeven. Het is bepaald ongelukkig geweest dat VGN coaching door de interim-leidinggevende zelf heeft aangeboden. Het was bij de interim-leidinggevende namelijk bekend geraakt dat werknemer als lid van de sollicitatiecommissie zijn voorkeur voor een andere kandidaat had uitgesproken. Voorts ligt het niet voor de hand dat in het eerste functioneringsgesprek met de nieuwe leidinggevende fundamentele kritiek op het functioneren wordt geleverd, en dat vervolgens coaching door diezelfde leidinggevende wordt aangeboden. Voor een succesvolle coaching is immers essentieel dat sprake is van een veilige omgeving waarin de gecoachte zich zonodig kwetsbaar kan opstellen. Het had in deze omstandigheden meer voor de hand gelegen de coaching te laten plaatsvinden door iemand die meer op afstand van werknemer stond, eventueel een externe coach. Werknemer heeft onvoldoende de kans gekregen zijn functioneren te verbeteren. Eveneens weegt mee dat VGN ruim twee maanden heeft gewacht met het indienen van het ontbindingsverzoek, waarbij zij werknemer zijn functie gewoon heeft laten vervullen. Volstrekt onwerkbaar is de situatie dus niet geweest. Volgt afwijzing van het ontbindingsverzoek.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 12-03-2013

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2013:BZ4898

Zaaknummer: 849878 UE VERZ 13-77 PK 4082

Rechters: P. Krepel

Advocaten: R.J.A. Dil en G.F.M. Coenjaerts-Bindels

Wetsartikelen: 7:685 BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/werkgeefster

Arbeidsconflict met zieke werkneemster. Werkgeefster blijft met oogkleppen op hameren op een een-op-een gesprek, terwijl zij niet heeft getracht de re-integratie op andere wijze te starten. Loonstop wegens het niet nakomen van redelijk gegeven voorschriften niet gerechtvaardigd

Werkneemster is sinds 2001 in dienst als algemeen ondersteunend medewerkster. Na een gesprek in november 2011, waarbij werkneemster is meegedeeld dat er voor haar niet meer genoeg werkzaamheden zijn, heeft zij zich in december 2011 ziek gemeld. De bedrijfsarts heeft een constructief gesprek geadviseerd. Werkgeefster heeft de loondoorbetaling per 23 januari 2012 stopgezet. De deskundige van het UWV heeft vastgesteld dat werkneemster wel degelijk arbeidsongeschikt is voor haar eigen werk op medische gronden. In kort geding is op 26 juni 2012 de loonvordering van werkneemster toegewezen, waarbij de kantonrechter heeft geoordeeld dat geen uitsluitingsgrond ex artikel 7:629 lid 3 BW van toepassing is. Op 25 september 2012 heeft werkgeefster opnieuw de loondoorbetaling gestopt, omdat werkneemster niet zou meewerken aan re-integratie. Thans vordert werkneemster wederom loondoorbetaling.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Werkgeefster voert aan dat werkneemster herhaaldelijk weigert om een een-op-een gesprek aan te gaan, waardoor werkneemster niet aan haar re-integratieverplichtingen voldoet (ex art. 7:629 lid 3 sub d BW). De kantonrechter verwijst naar de ontbindingsbeschikking waarin is geoordeeld dat werkgeefster met oogkleppen op is blijven hameren op een een-op-een gesprek, terwijl uit de schriftelijke reacties van (de gemachtigde van) werkneemster herhaaldelijk bleek dat zij zo'n gesprek niet zag zitten, waarbij werkneemster ook voortdurend andere manieren heeft voorgesteld om tot een aanvang van de re-integratie te komen (opstellen plan van aanpak, gesprek met een onafhankelijke derde, gesprek tussen advocaten). Werkgeefster heeft zich niet als goed werkgever opgesteld door niet te reageren op brieven van de gemachtigde van werkneemster. Het had voor werkgeefster duidelijk moeten zijn dat zij zich (ook) op andere mogelijkheden had moeten richten om tot de start van de re-integratie van werkneemster te

komen. Gelet op de opstelling van werkgeefster valt niet in te zien wat de toegevoegde waarde zou kunnen zijn van een nieuwe second opinion, zodat aan het ontbreken daarvan in de onderhavige procedure geen gevolgen worden verbonden. De gedragingen van werkneemster zijn, anders dan werkgeefster stelt, niet te kwalificeren als het niet nakomen van redelijk gegeven voorschriften of getroffen maatregelen. Volgt toewijzing van de loonvordering.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 31-01-2013

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2013:BZ4458

Zaaknummer: 1413103

Rechters: L.J. van Die

Advocaten: J.C. Heinrici en A.C. Hombergen

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

RECHTSPRAAK

werkgeefster/werkneemster

Ontbinding arbeidsovereenkomst buurtmoeder na beëindigen loonkostensubsidie door gemeente Rotterdam. Verval arbeidsplaats valt in risicosfeer werkgeefster als zelfstandig ID-werkgever en payrollonderneming. C=0,2

Werkgeefster is een payrollonderneming die zich toelegt op de detachering van personeel naar instellingen op het gebied van welzijn, sociaal-cultureel werk en gemeentelijke diensten binnen de regio Rotterdam Rijnmond. Werkneemster is sinds 2002 in dienst als buurtmoeder, een arbeidsplaats die met behulp van een ID-loonkostensubsidie van de gemeente Rotterdam is gecreëerd. Zij is geplaatst bij de Stichting Welzijnsgroep Rijnmond. In 2011 heeft de dienst SoZaWe van de gemeente Rotterdam besloten tot afbouw van de aan de ID-werkgevers te verstrekken loonkostensubsidie. Werkneemster is sinds 20 augustus 2012 arbeidsongeschikt. Thans verzoekt werkgeefster ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens bedrijfseconomische redenen.

De kantonrechter oordeelt als volgt. In het onderhavige geval staat tussen partijen vast dat de ID-loonkostensubsidie volledig wordt beëindigd per 1 april 2013. De arbeidsplaats van werkneemster komt daarmee te vervallen, zodat de arbeidsovereenkomst wordt ontbonden. In het onderhavige geval is sprake van een bijzondere arbeidsverhouding veroorzaakt door het feit dat de arbeidsplaats van werkneemster door werkgeefster is gecreëerd en in stand is gehouden door middel van een door de gemeente Rotterdam verstrekte subsidie. Hoewel deze bijzondere arbeidsverhouding destijds is ontstaan in het kader van een door de gemeente opgestart werkgelegenheidsproject, is het karakter daarvan in de loop der tijd als het ware vervaagd en kan nu redelijkerwijs niet meer van een 'project' gesproken worden. Het vervallen van de arbeidsplaats van werkneemster door het wegvallen van de loonkostensubsidie ligt in de risicosfeer van werkgeefster als zelfstandig ID-werkgever. Hierbij wordt tevens rekening gehouden met de huidige arbeidsongeschiktheid van werkneemster en haar positie op de arbeidsmarkt, en met het feit dat niet gebleken is dat werkgeefster totaal niet in staat is om een eventuele vergoeding te betalen. Aan werkneemster wordt een vergoeding toegekend, waarbij wordt meegewogen dat werkgeefster reeds vanaf 1 januari 2012 de kosten van het

verschil tussen het salaris van werkneemster en de voor haar ontvangen ID-loonkostensubsidie op zich heeft genomen. Tevens wordt naast de leeftijd van werkneemster (48 jaar) meegewogen dat werkneemster gedurende ruim tien jaar kennelijk steeds tot tevredenheid heeft gefunctioneerd en dat zij sinds 20 augustus 2012 arbeidsongeschikt is met weinig kans op herstel. Er wordt een vergoeding van (afgerond) € 4.700 bruto (C=0,2) toegekend.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 25-01-2013

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2013:BZ4440

Zaaknummer: 1405778

Rechters: W.J.J. Wetzels

Advocaten: A. Stamoulis en G.P. Buise

Wetsartikelen: 7:685 BW

RECHTSPRAAK

Stichting RTV Drenthe/werknemer

Ontbinding arbeidsovereenkomst presentator RTV Drenthe wegens ernstig verstoorde arbeidsrelatie na (onterechte) verwijten over privégebruik van gesponsorde bril en kleding. Verstoorde arbeidsrelatie is in overwegende mate aan RTV Drenthe te wijten.

C=1,75

Werknemer is sinds 1993 in dienst van RTV Drenthe als programmamaker/presentator. RTV Drenthe is een publieke omroep. Haar presentatoren dragen tijdens uitzendingen vaak kleding, schoenen, brillen en dergelijke, die door regionale bedrijven beschikbaar zijn gesteld. In ruil hiervoor worden die bedrijven bijvoorbeeld in de aftiteling van de programma's genoemd. Werknemer is in oktober 2011 geschorst, omdat hij een gesponsorde bril ook in privétijd heeft gedragen. In november 2012 wordt werknemer opnieuw geschorst, omdat hij gesponsorde kleding zonder overleg met en toestemming van de leidinggevendenden van RTV Drenthe voor eigen gebruik heeft gehouden. RTV Drenthe deelt, zonder verder in details te treden, aan haar medewerkers en collega-pers mee dat er sprake is van een ernstig arbeidsconflict. Thans verzoekt RTV Drenthe ontbinding van de arbeidsovereenkomst.

De kantonrechter oordeelt als volgt. De arbeidsovereenkomst wordt wegens een ernstig verstoorde arbeidsrelatie ontbonden. Ten aanzien van de vergoeding wordt het volgende overwogen. Niet (meer) in geschil is dat het gaat om een bril en kleding waarover de afdeling commercie van RTV Drenthe afspraken met de leveranciers heeft gemaakt en dat die zaken na gebruik niet naar die leveranciers terug hoefden maar eigendom bleven van RTV Drenthe. Gelet op die betrokkenheid van RTV Drenthe valt zonder nadere toelichting (die RTV Drenthe niet heeft gegeven) niet in te zien dat werknemer in strijd met artikel 3.2 van de Integriteitregeling van RTV Drenthe, de cao en/of de Mediawet, van derden voor zichzelf een op geld waardeerbaar voordeel heeft aanvaard.

RTV Drenthe erkent dat er geen reglement is waarin een voor alle medewerkers kenbaar beleid is vastgelegd over het gebruik van brillen en kleding en dergelijke die haar eigendom zijn. De stelling van RTV Drenthe dat niettemin evident is dat werknemer deze zaken niet

privé mocht gebruiken, wordt niet gevolgd. Werknemer heeft al in 2007 met de afdeling Commercie over de bril gesproken. De leidinggevende van werknemer en MT-lid en waarnemend directeur van RTV Drenthe hebben verklaard dat medewerkers na afloop van het programma de kleding hielden. De verwijten en sancties van RTV Drenthe zijn in dit geval disproportioneel. Werknemer is twintig jaar in dienst van RTV Drenthe en gesteld noch gebleken is dat er eerder redenen zijn geweest om aan zijn integriteit en onafhankelijkheid te twijfelen. De verstoorde arbeidsrelatie is in overwegende mate aan RTV Drenthe te wijten. Een vergoeding met C=1,75 (€ 228.500 bruto) is, gelet op alle omstandigheden, gerechtvaardigd. De kantonrechter houdt daarbij rekening met het feit dat werknemer als presentator en journalist een publieke functie vervult, en dat de ongerechtvaardigde verwijten van RTV Drenthe aangaande zijn integriteit en onafhankelijkheid daarom extra beschadigend zijn.

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 18-03-2013

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2013:BZ4566

Zaaknummer: 364003 \ EJ VERZ 13-5010

Rechters: M.E. van Rossum

Advocaten: G. Ham en J.W.A. de Jonge

Wetsartikelen: 7:685 BW

RECHTSPRAAK

Chubb Insurance Company of Europe SE/Stichting Jeroen Bosch Ziekenhuis c.s.

Subrogatie verzekeraar. Schending zorgplicht door werkgever en inlener voor ongeval in fabriek is door verzekeraar onvoldoende onderbouwd

Werknemer is tijdens werkzaamheden in een fabriek een ongeval overkomen. Bij het uitvoeren van werkzaamheden aan een leiding is hij in een stortkoker gevallen, waardoor hij een ernstig gekneusde enkel en een elleboogfractuur heeft opgelopen. Door toedoen van X was de stortkoker slechts afgedekt met losliggende planken. Het aanleggen van het leidingwerk gebeurde in opdracht van de fabriek. De fabriek had hiertoe opdracht gegeven aan Ekavorst. Ekavorst heeft de uitvoering van deze opdracht uitbesteed aan werkgever. De verzekeraar van de fabriek, Chubb, heeft de schade aan werknemer vergoed. Thans stelt Chubb werkgever (op grond van art. 7:658 BW), Ekavorst als inlener (op grond van art. 7:658 lid 4 BW), Stork als werkgever van de onrechtmatig handelende X (op grond van art. 6:170 BW) en het ziekenhuis wegens een medische fout aansprakelijk voor de schade van werknemer.

De rechtbank oordeelt als volgt. Op grond van artikel 7:962 BW is Chubb als verzekeraar van de fabriek in de rechten van de fabriek gesubrogeerd. Door te stellen dat werkgever en Ekavorst hun zorgplicht hebben geschonden omdat nu eenmaal vaststaat dat de werkplek onveilig was en dat werknemer daardoor schade heeft geleden, miskent Chubb dat met artikel 7:658 BW niet is beoogd een absolute waarborg te scheppen voor bescherming van de werknemer tegen het gevaar van ongevallen tijdens het werk. Anders dan Chubb stelt, acht de rechtbank daarbij wel degelijk van belang in hoeverre de werkgever op de hoogte is of behoort te zijn van het bestaan van een onveilige situatie. Chubb heeft het standpunt dat (ook) werkgever en Ekavorst hun zorgplicht hebben geschonden en dat zij daardoor (in vergelijking met de fabriek) een relevante bijdrage hebben geleverd aan het ontstaan van het ongeval onvoldoende onderbouwd. Ten aanzien van de vordering jegens Stork, had het op de weg van Chubb gelegen om uiteen te zetten wat Stork heeft gedaan of nagelaten wat ertoe zou moeten leiden dat zij in de verhouding tot de fabriek de schade (deels) voor haar rekening moet

nemen. Nu Chubb dit heeft nagelaten, wordt ook deze vordering afgewezen. Tot slot wordt ook de vordering jegens het ziekenhuis afgewezen. De extra schade die werknemer zou hebben geleden door medische fouten is niet onderbouwd.

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 13-03-2013

ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2013:BZ4408

Zaaknummer: C/01/236524 / HA ZA 11-1466

Rechters: O.R.M. van Dam

Advocaten: W.A.M. Rupert, M.E. Franke, M. Bouman en M.F. Benningen

Wetsartikelen: 6:170 BW, 7:658 BW en 7:962 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/W.Ph. Steenhuisen q.q.

Hoewel een arbeidsovereenkomst is overeengekomen, is onvoldoende onderbouwd dat productieve arbeid in de zin van artikel 7:610 BW is verricht. Geen preferente loonvordering in faillissement

X is in 2008 in dienst getreden van MZ, een onderneming die zich richt op de productie en verkoop van sojakaviaar. Bij brief van 29 april 2010 heeft MZ X bericht dat zijn arbeidsovereenkomst vanaf 1 juni 2010 is beëindigd, omdat er geen werk voor hem is. Op 3 augustus 2010 is MZ in staat van faillissement verklaard. De curator heeft de arbeidsovereenkomst met ingang van 10 augustus 2010 volledigshalve opgezegd. X stelt dat hij een preferente vordering in het faillissement heeft, omdat hij over de periode 1 juni 2010 tot 20 september 2010 recht heeft op loon. De curator betwist dit en stelt dat geen sprake is geweest van productieve arbeid als bedoeld in artikel 7:610 BW.

De rechtbank oordeelt als volgt. Uit onderzoek van de curator blijkt – zo stelt de curator – dat de productie en verkoop van sojakaviaar een dekmantel waren om een investeerder miljoenen euro's afhandig te maken. Vanaf de oprichting in oktober 2008 tot aan de datum van het faillissement in augustus 2010 heeft MZ nimmer enig potje sojakaviaar verkocht en de omzet over de jaren 2008, 2009 en 2010 was dan ook nihil. Het had naar het oordeel van de rechtbank op de weg van X gelegen zijn stelling dat hij productieve arbeid ten behoeve van MZ heeft verricht nader te onderbouwen. Nu hij dit niet heeft gedaan, is niet komen vast te staan dat X productieve arbeid in economische zin als bedoeld in artikel 7:610 lid 1 BW heeft verricht, zodat hij geen recht heeft op betaling van loon door MZ. De vordering wordt derhalve afgewezen. Ten overvloede wordt overwogen dat ook indien X alsnog recht zou hebben gehad op betaling van loon ten bedrage van € 12.429,60 de vordering tot erkenning van die loonvordering zou zijn afgewezen, omdat het beroep van de curator op verrekening van dit bedrag met het door X te veel ontvangen loon in 2009 en 2010 slaagt.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 06-03-2013

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2013:BZ4407

Zaaknummer: C/15/193059 / HA ZA 12-287

Rechters: M.A.C. Hofman

Advocaten: S. Buddingh-Toes en W.Ph. Steenhuisen

Wetsartikelen: 7:610 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Tramétex Transporttechniek B.V.

Werknemer loopt letsel op bij hijswerkzaamheden. Opleiding en ervaring werknemer leiden tot het oordeel dat werkgever zorgplicht niet heeft geschonden

Werknemer, werkzaam bij Tramétex, is tijdens het verrichten van de installatie van een platformlift een ongeval overkomen. Tijdens het hijsen van de opbouw van de lift is werknemer in botsing gekomen met de te hijsen last. De Arbeidsinspectie heeft vastgesteld dat de Arboret is geschonden. In de onderhavige deelgeschilprocedure stelt werknemer Tramétex aansprakelijk voor de schade als gevolg van het ongeval.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Dat partijen niet alleen twisten over de aansprakelijkheid, maar ook over de vraag of werknemer ten gevolge van het ongeval klachten en beperkingen ondervindt, maakt niet dat onderhavig geschil ongeschikt zou zijn voor behandeling in een deelgeschilprocedure. De kantonrechter gaat er evenals de Arbeidsinspectie vanuit dat het ongeval kon gebeuren doordat werknemer zich ten tijde van het hijsen onder de roltrap bevond, een kleine rechthoekige ruimte waar weinig bewegingsvrijheid bestaat en niet in de vrije ruimte. De centrale vraag is derhalve of Tramétex in het kader van haar zorgplicht werknemer erop had moeten wijzen dat hij zich tijdens de hijswerkzaamheden niet onder de roltrap, achter de te hijsen opbouw, mocht bevinden, maar in de vrije ruimte. Deze vraag wordt ontkennend beantwoord. Bij de uitvoering van werkzaamheden, zeker door een ervaren werknemer, wordt een aanzienlijke mate van oplettendheid verwacht, zeker bij het uitvoeren van hijswerkzaamheden op een – zoals werknemer zelf erkent – uitzonderlijke wijze. Werknemer heeft diverse opleidingen gevolgd en heeft de nodige werkervaring. Tijdens de opleiding is aan bod gekomen dat men zich nooit op, onder of in de baan van een te hijsen last dient te bevinden. Van schending van de zorgplicht door Tramétex is in dit geval geen sprake. Volgt afwijzing van de vorderingen.

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 13-02-2013

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2013:BZ2368

Zaaknummer: C/09/1197494 / 12-81792

Rechters: J.L.M. Luiten

Advocaten: R.G. van der Meulen en M.S.E. van Beurden

Wetsartikelen: 7:658 BW en 1019w Rv

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgever

Werkgever slaag er niet in ontslagname door werknemer, die werkzaam is op een schip, te bewijzen. Toewijzing gefixeerde schadevergoeding

Vervolg tussenvonnis. Tussen partijen is in geschil of werknemer, die werkzaam is op een schip, ontslag heeft genomen. Een collega en werkgever zijn als getuigen gehoord. De kantonrechter oordeelt dat uit de verklaring van werkgever niet volgt dat werknemer op enig moment ondubbelzinnig tegenover hem heeft verklaard dat hij geen prijs meer stelde op de arbeidsovereenkomst en van boord wilde gaan. De uitlatingen van werknemer tegen zijn collega en de omstandigheid dat werknemer eerder op eigener verzoek het schip heeft verlaten kunnen niet worden aangemerkt als een verklaring gericht op beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Dit geldt temeer nu uit de getuigenverklaring van werkgever blijkt dat werknemer een tijd lang niet aan boord was geweest wegens psychische problemen. Werkgever is er niet in geslaagd te bewijzen dat werknemer daadwerkelijk heeft bedoeld de arbeidsovereenkomst op te zeggen en mocht ook niet aannemen dat werknemer de overeenkomst wenste te beëindigen. Ook is niet gebleken dat werkgever werknemer afdoende over de gevolgen van een onmiddellijke beëindiging van het dienstverband door werknemer heeft geïnformeerd, noch over de risico's daarvan voor bijvoorbeeld het recht op een werkloosheidsuitkering, terwijl dit wel op zijn weg lag. In de omstandigheid dat uit de getuigenverklaringen van zowel werkgever als de collega blijkt dat werknemer voortijdig van boord is gegaan en werknemer zich nimmer meer beschikbaar heeft gesteld om de bedongen arbeid te verrichten, ziet de kantonrechter aanleiding om de gevorderde wettelijke verhoging te matigen tot nihil.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 21-12-2012

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2012:BZ4569

Zaaknummer: 1311468

Rechters: C.J. Frikkee

Advocaten: N.E. van Uitert en E. Hoogendam

Wetsartikelen: 3:33 BW, 3:35 BW en 7:677 BW