

Nieuwsbrief AR Updates - Nummer 19, 2013

Nummer 19, 2013

Redactie: prof. mr. dr. A.R. Houweling, mr. L. Kirkpatrick, mr. M. Assenberg van Eijssen, 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 Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ9703 07-05-2013
werkneemster/werkgeefster c.s.

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ9791 07-05-2013
werknemer/uitzendbureau X B.V.

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ9816 07-05-2013
werknemer/werkgever

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ9860 07-05-2013
werknemer/VCS International B.V.

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ9689 19-04-2013
ondernemingsraad NCRV/NCRV

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ9692 19-04-2013
cliëntenraad van Ilmarinen/Stichting Ilmarinen

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ9786 26-03-2013
X Slooptechniek B.V./werknemer

Uitspraken zonder ECLI

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 23-04-2013

ABN AMRO/Neefs

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

RECHTSPRAAK

werknemer/VCS International B.V.

Vaststelling schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag wegens schending anciënniteitsbeginsel (artikel 7:681 lid 2 sub d BW).

Inschatting levensduur van arbeidsovereenkomst bij juiste toepassing van anciënniteitsbeginsel wordt vanwege slechte financiële positie van werkgever geschat op 1 jaar

(Vervolg op AR 2012-0416.) Werknemer (60 jaar) is op 1 februari 2004 bij VCS in dienst getreden op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, aanvankelijk als managing director van VCS Carribean (Aruba) en vanaf 1 februari 2007 als accountmanager. Op 20 februari 2008 heeft VCS werknemer meegedeeld tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst te willen komen en hem vrijgesteld van werk. Werknemer heeft zich vervolgens ziek gemeld. De kantonrechter heeft een daartoe strekkend ontbindingsverzoek afgewezen. Vanaf januari 2009 verricht werknemer weer zijn oude werkzaamheden. Bij brief van 14 oktober 2009 heeft VCS aan het UWV WERKbedrijf toestemming gevraagd de arbeidsovereenkomsten met acht werknemers, waaronder werknemer, op te zeggen op grond van bedrijfseconomische omstandigheden. VCS heeft daarbij aangegeven dat het team Banken/Zorg/Woningbouw wordt opgeheven. Volgens werknemer is sprake van kennelijk onredelijk ontslag omdat – onder meer – het afspiegelingsbeginsel onjuist is toegepast. De kantonrechter heeft de vordering toegewezen en VCS veroordeeld tot betaling van een schadevergoeding van € 7.500. Het hof heeft bij tussenarrest geoordeeld dat inderdaad sprake is van schending van het afspiegelingsbeginsel (artikel 7:681 lid 2 sub d BW). Zowel werknemer als VCS zijn vervolgens in de gelegenheid gesteld nader bewijs te leveren van de vermeende schade respectievelijk het habe wenig-verweer.

Het hof oordeelt als volgt. Hoewel het hof niet meer kan terugkomen (behoudens bijzondere gevallen) op bindende eindbeslissingen in een tussenarrest, overweegt zij ten overvloede nog het volgende. De omstandigheid dat in dit geval VCS kandidaat X uit het oogpunt van opleiding en andersoortige ervaring (mogelijk) meer geschikt achtte (dan werknemer) om in de toekomst de voorgenomen wijzigingen in de bedrijfsvoering van VCS te begeleiden (zoals lijkt door te klinken in de stellingen van VCS), vormt – nog daargelaten dat deze grond niet is

aangevoerd bij UWV WERKbedrijf – een onvoldoende reden om af te wijken van het harde beginsel van de getalsverhouding en de anciënniteitsregeling als neergelegd in artikel 7:681 lid 2 sub d BW.

Bij de vraag naar de omvang van de schade is werknemer ervan uitgegaan dat hij tot aan zijn pensionering geen ander of vervangend werk zal kunnen vinden, waaruit hij dan verder de conclusie trekt dat hij uit het oogpunt van schadebeperking maar beter kan blijven 'leunen' op zijn relatief hoge WW-uitkering. Naar het oordeel van het hof verliest werknemer daarbij echter uit het oog dat de enkele omstandigheid dat zijn arbeidsovereenkomst bij VCS op een ondeugdelijk wijze is beëindigd nog niet betekent dat die arbeidsovereenkomst tot zijn 65e levensjaar zou hebben voortgeduurd. Immers, uit de voorliggende door VCS in geding gebrachte gegevens blijkt dat VCS financieel (nog steeds) in zwaar weer verkeert en uit het door werknemer in het geding gebrachte rapport van ZoZit't valt af te leiden dat de hele branche het moeilijk had en nog steeds heeft. VCS heeft er in dit verband op gewezen dat zij vanaf 2009 structureel forse verliezen lijdt. Tegen de achtergrond van de slechte financiële situatie van VCS, het wegvallen van de arbeidsplaatsen van zowel Z als X (deze laatste met een lagere anciënniteit dan werknemer) die niet zijn opgevuld, de eisen die VCS kennelijk stelde aan de (overblijvende) accountmanager(s) en de te verwachten koerswijziging van VCS richting ontwikkeling van software als hiervoor aangegeven, waarvoor werknemer geen enkele deskundigheid in huis had, neemt het hof voor de begroting van de door werknemer geleden schade als uitgangspunt dat de arbeidsovereenkomst van werknemer met VCS nog hooguit één jaar zou hebben geduurd. Voor die schade in de vorm van een aanzienlijk inkomensverlies dient VCS naar het oordeel van het hof op te komen. Daarbij houdt het hof uiteraard rekening met de door werknemer verworven inkomsten uit WW-uitkering. Werknemer heeft daartoe bij schriftelijk pleidooi gesteld dat hij in 2010 een WW-uitkering heeft ontvangen van € 33.248 bruto. Een berekening van zijn salaris over 2010 brengt een bedrag van $(12 \times € 4.377,50 \times 1,08 =) € 56.732,40$. Daarmee correspondeert een schade aan inkomensverlies van € 23.484,40.

De pensioenschade beloopt volgens werknemer $(€ 545,63 - € 113,08 =) € 432,55$ bruto per maand, derhalve $(12 \times € 432,55 =) € 5.190,60$ aan gemiste pensioenpremie gedurende een jaar. Voor wat dit laatste bedrag betreft neemt het hof echter tevens in aanmerking dat werknemer gedurende de periode van werkloosheid, die feitelijk is aangevangen per 1 januari 2010, nog aanspraak kon maken op een pensioenopbouw via de FVP tot een bedrag van ten hoogste € 49.953 (derhalve iets lager dan het jaarsalaris van werknemer van € 56.732,40 bruto per jaar). Daarbij gold overigens een wachttijd van 180 dagen. Gezien deze laatste omstandigheden schat het hof de door werknemer geleden pensioenschade op ongeveer € 3.000. Daarmee komt het totaalbedrag aan door werknemer geleden schade op € 26.484,40. Nu hiertegenover geen enkele arbeidsprestatie heeft gestaan van werknemer en hij wel een voordeel heeft gehad

in de vorm van vrije tijd, zal het hof dit bedrag afronden op € 25.000. Het hof ziet mede gelet op de aard van de aansprakelijkheid en de hoogte van het aldus verschuldigde bedrag in de financiële positie van VCS geen grond gelegen om nog een (verdere) matiging aan te brengen als bedoeld in artikel 6:109 lid 1 BW.

VCS dient ten slotte de kosten van het onderzoeksbureau ZoZit't te vergoeden. Werknemer heeft dit bureau ingeschakeld om zijn arbeidsmarktpositie te onderbouwen. Deze kosten vallen onder artikel 6:96 lid 2 sub a BW.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 07-05-2013

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ9860

Zaaknummer: HD 200.085.238/01

Rechters: C.M. Aarts, C.E.L.M. der Smeenk-van Weijden en J.J.M. De Laat

Advocaten: M.A.M. Lem en A.F. de Koning

Wetsartikelen: 7:681 BW, 6:96 BW en 6:97 BW

RECHTSPRAAK

ABN AMRO/Neefs

Uitleg ketenregeling en uitzendperiodes in cao ABN AMRO. Slechts de uitzendperiode 26 weken voorafgaand aan het dienstverband bij ABN AMRO zijn uitgesloten van de ketenregeling. Alle overige uitzendperiodes tellen gewoon mee

Neefs is van 2007 tot 2011 via Randstad werkzaam geweest voor ABN AMRO in de functie van callcentermedewerker (viermaal een uitzendovereenkomst). Met ingang van 9 augustus 2011 is zij op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd in dienst getreden van ABN AMRO. Op deze arbeidsovereenkomst is de ABN AMRO-cao van toepassing. Neefs stelt zich op het standpunt dat haar arbeidsovereenkomst er een voor onbepaalde tijd is. ABN AMRO betwist dit standpunt en wijst op de relevante cao-bepaling, die luidt: '(...) De duur van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is maximaal drie jaren. In afwijking van wettelijke bepalingen wordt bij het aangaan of verlengen van zo'n arbeidsovereenkomst geen rekening gehouden met alle uitzend- en detacheringsperiodes bij de Bank, die liggen in het halfjaar voorafgaand aan de eerste arbeidsovereenkomst.' Het geschil spitst zich toe op de uitleg van deze cao-clausule. Neefs stelt zich op het standpunt dat alleen de uitzendovereenkomst die 26 weken of korter heeft geduurd voor aanvang dienstverband niet meetelt. ABN AMRO stelt zich op het standpunt dat alle uitzendovereenkomsten buiten beschouwing gelaten moeten worden.

Het hof oordeelt als volgt. Met Neefs is het hof van oordeel dat uit de toevoeging van de woorden 'alle' en 'die liggen in het halfjaar voorafgaand aan de eerste arbeidsovereenkomst', volgt dat haar uitzendovereenkomsten wel meetellen in de keten. De cao-partijen hadden, indien de uitleg van ABN AMRO dient te worden gevolgd, deze woorden weg kunnen laten, maar dat hebben ze niet gedaan. Neefs wijst daarbij op het feit dat in de cao uitdrukkelijk niet is gekozen voor de mogelijkheid om de gehele voorgaande uitzendrelatie niet mee te tellen in de keten zoals bedoeld in artikel 7:668a BW, hetgeen ook overeenstemt met het doel van artikel 7:668a BW en de Richtlijn 1999/70/EG. De uitleg van ABN AMRO zou er voorts toe leiden dat Neefs eerst na zes en half jaar een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd zou verweren. Dat kan niet de bedoeling van de cao-partijen zijn geweest. Het voorgaande leidt

ertoe dat de uitzendperiodes meetellen in de keten van artikel 7:668a BW en Neefs een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd heeft.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 23-04-2013

Zaaknummer: 200.116.672

RECHTSPRAAK

werknemer/uitzendbureau X B.V.

Werknemer dient ten onrechte ontvangen ziekengeld na voorgewende alvleesklierkanker terug te betalen

Werknemer is vanaf mei 2007 als uitzendkracht in dienst bij het uitzendbureau. Hij verrichtte uitzendwerk als hovenier, met leidinggevende taken. Op 30 juli 2010 heeft werknemer zich ziek gemeld. Sindsdien heeft hij niet meer voor het uitzendbureau gewerkt. Het uitzendbureau is 'eigenrisicodrager' in het kader van de Ziektewet. Het uitzendbureau heeft zich op het standpunt gesteld dat werknemer het vanaf 30 juli 2010 ontvangen ziekengeld dient terug te betalen. Anders dan werknemer heeft aangevoerd, is van alvleesklierkanker nimmer sprake geweest, zodat werknemer ten onrechte ziekengeld heeft ontvangen. De kantonrechter heeft de vordering van het uitzendbureau toegewezen.

Het hof oordeelt als volgt. Uit het overgelegde dossier blijkt dat werknemer aanvankelijk aangaf wegens kanker arbeidsongeschikt te zijn. Hij had reeds vijf bestralingen ondergaan en zou nog een aantal behandelingen tegemoet gaan. Toen enige tijd later de bedrijfsarts navraag deed bij het ziekenhuis en werknemer aldaar niet meer bekend was, maakte werknemer het opeens wonderbaarlijk goed. Het hof oordeelt dan ook dat geen sprake is van artikel 7:629 BW. Op de hoofdregel dat zonder arbeid geen loon verschuldigd is (artikel 7:627 BW) wordt een uitzondering gemaakt voor het geval de werknemer door ziekte niet in staat is zijn werk te verrichten (artikel 7:629 lid 1 BW). Nu uit het voorgaande volgt dat het hof bewezen acht dat werknemer zich heeft ziek gemeld om een reden waarvan hij zelf ook aangeeft dat die reden onjuist is, heeft het uitzendbureau in beginsel onverschuldigd het loon bij ziekte doorbetaald. Het ligt op de weg van werknemer aan te tonen dat de hoofdregel van artikel 7:627 BW niet opgaat. Werknemer heeft evenwel geen concreet aanbod gedaan om te bewijzen dat hij vanaf 30 juli 2010 tot en met 21 februari 2011 arbeidsongeschikt was wegens ziekte.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 07-05-2013

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2013:BZ9791

Zaaknummer: 200.107.578/01

Rechters: D.J. Buijs, M.E.L. Fikkers en J.M. der Rowel-van Linde

Advocaten: M.A. Knobben en H.E.C.A. Vlasman

Wetsartikelen: 7:629 BW en 7:627 BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/werkgeefster c.s.

Het ontbreken van een deugdelijke vakantieverlofadministratie betekent niet dat de opgaaf van werknemer automatisch juist is

Werkneemster is op 1 december 2009 in dienst getreden van de kapsalon, op basis van een arbeidsovereenkomst beroepsbegeleide leerweg/praktijkovereenkomst met ROC de Friese Poort. Na ommekomst van deze termijn (zes maanden) is tussen partijen een nieuwe arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd gesloten, voor de duur van twaalf maanden, wederom voor de functie van assistent. Ten tijde van het aangaan van die aansluitende overeenkomst was de schoolopleiding van werkneemster, in verband met herexamens, nog niet afgerond. Zij werd feitelijk uitbetaald naar de cao-functie van salonassistent. Werkneemster is van 11 februari 2011 tot 13 april 2011 arbeidsongeschikt geweest. De arbeidsovereenkomst is op 31 mei 2011 geëindigd wegens het verstrijken van de tijd waarvoor zij was aangegaan. Werkneemster vordert thans loon wegens onjuiste inschaling en niet-uitbetaalde vakantiedagen.

Het hof oordeelt als volgt. Werkneemster heeft onvoldoende gesteld om een hogere inschaling te rechtvaardigen. Het hof wijst erop dat het functiehuis van de cao begint met de functie juniorstylist voor diegene die de BBL-leergang volgt, en zulks voor de duur van twee jaar. Werkneemster viel onder deze doelgroep en heeft op 1 oktober 2009 een zodanig contract aangeboden gekregen. Conform de cao mocht zij twee jaar in deze functie werkzaam zijn. In haar tweede jaar is zij feitelijk als salonassistent – waarvoor een hogere schaal geldt dan voor juniorstylist – ingeschaald geweest. Gelet op het gemotiveerde verweer van de kapsalon heeft zij niet aannemelijk gemaakt dat zij nadat zij haar diploma in de herkansing had behaald, feitelijk voldeed aan alle functie-eisen voor de functie hairstylist.

Met betrekking tot de vermeende openstaande vakantiedagen, doet werkneemster een beroep op HR 12 september 2003, LJN AF8560, stellende dat bij een ondeugdelijke administratie van de werkgever haar berekening gevolgd dient te worden. Het hof overweegt dat de conclusies die werkneemster uit genoemd arrest trekt, niet juist zijn. De bewijslast ter zake van niet opgenomen vakantieuren berust bij werkneemster, doch de kapsalon dient als werkgever een overzicht van de vakantieboekhouding in het geding te brengen. Ingeval de werkgever dat laatste niet kan, zo volgt uit genoemd arrest, betekent dat nu juist niet dat automatisch van de

juistheid van de opgaaf van de werknemer moet worden uitgegaan. Uit de urenregistratie leidt het hof vervolgens af dat werkneemster recht heeft op uitbetaling van 78 uur vakantieverlof.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 07-05-2013

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2013:BZ9703

Zaaknummer: 200.115.695/01

Rechters: J.H. Kuiper, M.E.L. Fikkers en A.M. Koene

Advocaten: S. Heijerman

Wetsartikelen: 7:641 BW en CAO voor het Kappersbedrijf

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgever

Finale kwijting in beëindigingsovereenkomst staat niet aan vordering schadevergoeding wegens oplichting in de weg. Bewijslast rust op werknemer (bevrijdend verweer)

Werknemer is op 1 september 2003 in dienst getreden van werkgever, laatstelijk werkzaam in de functie van van groepsinkoper. Op 4 december 2008 hebben partijen een beëindigingsovereenkomst gesloten wegens verschil van inzicht. Onderdeel van de beëindigingsovereenkomst vormt een beding van finale kwijting. In 2009 legt werkgever beslag op diverse zaken van werknemer. Werknemer wordt namelijk verdacht van oplichting van werkgever. Bij de inkoop van spullen uit China zou hij in plaats van de gebruikelijke 6% commissie, 8% commissie met de handelsagent (JACV) hebben bedongen, waarvan hij 3% op een Zwitserse bankrekening kreeg gestort. Werkgever heeft werknemer gedagvaard en (na wijziging van eis) betaling gevorderd van een bedrag van USD 354.950, te vermeerderen met eventuele koerswijzigingsschade, wettelijke rente en proces- en beslagkosten. Aan deze vordering heeft zij ten grondslag gelegd dat werknemer onrechtmatig jegens haar heeft gehandeld door zonder haar medeweten courtage/bemiddelingsfee te bedingen van JACV. JACV heeft de courtage betaald op een Zwitserse bankrekening van werknemer. De door werkgever te betalen inkoopprijs werd volgens haar verhoogd met de aan werknemer betaalde courtage, waardoor zij schade heeft geleden. Werknemer meent dat het kwijtingsbeding in de beëindigingsovereenkomst betrekking heeft op alle vorderingen uit de arbeidsovereenkomst tussen partijen, dus ook op de onderhavige vordering. De kantonrechter heeft het verweer van werknemer verworpen.

Het hof oordeelt als volgt. Het hof stelt voorop dat het beroep van werknemer op het beding van finale kwijting een bevrijdend verweer is (vgl. HR 11 september 2009, LJN BI5915), zodat op werknemer de stelplicht en de bewijslast rusten ten aanzien van zijn betoog dat dit beding aan toewijzing van de vordering van werknemer in de weg staat. In zoverre verschilt zijn positie van die in de procedure tussen partijen waarin werkgever de vernietiging van de overeenkomst op grond van bedrog/dwaling vordert. In die procedure rusten op werkgever stelplicht en bewijslast ten aanzien van het door haar gestelde bedrog (de door haar gestelde

dwaling). Dat werkgever in die procedure niet in het bewijs is geslaagd, betekent dan ook niet, en zeker niet zonder meer, dat werknemer daarmee heeft voldaan aan de in deze procedure op hem rustende stelplicht en bewijslast. De uitkomst van de procedure betreffende de vernietiging van de beëindigingsovereenkomst is wel in zoverre van belang voor de onderhavige procedure dat indien in eerstgenoemde procedure de overeenkomst wordt vernietigd, werknemer zich in de onderhavige procedure niet met succes op het kwijtingsbeding kan beroepen. Dat beding deelt dan immers het lot van de beëindigingsovereenkomst. Dat betekent dat het hof in beginsel de uitkomst van de procedure tot vernietiging van de beëindigingsovereenkomst zal moeten afwachten. In beginsel, omdat wanneer nu al kan worden vastgesteld dat werknemer ook wanneer de beëindigingsovereenkomst in stand blijft zich toch niet op het kwijtingsbeding kan beroepen, in deze procedure in het midden kan blijven of de beëindigingsovereenkomst vernietigbaar is. Het hof zal nagaan of die situatie zich voordoet. Partijen verschillen van mening over de uitleg van het kwijtingsbeding uit de beëindigingsovereenkomst, meer in het bijzonder of ook een (eventuele) vordering van werkgever vanwege door JACV aan werknemer betaalde provisiebedragen in het kwijtingsbeding zijn begrepen. Ook voor de uitleg van een kwijtingsbeding in een overeenkomst tot beëindiging van een arbeidsovereenkomst komt het aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan dit beding mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten (vgl. HR 12 oktober 2012, LJN BX7588). Bij die uitleg kan als gezichtspunt in aanmerking worden genomen dat een partij die bij een vaststellingsovereenkomst aan haar wederpartij finale kwijting verleent en (daarmee) afstand doet van haar rechten, daarbij het oog zal hebben op rechten die betrekking hebben op de onzekerheden of de geschillen die tot de vaststellingsovereenkomst aanleiding hebben gegeven en niet op rechten en vorderingen waarvan zij het bestaan ten tijde van het aangaan van de vaststellingsovereenkomst niet kende (vgl. HR 1 december 1938, NJ 1939, 459 en 10 mei 1996, LJN ZC2066, voor de vraag of een vordering van een werkgever op grond van artikel 7A: 1639da (oud) slaagt). Naar het oordeel van het hof kan in casu niet geoordeeld worden dat het finale kwijtingsbeding ook op de onderhavige vordering zag. Het beroep van werknemer faalt.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 07-05-2013

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2013:BZ9816

Zaaknummer: 200.097.814/01

Rechters: H. de Hek, L. Groefsema en A.M. Koene

Advocaten: R.R.B. Dayala en J.J.M. Damen

Wetsartikelen: 7:900 BW

RECHTSPRAAK

ondernemingsraad NCRV/NCRV

NCRV heeft in redelijkheid niet tot het fusiebesluit op hoofdlijnen kunnen komen. Fasering van besluitvorming is toegestaan, mits de fasering geen afbreuk doet aan de effectiviteit van de medezeggenschap. In casu wordt wel afbreuk gedaan aan de effectiviteit van medezeggenschap. Zwaarwegend belang bij tijdige afronding fusie staat aan toewijzing verzochte voorzieningen niet in de weg

In het najaar van 2010 heeft het kabinet bezuinigingen op de landelijke publieke omroep aangekondigd die ertoe zullen leiden dat er met ingang van 2016 slechts ruimte zal bestaan voor maximaal acht publieke omroeporganisaties. Eind 2011 hebben de publieke omroepen ter invulling van deze acht plaatsen het zogenaamde 3-3-2-model ontwikkeld, welk model uitgaat van drie gefuseerde omroepen (KRO-NCRV; TROS-AVRO; VARA-BNN), drie zelfstandige ledenomroepen (EO, MAX en VPRO) en twee taakomroepen (NOS en NTR). Op respectievelijk 7 en 12 november 2011 hebben KRO en NCRV ingestemd met het 3-3-2-model en daarmee met de fusie van hun bedrijfsorganisaties tot één nieuw omroepbedrijf. Nadien heeft overleg met de ondernemingsraad plaatsgevonden en is advies gevraagd inzake het fusiebesluit op hoofdlijnen. De ondernemingsraad heeft zich op het standpunt gesteld dat NCRV bij afweging van alle betrokken belangen niet in redelijkheid heeft kunnen komen tot het besluit van 7 november 2012 inzake het fusiebesluit op hoofdlijnen. Hij heeft daartoe in de kern het volgende aangevoerd: (1) NCRV en KRO hebben zich reeds zo aan elkaar verbonden over de inrichting van de nieuwe organisatie (tot uitdrukking gebracht in het organogram) dat het door de ondernemingsraad uitgebrachte advies op voorhand niet meer van wezenlijke invloed kon zijn op het te nemen besluit. In dit verband heeft de ondernemingsraad zich op het standpunt gesteld dat het bestreden besluit met betrekking tot het organogram (opgenomen bij deelbesluit c) impliciet een besluit bevat waarover geen advies is gevraagd; (2) NCRV heeft niet althans niet afdoende gereageerd op verzoeken van de ondernemingsraad om informatie. De ondernemingsraad is nooit met een gefaseerd besluitvormingstraject akkoord gegaan en heeft van begin af aan bezwaar gemaakt dat slechts op hoofdlijnen om

advies werd gevraagd. De ondernemingsraad heeft tevergeefs gevraagd om verder uitgewerkte plannen en meer informatie; (3) NCRV heeft verzoeken van de ondernemingsraad om wijzigingen in het voorgenomen besluit aan te brengen onbeantwoord gelaten dan wel zonder adequate motivering terzijde geschoven, waardoor het besluit ondeugdelijk is.

De Ondernemingskamer oordeelt als volgt. De Ondernemingskamer verwerpt het standpunt van de ondernemingsraad dat er sprake zou zijn van een impliciet besluit met betrekking tot de organisatiestructuur en de werkorganisatie (deelbesluit c) en dat het door hem uitgebrachte advies hierop op voorhand niet meer van wezenlijke invloed kon zijn. In het bestreden besluit wordt weliswaar opgemerkt dat het NCRV niet vrij staat om over het organogram – dat hoort bij deelbesluit c – ‘eigenstandig’ met de ondernemingsraad te onderhandelen, maar die opmerking moet naar het oordeel van de Ondernemingskamer gelezen worden in het licht van de daarop volgende passage waarin wordt opgemerkt dat dit onverlet laat dat de bestuurders van KRO en NCRV vrij zijn om in hun onderlinge overleg wanneer zij daartoe in de beargumenteerde adviezen van de betrokken ondernemingsraden aanleiding zien, aanpassingen te verwerken in het definitieve besluit en in de volgende uitgewerkte adviesaanvragen. Mede gelet op de uitlatingen ter terechtzitting van de bestuurder van NCRV gaat de Ondernemingskamer ervan uit dat NCRV met de bewuste uitlating – en met de uitlating in de brief van 30 augustus 2012 ‘dat er op dit moment geen aanleiding is om te denken dat een aanpassing van de hoofdlijnen zal plaats vinden’ niet meer heeft bedoeld dan dat voor wijziging van het voorgenomen besluit overleg en mogelijk onderhandeling met de fusiepartner nodig zijn. Dat laatste ligt voor de hand omdat niet goed denkbaar is dat NCRV en KRO onderling verschillende besluiten nemen over de inrichting van de gezamenlijke (fusie)organisatie. Daarbij merkt de Ondernemingskamer nog het volgende op. Voor zover de ondernemingsraad heeft beoogd te stellen dat hij onvoldoende bij de besluitvorming over de organisatiestructuur is betrokken, wordt dit tegengesproken door de gang van zaken voorafgaand aan de adviesaanvraag. Uit de overgelegde briefwisseling tussen de ondernemingsraad en NCRV blijkt dat – met name – op dit punt meermalen en uitvoerig van gedachten is gewisseld voorafgaand aan de adviesaanvraag. De ondernemingsraad heeft aan NCRV een ‘initiatiefvoorstel crossmediale werkorganisatie KRO/NCRV’ gedaan, waarin hij zijn visie uiteen heeft gezet over een werkorganisatie na de fusie van de omroepbedrijven. NCRV heeft in reactie hierop dit voorstel beargumenteerd verworpen en haar visie uiteengezet over de door haar voorgestelde werkorganisatie, welke vervolgens is opgenomen in het voorgenomen besluit. Dat de ondernemingsraad en NCRV op het punt van de organisatiestructuur en de werkorganisatie van mening zijn blijven verschillen, maakt het voorgenomen deelbesluit c om die reden nog niet ondeugdelijk. Het is aan NCRV om met betrekking tot de inrichting van de werkorganisatie en de organisatiestructuur – als ondernemer – een gemotiveerde keuze te maken. Niet kan worden

gezegd dat NCRV op dit punt jegens de ondernemingsraad in het kader van zijn adviesrecht te kort is geschoten.

Het staat NCRV in beginsel vrij om de besluitvorming en daarmee de advisering door de ondernemingsraad over de fusie tussen de bedrijfsorganisaties van de KRO en NCRV in fases vorm te geven, met dien verstande dat NCRV als ondernemer primair verantwoordelijk is voor het goede verloop van het medezeggenschapstraject. Die verantwoordelijkheid houdt onder meer in dat de ondernemer moet voorkomen dat onduidelijkheid ontstaat over de fasering en dat hij moet waarborgen dat de fasering geen afbreuk doet aan de effectiviteit van de medezeggenschap. Fasering mag er niet toe leiden dat de ondernemer zich in de eerste fase van de besluitvorming op het standpunt stelt dat bedenkingen van de ondernemingsraad tegen het voorgenomen besluit of vragen met betrekking tot dit besluit 'te vroeg' naar voren worden gebracht en in een latere fase aan de ondernemingsraad tegenwerpt dat die bedenkingen en vragen 'te laat' komen, gelet op het reeds genomen (deel)besluit in een eerdere fase. De door NCRV beoogde fasering en de daarmee samenhangende besluitvorming hebben – alles overziend en met name op het terrein van financiële onderbouwing en de mogelijke personele gevolgen (artikel 25 lid 3 WOR) – wezenlijk afbreuk gedaan aan het goede verloop en de effectiviteit van de medezeggenschap. Derhalve heeft NCRV in redelijkheid niet tot haar besluit kunnen komen. De Ondernemingskamer oordeelt dat het zwaarwegende belang van tijdige afronding van het fusieproces niet in de weg staat aan toewijzing van de gevraagde voorzieningen, omdat aangenomen moet worden dat de ondernemingsraad dit belang voor ogen zal houden en zich zal inspannen om in redelijk overleg met NCRV de vertraging als gevolg van deze beslissing tot een minimum te beperken.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 19-04-2013

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ9689

Zaaknummer: 200.118.094/01 OK

Wetsartikelen: 25 WOR

RECHTSPRAAK

cliëntenraad van Ilmarinen/Stichting Ilmarinen

Enquêteverzoek cliëntenraad Ilmarinen afgewezen, ondanks ernstig falen bestuur. Uitleg en toepassing Wmcz

De cliëntenraad van Ilmarinen verzoekt de Ondernemingskamer een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van Ilmarinen over de periode vanaf 1 januari 2010 en een onafhankelijke bestuurder te benoemen. Er zijn ernstige zorgen over de financiële positie van Ilmarinen. Het bestuur lijkt niet het vereiste gevoel voor urgentie te hebben, want het reageert niet adequaat op geleden en begrote financiële tekorten. Ilmarinen wordt bestuurd op basis van vage plannen, nu een overzicht van concrete begrotingsmaatregelen en een financiële uitwerking daarvan ontbreekt. Zij kampt bovendien met een hoog ziekteverzuim en verloop onder haar medewerkers, met als gevolg discontinuïteit in de zorgverlening en klachten van ouders daarover. Verder is de informatieverstrekking door het bestuur aan de cliëntenraad in een aantal gevallen onvoldoende, zoals bij de jaarrekening over 2011, de begroting voor 2012, het IGZ-rapport en de wijziging van het medicatiebeleid, en het cliënttevredenheidsonderzoek. Het bestuur heeft de cliëntenraad voorts onvoldoende gefaciliteerd (bijvoorbeeld door zijn contact met ouders te belemmeren) en heeft ouders tegen de cliëntenraad opgezet. De raad van toezicht heeft zich ondanks verzoeken van de cliëntenraad afzijdig gehouden van het conflict tussen het bestuur en de cliëntenraad, terwijl hij actie had moeten ondernemen. Tot slot heeft de cliëntenraad aangevoerd dat – met betrekking tot zijn samenstelling en de benoeming van leden daarin – het bestuur ten onrechte heeft geweigerd de drie kandidaat-leden te benoemen en dat het bestuur ten onrechte de samenwerkingsovereenkomst heeft opgezegd.

De Ondernemingskamer oordeelt als volgt. Het verweer van Ilmarinen dat de cliëntenraad niet-ontvankelijk is wegens de opzegging van de samenwerkingsovereenkomst, faalt. Ilmarinen heeft bevestigd dat haar financiële situatie zorgwekkend is. Het enkele feit dat zij in 2011 verlieslijdend was en er voor 2012 een tekort is begroot, vormt echter nog geen gegronde reden om te twijfelen aan een juist beleid. Zij heeft toegelicht dat zij voor haar inkomsten grotendeels afhankelijk is van toekenning van gelden door een zorgverzekeraar. Naar verwachting van Ilmarinen zullen haar inkomsten als gevolg van het politieke zorgbeleid de

komende jaren verder afnemen. Om die ontwikkeling het hoofd te bieden heeft het bestuur in de notitie doelgroepenbeleid eind 2011 maatregelen aangekondigd ter verhoging van inkomsten en verlaging van uitgaven. Daarnaast heeft het bestuur in 2012 met het oog op beperking van het tekort een drietal aanvullende maatregelen voorbereid. Een van die maatregelen betreft beperking van het aantal formatieplaatsen door middel van beëindiging van tijdelijke contracten en natuurlijk verloop. De meest recente prognose voor 2012 geeft een tekort weer van € 81.000, terwijl was begroot een tekort van € 188.000. Gelet op het voorgaande heeft de cliëntenraad naar het oordeel van de Ondernemingskamer onvoldoende aannemelijk gemaakt dat het bestuur niet met het vereiste gevoel voor urgentie heeft geopereerd.

Op een aantal onderdelen levert de gang van zaken bij Ilmarinen wel gegronde redenen op om aan een juist beleid te twijfelen (slechte informatieverstrekking en niet adequaat optreden van de raad van toezicht). Niettemin acht de Ondernemingskamer een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van Ilmarinen niet op haar plaats. Allereerst gaat de Ondernemingskamer ervan uit dat deze beschikking op een aantal voor de cliëntenraad aan de orde gestelde punten klaarheid schept en in zoverre onderzoek niet meer nodig is. Voorts heeft de cliëntenraad meegedeeld dat het hem in deze procedure voornamelijk te doen is om de zorgelijke financiële situatie van Ilmarinen en de wijze waarop het bestuur daarin opereert. In de bezwaren van de cliëntenraad op die onderdelen ziet de Ondernemingskamer echter – afgezien van de informatievoorziening – geen of onvoldoende reden tot twijfel aan een juist beleid. Voorts zal de benoeming in de cliëntenraad van de vijf kandidaten die zich hebben aangemeld, de sinds begin 2012 verstoorde verhouding met het bestuur naar verwachting kunnen herstellen. Duidelijkheid over de op de cliëntenraad toepasselijke regeling(en) kan daarbij een belangrijke rol spelen. De Ondernemingskamer gaat er gelet op hetgeen het bestuur zelf heeft aangekondigd vanuit dat Ilmarinen daartoe spoedig, vanzelfsprekend – op grond van artikel 3 lid 1 aanhef en sub l Wmcz – in samenspraak met de cliëntenraad, een regeling zal vaststellen waarin in ieder geval de procedure van benoeming, zittingsduur en aftreden van leden van de cliëntenraad, evenals overige in artikel 2 Wmcz bedoelde onderwerpen zijn opgenomen. De Ondernemingskamer gaat er voorts vanuit dat de informatieverstrekking door het bestuur aan de cliëntenraad structureel zal verbeteren, nu Ilmarinen zelf het tekortschieten in het verleden op dat vlak (deels) onderschrijft. Zo heeft Ilmarinen zich inmiddels bereid verklaard voortaan besluitenlijsten van bestuursvergaderingen aan de cliëntenraad toe te sturen.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 19-04-2013

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ9692

Zaaknummer: 200.114.757/01 OK

Wetsartikelen: 2:345 BW

RECHTSPRAAK

X Slooptechniek B.V./werknemer

De arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd 'kan' worden opgezegd, duidt op een tussentijdse opzeggingsbevoegdheid ex artikel 7:667 lid 3 BW en niet op een (voorafgaande) opzeggingsverplichting ex artikel 7:667 lid 2 sub a BW

Werknemer is voor bepaalde tijd in dienst getreden van Slooptechniek B.V. In de schriftelijke arbeidsovereenkomst staat opgenomen dat de arbeidsovereenkomst tussentijds opzegbaar is. Nadat deze arbeidsovereenkomst is geëindigd sluiten partijen opnieuw een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd en verklaren de inhoud van de vorige arbeidsovereenkomst van overeenkomstige toepassing. Werknemer zegt vervolgens de arbeidsovereenkomst tussentijds op. De centrale vraag is of rechtsgeldig een tussentijds opzegbeding op de tweede arbeidsovereenkomst is overeengekomen.

Het hof oordeelt als volgt. Nu artikel 1 lid 2 van de arbeidsovereenkomst van 2009 bepaalt dat partijen na ommekomst van de periode van drie maanden kunnen overeenkomen het dienstverband voor (on)bepaalde tijd 'voort te zetten' en de arbeidsovereenkomst van 2010 uitdrukkelijk stipuleert dat de bepalingen van de arbeidsovereenkomst van 2009 onveranderd van kracht blijven en onvoorwaardelijk onderdeel uitmaken van de arbeidsovereenkomst van 2010, kan geen andere conclusie worden getrokken dan dat partijen hebben beoogd met de arbeidsovereenkomst van 2010 die van 2009 voort te zetten. Dit betekent dat artikel 1 lid 3 van de arbeidsovereenkomst van 2009 te dezen van toepassing is. Vervolgens dient de vraag te worden beantwoord of het schriftelijke beding van artikel 1 lid 3 moet worden beschouwd als een bepaling als bedoeld in artikel 7:667 lid 2 aanhef en sub a BW (het standpunt van werkgever) of als een bepaling als bedoeld in artikel 7:667 lid 3 BW (het standpunt van werknemer). Het hof is van oordeel dat het laatste het geval is. Redengevend acht het hof daarvoor dat de zeer algemene formulering die in artikel 1 lid 3 is gehanteerd, te weten dat de voortgezette arbeidsovereenkomst door ieder der partijen schriftelijk 'kan' worden opgezegd, erop duidt dat de kennelijke bedoeling van partijen is geweest aan partijen in dit opzicht een ruime bevoegdheid tot opzegging, met name (ook) een tot tussentijdse opzegging, te verschaffen. Daarbij betreft het hof dat als partijen de bedoeling zouden hebben gehad met

artikel 1 lid 3 tot uitdrukking te brengen dat de overeenkomst voor bepaalde tijd niettemin moet worden opgezegd, een andere formulering van die bepaling dan de huidige voor de hand zou hebben gelegen. In dat geval zou artikel 1 lid 3 immers geen (discretionaire) bevoegdheid tot uitdrukking hebben gebracht maar partijen een verplichting hebben opgelegd, zodat niet het woord 'kan' maar het woord 'dient' aangewezen zou zijn geweest.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 26-03-2013

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ9786

Zaaknummer: 200.099.842/01

Rechters: J.E. Molenaar, D.J. van der Kwaak en W.H.F.M. Cortenraad

Advocaten: R.A.M. Schram en G.J. Sjoer

Wetsartikelen: 7:667 BW