

Nieuwsbrief AR Updates - Nummer 29, 2013

Nummer 29, 2013

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

INHOUDSOPGAVE

Hoge Raad

Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2013:BZ7389 12-07-2013

werknemer/Haskoning Nederland BV

Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2013:CA1967 12-07-2013

werkgever/werknemer

Hof

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2013:5251 16-07-2013

werknemster/werkgever

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2013:5161 16-07-2013

werknemer van Uitzendbureau X/inlener

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2013:5163 16-07-2013

werknemer/werkgever

Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2013:2246 02-07-2013

werknemer/Centrum voor Vrijwillige en Professionele Maatschappelijke Dienstverlening (CVD)

Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2013:2245 18-06-2013

BVR Bouw Rotterdam /werknemers

Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2013:2065 18-06-2013

werknemer/Royal Bank of Scotland

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2013:3766 28-05-2013

werknemster/Stichting Zorg aan Huis

Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2013:1224 07-05-2013

werknemer/Multiwal B.V.

Rechtbank

Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2013:2748 17-07-2013

Stichting Administratiekantoor Motek Medical/werknemer

Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2013:1738 17-07-2013

FNV Bondgenoten/X

Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2013:6358 10-07-2013

werknemer/WEA Randstad Accountants & Adviseurs B.V.

Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2013:5774 05-07-2013

werkgeefster/werknemer

Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2013:8797 27-06-2013

werknemer/Stichting Unicoz Onderwijsgroep

Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2013:6114 25-06-2013

Hekwerk Lisse Productie B.V./werknemer

Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2013:4395 19-06-2013

Stork Prints B.V./A c.s.

Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2013:715 13-02-2013

werkneemster/Europese School Bergen

Uitspraken zonder ECLI

Rechtbank Den Haag 10-07-2013

werkneemster/werkgever

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Hof van Justitie van de Europese Unie 18-07-2013

Alemo-Herron/Parkwood

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Rechtbank Amsterdam 15-07-2013

werkneemster/werkgever

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Rechtbank Midden-Nederland 03-07-2013

werkneemster/werkgever

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Annotatie

Rechtbank Den Haag kraakt payrollconstructie bij Agentschap NL: is de bij de overheid werkzame payrollwerknemer ambtenaar?

mr. dr. J.P.H. Zwemmer

ANNOTATIE

Rechtbank Den Haag kraakt payrollconstructie bij Agentschap NL: is de bij de overheid werkzame payrollwerknemer ambtenaar?

mr. dr. J.P.H. Zwemmer

1. Inleiding

Payrolling is een betrekkelijk nieuwe vorm van dienstverlening. Hierbij besteedt de ondernemer het juridische werkgeverschap van de in zijn onderneming werkzame werknemers uit aan een payrollbedrijf. In de afgelopen jaren is het aantal payrollwerknemers stormachtig gegroeid. Ondernemers maken gebruik van payrolling omdat zij af willen van de aan het werkgeverschap verbonden juridische en administratieve verplichtingen en omdat zij streven naar een flexibeler werknemersbestand. Ook de (semi-)overheid maakt gebruik van payrolling. Voor overheidsorganisaties vormt het eigenrisicodragerschap voor de WW een belangrijke reden om personeel op basis van een arbeidsovereenkomst met een payrollbedrijf tewerk te stellen. De uitbesteding van het juridische werkgeverschap aan een payrollbedrijf heeft nadelige gevolgen voor de arbeidsrechtelijke positie van de werknemer. Deze nadelige gevolgen manifesteren zich met name in een verminderde ontslagbescherming, maar treden ook op bij de toepassing van andere regels en voorschriften in en op basis van Titel 10 Boek 7 BW waarin arbeidsrechtelijke bescherming is gekoppeld aan het werkgeverschap van de eigenaar of exploitant van de onderneming waarin de werknemer de arbeid verricht. De toelaatbaarheid van payrolling als nieuwe contractsvorm in het arbeidsrecht is al enige jaren onderwerp van debat. In het op 11 april jl. gesloten sociaal akkoord constateren de vakbonden, werkgevers en het kabinet dat zich rond het uitbesteden of doorbesteden van werkgeverschap in toenemende mate vraagstukken voordoen die dringend om een oplossing vragen en spreken zij af dat onder andere payrolling moet worden 'ingepast (...) in de bestaande arbeidsrechtelijke ordening, zodat geheel transparant is of en zo ja onder welke voorwaarden deze arbeidscontracten kunnen worden aangeboden.'

In de afgelopen maanden is in de rechtspraak verschillende malen aan de orde geweest hoe payrolling arbeidsrechtelijk moet worden gekwalificeerd (zie Ktr. Leeuwarden 21 oktober 2012,

ECLI:NL:RBLEE:2012:BYO861, Ktr. Rotterdam 21 december 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BZ1299, Ktr. Almelo 21 maart 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ5108 en Ktr. Almelo 13 mei 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:CA1178). In al deze uitspraken werd door de payrollconstructie heengekeken en geoordeeld dat de opdrachtgever als werkgever ex artikel 7:610 BW aansprakelijk was voor de nakoming van uit de arbeidsovereenkomsten van de betrokken payrollwerknemers voortvloeiende verplichtingen. Ook in de in dit commentaar besproken uitspraak van de Rechtbank Den Haag wordt geoordeeld dat de opdrachtgever de werkgever is in de zin van artikel 7:610 BW van de payrollwerknemers. De aanleiding van deze procedure vormde de heraanbesteding van het werkgeverschap van de bij Agentschap NL werkzame werknemers aan een ander payrollbedrijf. Agentschap NL stelde zich op het standpunt dat de rechten uit de arbeidsovereenkomsten van de werknemers met het payrollbedrijf dat de payrollopdracht verloor, op grond van artikel 7:663 BW waren overgegaan op het nieuwe payrollbedrijf. De rechtbank oordeelde dat geen sprake was van overgang van onderneming omdat slechts sprake was van een wisseling van payrollbedrijf. De onderneming was bij Agentschap NL gebleven en zij was de werkgever van de payrollwerknemers. Daardoor waren de rechten van de payrollwerknemers onveranderd gebleven. Hoewel ik de wijze waarop de rechtbank de payrollconstructie beoordeelt, onderschrijf (zie hierover par. 4.12 van mijn dissertatie 'Pluraliteit van werkgeverschap', Deventer: Kluwer 2012) kleven aan het door de rechtbank aangenomen werkgeverschap van Agentschap NL juridische bezwaren. Agentschap NL is immers onderdeel van het ministerie van Economische Zaken en op grond van artikel 7:615 BW is Titel 10 Boek 7 BW niet van toepassing op personen in dienst van de overheid. Betekent dit dat de bij Agentschap NL werkzame payrollwerknemers dan toch tussen wal en schip vallen of moet worden aangenomen dat zij ambtenaar zijn?

2. Payrolling bij Agentschap NL

Agentschap NL is als onderdeel van het ministerie van Economische Zaken en belast met de uitvoering, monitoring en effectmeting van overheidsbeleid op het gebied van duurzaamheid, innovatie en internationaal ondernemen. In 2011 haalde Agentschap NL het nieuws omdat als gevolg van bezuinigingen tot 2014 ongeveer 600 banen verloren zouden gaan van werknemers die op basis van een arbeidscontract met payrollbedrijf CapitalP werkzaam zijn bij Agentschap NL. Daarbij werd duidelijk dat deze werknemers als gevolg van de payrollconstructie in een slechtere positie verkeerden dan hun collega's die op basis van een ambtelijke aanstelling in dienst waren. Zij kwamen niet in aanmerking voor de ontslagregeling voor rijksambtenaren en het ministerie hoefde niet op zoek naar ander werk voor deze werknemers. Agentschap NL hoefde alleen maar de payrollovereenkomst met CapitalP op te zeggen waarna deze werknemers terugvielen op CapitalP. Omdat CapitalP alleen op papier fungeerde als werkgever zouden deze werknemers vervolgens na toestemming van het UWV zonder enige

vorm van compensatie worden ontslagen. FNV en CNV achtten de payrollconstructie dubieus en stelden zich op het standpunt dat sprake was van een verkapt dienstverband tussen de werknemers en Agentschap NL. Na aanhoudende acties en dreigende stakingen kwam CapitalP uiteindelijk in oktober 2011 een sociaal plan overeen met FNV en CNV op basis waarvan de werknemers recht kregen op een ontslagvergoeding en scholing en begeleiding bij het vinden van ander werk. Eind goed al goed, zo leek het. Een geschil tussen enerzijds Agentschap NL en CapitalP en anderzijds BDG Technisch Administratieve Diensten B.V. (BDG), dat tot 1 november 2010 - voorafgaand aan de heraanbesteding van de payrollopdracht aan CapitalP - fungeerde als werkgever van de payrollwerknemers bij Agentschap NL, vormde echter aanleiding voor de Rechtbank Den Haag om in te gaan op de juridische houdbaarheid van de payrollconstructie.

3. Procedures Rechtbank Zwolle-Lelystad en de Rechtbank Den Haag

CapitalP had na de overname van de payrollopdracht de door de payrollwerknemers bij BDG opgebouwde vakantietoeslag en verlofrechten uitbetaald en gehonoreerd en stelde dat BDG verantwoordelijk was voor deze kosten. BDG weigerde echter de met deze vakantietoeslag en verlofaanspraken corresponderende kosten te vergoeden aan CapitalP. Vervolgens zijn over de door CapitalP uitbetaalde vakantietoeslag en verlofrechten aparte procedures gevoerd. Bij de Rechtbank Zwolle-Lelystad vorderde CapitalP van BDG betaling van de door haar aan de payrollwerknemers uitbetaalde, bij BDG opgebouwde vakantietoeslag. Bij vonnis van 19 oktober 2011 (ECLI:NL:RBZLY:2011:BU5790) wees de rechtbank deze vordering toe. De rechtbank overwoog dat de heraanbesteding van de payrollopdracht moest worden aangemerkt als een overgang van onderneming in de zin van artikel 7:662 BW en de payrollwerknemers diensgevolge op grond van artikel 7:663 BW met behoud van hun bij BDG opgebouwde vakantietoeslag waren overgegaan naar CapitalP. Voor de door CapitalP aan de payrollwerknemers uitbetaalde vakantietoeslag die zij bij BDG hadden opgebouwd, kon CapitalP naar het oordeel van de rechtbank regres nemen op BDG op grond van artikel 7:663 jo. 6:10 en 6:12 BW. De procedure over de met de door de payrollwerknemers bij BDG opgebouwde verlofrechten corresponderende kosten werd niet door CapitalP, maar door BDG aanhangig gemaakt bij de Rechtbank Den Haag. CapitalP had deze vordering namelijk gecedeerd aan Agentschap NL en Agentschap NL had de vordering vervolgens verrekend met de eindafrekening die zij ontving van BDG na de beëindiging van de payrollovereenkomst.

BDG vordert betaling van de door Agentschap NL op de eindafrekening ingehouden vordering van CapitalP terzake van de door de payrollwerknemers bij BDG opgebouwde verlofrechten. Agentschap NL betoogt dat CapitalP als opvolgend werkgever gehouden is de door de payrollwerknemers bij BDG opgespaarde verlofrechten te respecteren. CapitalP kan daarvoor geen afzonderlijke vergoeding in rekening brengen bij Agentschap NL omdat CapitalP op

grond van de met Agentschap NL gesloten opdrachtovereenkomst uitsluitend voor de werkelijk door de payrollwerknemers gewerkte uren een vergoeding in rekening kan brengen. Volgens Agentschap NL maakte de vergoeding voor de aan de payrollwerknemers uit te betalen verlofrechten deel uit van de vergoeding die zij BDG betaalde voor de payrolldienstverlening. Na de heraanbesteding van de payrollopdracht zou CapitalP als opvolgend werkgever een regresvordering hebben terzake van de door BDG van Agentschap NL ontvangen vergoeding voor de door de payrollwerknemers opgebouwde, maar nog niet opgenomen verlofrechten. Onder verwijzing naar het hiervoor aangehaalde vonnis van de Rechtbank Zwolle-Lelystad inzake de aansprakelijkheid voor de door de payrollwerknemers bij BDG opgebouwde vakantietoeslag, beroept Agentschap NL zich op verrekening van de vergoeding voor de door hen bij BDG opgebouwde verlofrechten uit hoofde van een door CapitalP aan haar gecedeerd regresrecht ex artikel 7:663 jo. 6:10 en 6:12 BW.

4. Vonnis Rechtbank Den Haag

Onder verwijzing naar het Albron-arrest van het Hof van Justitie (HvJ EU 21 oktober 2010, C-242/09) wijst de rechtbank erop dat ook de tot een concern behorende onderneming waarbij de werknemers permanent zijn tewerkgesteld, terwijl zij in dienst zijn van een personeels-BV, kan worden beschouwd als een vervreemder voor de toepassing van de Richtlijn. Men dient dan, zo stelt de rechtbank, ter bescherming van de rechten van de werknemers als het ware door de arbeidsrechtelijke constructie heen te kijken. Daarmee heeft het Hof van Justitie onderkend dat bij de toepassing van de Richtlijn sprake kan zijn van pluraliteit van werkgevers, waarbij de partij waarmee de werknemer de arbeidsovereenkomst heeft gesloten, geldt als zijn contractuele werkgever en de partij bij wier onderneming de werknemer feitelijk is tewerkgesteld als zijn niet-contractuele werkgever. Bij de overgang van de onderneming van de feitelijke (niet-contractuele) werkgever gaan blijkens het Albron-arrest ook de bij deze onderneming tewerkgestelde werknemers in dienst van de (contractuele) werkgever van rechtswege mee over. In deze zaak is naar het oordeel van de rechtbank geen sprake van de overgang van de onderneming van de niet-contractuele werkgever, maar van een wisseling aan de zijde van de contractuele werkgever; het ene payrollbedrijf wordt vervangen door het andere payrollbedrijf. De rechtbank stelt vast dat in lijn met het Albron-arrest ook in deze situatie sprake is van pluraliteit van werkgevers, waarbij het payrollbedrijf optreedt als contractuele werkgever en de opdrachtgever – Agentschap NL dus – als de niet-contractuele werkgever. De rechtbank vraagt zich echter af of het payrollbedrijf wel kan worden aangemerkt als de werkgever ex artikel 7:610 BW, en daarmee als contractuele werkgever, van de payrollwerknemers. In dat kader overweegt de rechtbank:

'Op grond van artikel 7:610 lid 1 BW is de arbeidsovereenkomst de overeenkomst waarbij de ene partij, de werknemer, zich verbindt in dienst van de andere partij, de werkgever, tegen

loon gedurende zekere tijd arbeid te verrichten. Wil sprake zijn van een arbeidsovereenkomst dan zal voldaan moeten zijn aan de elementen die de arbeidsovereenkomst blijkens artikel 7:610 lid 1 BW bevat: arbeid, loon, gedurende zekere tijd en een gezagsverhouding. Artikel 7:610 BW is van dwingend recht en de vraag of sprake is van een arbeidsovereenkomst staat niet ter vrije bepaling van partijen. Volgens vaste rechtspraak is bepalend, niet alleen of partijen hun overeenkomst als arbeidsovereenkomst hebben aangeduid, maar ook wat partijen bij het sluiten ervan voor ogen stond en hoe zij feitelijk uitvoering en inhoud hebben gegeven aan hun overeenkomst.'

Vervolgens oordeelt de rechtbank dat uit de wijze waarop feitelijk uitvoering is gegeven aan de arbeidscontracten van de 600 bij Agentschap NL werkzame payrollwerknemers en BDG (later CapitalP) volgt dat die werknemers bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst met BDG niet werkelijk de bedoeling hebben gehad om een arbeidsovereenkomst met BDG (in plaats van met Agentschap NL) te sluiten. Naar het oordeel van de rechtbank verzet artikel 7:610 BW zich er niet tegen dat het payrollbedrijf een arbeidscontract sluit met de werknemer en uit dien hoofde het salaris betaalt aan de werknemer, maar de opdrachtgever – in casu Agentschap NL – blijft de werkgever ex artikel 7:610 BW. Dit omdat, zoals de rechtbank overweegt, de payrollconstructie bij Agentschap NL “geen zelfstandige en inhoudelijke juridische betekenis (geeft) aan het *werkgeverschap* van de payrollonderneming.” Als werkgever ex artikel 7:610 BW is Agentschap NL verantwoordelijk voor de verlofrechten van de payrollwerknemers, ook wanneer het gaat om de uitbetaling van de verlofrechten die voor de heraanbesteding van de payrollopdracht werden opgebouwd bij BDG. De rechtbank overweegt dat daar waar Agentschap NL aanvoert dat zij met de payrollconstructie heeft willen bereiken dat de financiële werkgeversrisico's worden gedragen door BDG, deze doelstelling aldus geen effect heeft gehad. Het vorenstaande brengt naar het oordeel van de rechtbank eveneens mee dat geen sprake is geweest van een overgang van onderneming naar aanleiding van de heraanbesteding van de payrollopdracht en een op grond van artikel 7:663 BW overgaan van de arbeidsovereenkomsten van de payrollwerknemers naar CapitalP. De payrollwerknemers moeten voor de toepassing van artikel 7:663 BW worden aangemerkt als feitelijk werkzaam in de onderneming van Agentschap NL en niet in de payrollonderneming van BDG of CapitalP, zo overweegt de rechtbank.

De heraanbesteding van de payrollopdracht door Agentschap NL aan CapitalP brengt daarmee voor de rechtspositie van de payrollwerknemers geen verandering teweeg vanuit het oogpunt van rechtsbescherming. Zij hebben zich immers voor de nakoming van de uit hun arbeidsovereenkomsten voortvloeiende verlofrechten steeds tot Agentschap NL kunnen wenden en zij kunnen dat nog steeds. Daarnaast, zo vervolgt de rechtbank, konden de payrollwerknemers zich voor de nakoming van hun verlofrechten wenden tot BDG op basis

van het door hen met BDG gesloten arbeidscontract. Voor de nakoming van de na de heraanbesteding door hen opgebouwde verlofrechten kunnen zij op basis van hun nieuwe arbeidscontract met CapitalP ook CapitalP aanspreken.

Omdat de payrollwerknemers niet op grond van artikel 7:663 BW zijn overgegaan naar CapitalP bij de heraanbesteding van de payrollopdracht, wijst de rechtbank het beroep op verrekening van Agentschap NL uit hoofde van een door CapitalP aan haar gecedeerd regresrecht ex artikel 7:663 jo. 6:10 en 6:12 BW af. De rechtbank gaat ook niet mee in het subsidiaire verweer van Agentschap NL, dat het redelijk zou zijn de door Agentschap NL aan BDG betaalde vergoeding voor de aan de payrollwerknemers uit te betalen verlofrechten te laten toekomen aan CapitalP, omdat CapitalP deze verlofrechten moet uitbetalen zonder dat zij daarvoor een vergoeding ontvangt van Agentschap NL. Dit verweer mist naar het oordeel van de rechtbank doel omdat dit niet is onderbouwd, van onvoldoende juridische grondslag is voorzien en Agentschap NL terzake ook geen vordering in reconventie heeft ingesteld. Ten aanzien van dat laatste merk ik op dat de kans op afwijzing van de vordering van BDG op Agentschap NL wellicht groter was geweest wanneer Agentschap NL anders had geprocedeerd. Volgens Agentschap NL maakte de vergoeding voor de aan de payrollwerknemers uit te betalen verlofrechten deel uit van de vergoeding voor de payrolldienstverlening die zij aan BDG betaalde. Agentschap NL had dan kunnen stellen en onderbouwen dat BDG, op basis van de met Agentschap NL gemaakte afspraken, bij een heraanbesteding van de payrollopdracht verplicht was de met de door de payrollwerknemers opgebouwde verlofrechten corresponderende bedragen over te maken naar het nieuwe payrollbedrijf (of terug te storten naar Agentschap NL). Door dit na te laten pleegde BDG wanprestatie jegens Agentschap NL en was Agentschap NL gerechtigd dit bedrag te verrekenen met de door haar aan BDG te betalen eindafrekening of de betaling van de eindafrekening aan BDG op te schorten totdat BDG de met de door de payrollwerknemers opgebouwde verlofrechten corresponderende bedragen had overgemaakt naar CapitalP.

5. Het Albron-arrest en de heraanbesteding van de payrollopdracht

Hoewel in deze zaak geen sprake is van intra-concern detachering, betreft de rechtbank het Albron-arrest bij de beoordeling van de vraag of de heraanbesteding van de payrollopdracht moet worden beschouwd als een overgang van onderneming in de zin van artikel 7:662 BW. Daar lijkt mij op zich niets tegen. Weliswaar ging het in het Albron-arrest om intra-concern detachering, deze omstandigheid vormde in de overwegingen van het Hof van Justitie geen zelfstandig vereiste voor het van toepassing zijn van de Richtlijn bij de overgang van de onderneming van een niet-contractuele werkgever op de daarbij permanent tewerkgestelde werknemers. De omstandigheid dat de werknemers (i) permanent waren tewerkgesteld bij de groepsmaatschappij en dat deze groepsmaatschappij (ii) verantwoordelijk was voor de leiding

van de economische activiteiten van de overgedragen eenheid leidden ertoe dat het Hof van Justitie oordeelde dat de intra-concern gedetacheerde werknemers mee over gingen bij de overgang van de onderneming van de groepsmaatschappij waarbij zij waren tewerkgesteld. Mijns inziens kunnen deze omstandigheden zich eveneens voordoen bij andere arbeidsrechtelijke driehoeksverhoudingen (zie ook par. 5.11 van mijn dissertatie, Zwemmer 2012). Daarvoor moet worden beoordeeld of de werknemer voor de toepassing van de Richtlijn moet worden geacht werkzaam zijn in de onderneming van de contractuele werkgever (de uitzender of detacheerder), of in de onderneming van de niet-contractuele werkgever (de inlener of opdrachtgever). Mijns inziens kan de werknemer voor de toepassing van de Richtlijn immers niet tegelijkertijd in de onderneming van de contractuele werkgever én in die van de niet-contractuele werkgever werkzaam zijn. Bij uitzending door een uitzendbureau wordt de uitzendwerknemer voor de toepassing van de Richtlijn aangemerkt als werkzaam in de onderneming van het uitzendbureau en niet in die van de opdrachtgever van het uitzendbureau. In het arrest Jouini (HvJ EG 13 september 2007, C-458/05) oordeelde het Hof van Justitie dat de onderneming van een uitzendbureau bestaat uit knowhow op het gebied van uitzenden, een op de organisatie van het uitlenen van werknemers toegesneden administratie en een bestand aan uitzendkrachten die in de inlenende ondernemingen passen en voor de opdrachtgevers van het uitzendbureau de gewenste werkzaamheden kunnen verrichten. Mijns inziens bedoelt het Hof van Justitie hiermee dat het uitzendbureau een allocatiefunctie moet vervullen op de arbeidsmarkt (zich richt op het bij elkaar brengen van de vraag naar en het aanbod van tijdelijke arbeid op de arbeidsmarkt). Wanneer de onderneming van de uitzender binnen deze omschrijving valt, is de uitzendwerknemer voor de toepassing van de Richtlijn werkzaam in de onderneming van het uitzendbureau, ook al wordt hij langdurig tewerkgesteld bij één opdrachtgever van het uitzendbureau. Die opdrachtgever verkrijgt dan niet de hoedanigheid van 'niet-contractuele werkgever' van de uitzendkracht in de zin van het Albron-arrest.

Het oordeel van het Hof van Justitie (en van de Hoge Raad) in het Albron-arrest, dat de intra-concern gedetacheerde werknemers mee over gingen bij de overgang van de onderneming van de groepsmaatschappij waarbij zij waren tewerkgesteld, hield mijns inziens verband met de omstandigheid dat de personeels-BV slechts op papier fungeerde als werkgever van de intra-concern gedetacheerde werknemers. Daardoor konden de activiteiten van de personeels-BV voor de toepassing van de Richtlijn niet worden aangemerkt als de onderneming waarin die werknemers werkzaam waren. Hetzelfde kan worden gezegd van de activiteiten van het payrollbedrijf. Bij payrolling wordt het juridische werkgeverschap van de door de opdrachtgever geworven en geselecteerde werknemer uitbesteed aan een payrollbedrijf en vervult het payrollbedrijf uit dien hoofde de aan de arbeidsovereenkomst verbonden financiële en administratieve verplichtingen. De payrollwerknemer wordt exclusief aan de

opdrachtgever ter beschikking gesteld om onder diens gezag persoonlijk arbeid te gaan verrichten. Van een uitzendactiviteit van het payrollbedrijf, als onderneming in de zin van artikel 7:662 BW, in het kader waarvan de payrollwerknemer bij een opdrachtgever is tewerkgesteld, is geen sprake. Als de activiteiten van het payrollbedrijf al als onderneming in de zin van artikel 7:662 BW zouden worden aangemerkt, bestaan deze mijns inziens niet uit het 'op papier werkgever zijn' van de bij de opdrachtgevers tewerkgestelde payrollwerknemers, maar uit het voor de opdrachtgevers uitvoeren van de aan het juridische werkgeverschap verbonden administratieve en financiële verplichtingen. Van een overgang van deze onderneming zou sprake kunnen zijn wanneer een ander payrollbedrijf deze administratieve en financiële verplichtingen gaat uitvoeren en daartoe (een naar aantal en deskundigheid wezenlijk deel van) de werknemers van het payrollbedrijf in dienst neemt die feitelijk betrokken zijn bij de uitvoering van deze administratieve en financiële verplichtingen. Uitsluitend deze werknemers, en dus niet de bij de opdrachtgevers tewerkgestelde payrollwerknemers die op de 'payroll' van het payrollbedrijf staan, kunnen naar mijn mening worden beschouwd als werkzaam in de onderneming van het payrollbedrijf en overgaan op grond van artikel 7:663 BW. Hoewel de Rechtbank Den Haag uiteindelijk oordeelt dat Agentschap NL de werkgever is ex artikel 7:610 BW van de bij haar tewerkgestelde payrollwerknemers, overweegt ook zij dat deze werknemers voor de toepassing van artikel 7:663 BW moeten worden aangemerkt als feitelijk werkzaam in de onderneming van de opdrachtgever en niet in de onderneming van het payrollbedrijf.

Gelet op het bovenstaande is mijns inziens niet juist het hiervoor aangehaalde oordeel van de Rechtbank Zwolle-Lelystad van 19 oktober 2011 (ECLI:NL:RBZLY:2011:BU5790), dat de bij Agentschap NL tewerkgestelde payrollwerknemers op grond van artikel 7:663 BW van rechtswege waren overgegaan van BDG naar CapitalP als gevolg van de heraanbesteding van de payrollopdracht. Wanneer er met de Rechtbank Zwolle-Lelystad vanuit zou worden gegaan dat het payrollbedrijf de werkgever is ex artikel 7:610 BW van de bij de opdrachtgever tewerkgestelde payrollwerknemer, moet naar mijn mening de payrollwerknemer voor de toepassing van artikel 7:663 BW worden aangemerkt als werkzaam in de onderneming van de opdrachtgever. Op grond van het Albron-arrest zou dan bij de overgang van de onderneming van de opdrachtgever de arbeidsovereenkomst van de bij deze onderneming tewerkgestelde payrollwerknemer met het payrollbedrijf overgaan naar de verkrijger van de onderneming ex artikel 7:663 BW (zie HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1780).

6. Rechtbank Den Haag: Agentschap NL is werkgever van de bij haar tewerkgestelde payrollwerknemers

De rechtbank oordeelt dat ondanks de door de payrollwerknemers met het payrollbedrijf gesloten arbeidscontracten niet het payrollbedrijf, maar Agentschap NL de 'feitelijke

werkgever in de zin van artikel 7:610 BW' is gebleven. Daartoe overweegt de rechtbank dat de payrollovereenkomst, anders dan de (gewone) arbeidsovereenkomst en de uitzendovereenkomst, niet in de wet is geregeld en dan op grond van artikel 7:610 BW moet worden vastgesteld wie - het payrollbedrijf of de opdrachtgever - binnen deze arbeidsrechtelijke driehoeksverhouding als de juridische werkgever moet worden gekwalificeerd. De rechtbank oordeelt dat Agentschap NL de werkgever is (gebleven) van de payrollwerknemers omdat zij feitelijk werkzaam waren bij Agentschap NL, Agentschap NL instructies gaf en hun vakantiedagen bijhield en omdat Agentschap NL de payrollwerknemers beoordeelde op hun functioneren. Dat hun salaris door BDG werd voldaan doet daar naar het oordeel van de rechtbank niet aan af omdat het salaris 'materieel' afkomstig was van Agentschap NL. Artikel 7:610 BW verzet zich er weliswaar niet tegen dat het payrollbedrijf een arbeidscontract sluit met de werknemer, maar die payrollconstructie geeft verder geen zelfstandige en inhoudelijke juridische betekenis aan het werkgeverschap van het payrollbedrijf, zo overweegt de rechtbank. De opdrachtgever blijft dan de werkgever ex artikel 7:610 BW. Deze overwegingen van de rechtbank sluiten aan bij wat ik in mijn dissertatie heb betoogd over het werkgeverschap bij payrolling.

In de dwingendrechtelijke definitie van de arbeidsovereenkomst in artikel 7:610 BW wordt de werkgever geduid als de partij in wier dienst de werknemer de arbeid verricht. Aan het door de werknemer in dienst van de werkgever verrichten van de arbeid ligt het uitgangspunt ten grondslag dat de werkgever de eigenaar of exploitant is van de onderneming, het bedrijf of de activiteit waarin de werknemer de arbeid verricht. Alleen wanneer sprake is van een uitzendovereenkomst wordt het uitzendbureau wettelijk geduid als de werkgever van de aan de opdrachtgever ter beschikking gestelde uitzendwerknemer. Bij payrolling kan het payrollbedrijf niet op grond van de definitie van de uitzendovereenkomst in artikel 7:690 BW als de werkgever van de bij de opdrachtgever tewerkgestelde payrollwerknemer worden gekwalificeerd omdat het payrollbedrijf geen allocatiefunctie vervult op de arbeidsmarkt. Hoewel deze allocatiefunctie niet is opgenomen in de tekst van artikel 7:690 BW, heeft de wetgever bij de totstandkoming van de regeling van de uitzendovereenkomst in Titel 10 Boek 7 BW verschillende malen benadrukt dat deze regeling alleen geldt voor werkgevers die daadwerkelijk een allocatiefunctie op de arbeidsmarkt vervullen, dus die in het kader van hun beroep of bedrijf vraag en aanbod van tijdelijke arbeid bij elkaar brengen (Kamerstukken II 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 10 en 33 en nr. 6, p. 16).

In mijn dissertatie heb ik betoogd dat bij de kwalificatie van de werkgever in andere arbeidsrechtelijke driehoeksverhoudingen dan de uitzendovereenkomst op een zelfde wijze als bij de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst (zie onder andere HR 14 november 1997, NJ 1998, 149 (Groen/Schoevers), HR 10 oktober 2003, NJ 2007, 446 (Van der Male B.V./Den

Hoedt) en HR 13 juli 2007, NJ 2007, 449 (STR/PGGM)) betekenis toekomt aan de door partijen gemaakte contractuele afspraken, mits deze corresponderen met de wijze waarop zij hieraan vervolgens feitelijk uitvoering hebben gegeven. Hoewel werkgever en werknemer als partijen vrij zijn in de keuze met wie zij een overeenkomst aangaan, brengt het dwingendrechtelijke karakter van artikel 7:610 BW mijns inziens mee dat de rol van de contractuele werkgever bij de totstandkoming en de uitvoering van de arbeidsovereenkomst voldoende zelfstandige en inhoudelijke betekenis moet hebben, wil hij kunnen worden gekwalificeerd als de werkgever ex artikel 7:610 lid 1 BW (Zwemmer 2012, p. 30/31). Met de thans meest gebruikelijke vorm van payrolling (zoals ook in deze zaak bij Agentschap NL) wordt de uitbesteding van het juridische en administratieve werkgeverschap en het bewerkstelligen van een flexibelere arbeidsverhouding met de werknemer beoogd. Het payrollbedrijf fungeert zowel bij de totstandkoming als bij de uitvoering van de arbeidsovereenkomst met de payrollwerknemer uitsluitend als contractueel verlengstuk van de opdrachtgever. Daarmee heeft payrolling als arbeidsrechtelijke driehoeksverhouding in hoofdzaak als doel het uit handen geven van het juridische en administratieve werkgeverschap aan het payrollbedrijf en het omzeilen van ontslagbescherming. Hoewel de payrollwerknemer een arbeidscontract sluit met het payrollbedrijf, beogen de payrollwerknemer en de opdrachtgever in werkelijkheid van meet af aan een arbeidsovereenkomst met elkaar. Omdat het payrollbedrijf hier geen zelfstandige en inhoudelijke rol speelt bij de totstandkoming en uitvoering van de arbeidsovereenkomst en de opdrachtgever en de werknemer in werkelijkheid een arbeidsovereenkomst met elkaar beogen, moet dan op grond van het dwingendrechtelijke karakter van artikel 7:610 BW door de contractuele afspraken worden heengekeken en de opdrachtgever worden gekwalificeerd als de werkgever. Om wel als werkgever ex artikel 7:610 BW te kunnen worden gekwalificeerd zal de payrollsector zichzelf naar mijn mening opnieuw moeten uitvinden. Payrollbedrijven zouden zelfstandige inhoud en betekenis kunnen geven aan het werkgeverschap door zorg te dragen voor, en knowhow te creëren op het gebied van, onder meer de (tussentijdse) scholing van de werknemer, de herplaatsing en, in geval van arbeidsongeschiktheid, de re-integratie van de payrollwerknemer (Zwemmer 2012, p. 347).

Wanneer het payrollbedrijf niet kan worden gekwalificeerd als werkgever ex artikel 7:610 BW betekent dat niet dat het payrollbedrijf daardoor automatisch geen verplichtingen (meer) heeft jegens de payrollwerknemer. De door het payrollbedrijf met de payrollwerknemer gesloten 'arbeidsovereenkomst' moet naar mijn mening in deze situatie worden aangemerkt als een overeenkomst sui generis (Zwemmer 2012, p. 147, zo ook Ktr. Almelo 13 mei 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:CA1178). De payrollwerknemer zou dan, nadat de opdrachtgever is gekwalificeerd als de werkgever ex artikel 7:610 lid 1 BW, op basis van de hierover in het door hem met het payrollbedrijf gesloten arbeidscontract gemaakte afspraken ook bij het

payrollbedrijf nakoming kunnen blijven vorderen van uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichtingen. Ook de Rechtbank Den Haag overweegt dat de payrollwerknemers, naast Agentschap NL als hun werkgever ex artikel 7:610 BW, ook BDG en CapitalP kunnen aanspreken tot nakoming van uit hun arbeidsovereenkomsten voortvloeiende verplichtingen op basis van de door hen met deze payrollbedrijven gesloten arbeidscontracten.

7. Zijn de payrollwerknemers bij Agentschap NL ambtenaar?

Omdat Agentschap NL onderdeel is van het ministerie van Economische Zaken is op grond van artikel 7:615 BW Titel 10 Boek 7 BW niet van toepassing op de verhouding tussen haar en de payrollwerknemers. Dit zou anders kunnen zijn wanneer Titel 10 Boek 7 BW bij wet of bij verordening van toepassing is verklaard (in dat geval wordt gesproken van arbeidscontractanten). In casu is dit echter niet aan de orde. Daardoor kan Agentschap NL niet op grond van artikel 7:610 BW, met voorbijgaan aan de door partijen gemaakte contractuele afspraken over het werkgeverschap, worden gekwalificeerd als werkgever van de payrollwerknemers. Op grond van artikel 7:615 BW is namelijk ook artikel 7:610 BW niet van toepassing op de verhouding tussen de overheid en het bij haar werkzame personeel (zie ook Verhulp in zijn noot bij onder meer het Beurspromovendi-arrest onder NJ 2007, 449). Hoewel voorafgaand aan de invoering van Titel 10 Boek 7 BW in 1997 is overwogen artikel 7:615 BW te schrappen, is dit uiteindelijk niet gebeurd omdat het in het BBA neergelegde preventieve ontslagtoezicht dan ook voor de overheid zou gaan gelden. In die tijd werd (reeds) nagedacht over de afschaffing van het preventieve ontslagtoezicht en het onder het bereik van Titel 10 Boek 7 BW brengen van de ambtenarenstatus en de regering achtte het meer passend een eventuele schrapping van artikel 7:615 BW in dat kader ter sprake te brengen (Kamerstukken II 1993/94, 23 438, nr. 3, p. 17). Hoewel het bijna 20 jaar later noch van het één, noch van het ander is gekomen en artikel 7:615 BW nog steeds bestaat, zou daar in verband met het sociaal akkoord van 11 april jl. en het op 8 november 2010 bij de Tweede Kamer ingediende initiatiefwetsvoorstel inzake de normalisering van de rechtspositie van ambtenaren (Kamerstukken II 32 550) in de nabije toekomst weleens verandering kunnen komen. De payrollwerknemers bij Agentschap NL hebben daar op dit moment echter niets aan. Als noch het payrollbedrijf, noch Agentschap NL kan worden gekwalificeerd als werkgever ex artikel 7:610 BW zouden zij tussen wal en schip vallen. De vraag is dan of de payrollwerknemers op basis van een ambtelijke aanstelling werkzaam zijn bij Agentschap NL. Verschillende argumenten pleiten mijns inziens voor een bevestigende beantwoording van deze vraag.

In het Assmann-arrest van de Hoge Raad van 20 juni 1997 (NJ 1997, 626) ging het om een situatie waarin een ambtenaar haar ambtelijke status verloor omdat het bejaardentehuis waarin zij werkzaam was, werd geprivatiseerd. De stichting die het bejaardentehuis na de

privatisering ging exploiteren, werd bevoegd deze bij het bejaardentehuis tewerkgestelde (voormalige) ambtenaar werkzaamheden op te dragen en aanwijzingen te geven over de wijze waarop de werkzaamheden moesten worden verricht. Op grond van deze omstandigheden oordeelde de Hoge Raad dat, nu de privatisering meebracht dat deze (voormalige) ambtenaar geen beroep meer zou kunnen doen op de door de ambtenarenrechter geboden rechtsbescherming, op basis van 'een redelijke toepassing van het stelsel van de wet' de voorheen bestaande ambtelijke aanstelling was omgezet in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Denkbaar is dat Hoge Raad in een omgekeerd geval op basis van dezelfde overwegingen zal oordelen dat de payrollwerknemers een ambtelijke aanstelling hebben bij Agentschap NL. Hoewel bij Agentschap NL geen sprake kan zijn van een omzetting van een arbeidsovereenkomst naar een ambtelijke aanstelling, omdat de payrollwerknemers niet eerst op basis van een arbeidsovereenkomst in dienst zijn geweest van Agentschap NL, zou dan op grond van een redelijke toepassing van het stelsel van de wet sprake zijn van een ambtelijke aanstelling omdat zij jegens Agentschap NL geen beroep kunnen doen op Titel 10 Boek 7 BW. Het ambtenarenrecht staat aan een dergelijk oordeel niet in de weg. Weliswaar is op grond van artikel 1:3 Awb voor de totstandkoming van een ambtelijke aanstelling in beginsel een schriftelijk aanstellingsbesluit vereist, in bepaalde omstandigheden heeft de Centrale Raad van Beroep ook een ambtelijke aanstelling aangenomen in situaties waarin een schriftelijk aanstellingsbesluit ontbrak. In een uitspraak van 13 juni 2013 (ECLI:NL:CRVB:2013:CA3222) heeft de CRvB nog eens herhaald in welke omstandigheden ondanks het ontbreken van een schriftelijk aanstellingsbesluit een ambtelijke aanstelling wordt aangenomen:

'Naar vaste rechtspraak van de Raad (CRvB 30 mei 2002, LJN AE4035) sluit het ontbreken van een schriftelijke aanstellingsbesluit niet uit dat onder omstandigheden toch een ambtenaarsverhouding kan ontstaan. Daartoe moet dan wel duidelijk blijken van een bij het bestuursorgaan aanwezige bedoeling om een dergelijke verhouding tot stand te brengen, of van feiten of omstandigheden op grond waarvan de betrokkene heeft mogen begrijpen dat feitelijk een aanstelling als ambtenaar heeft plaatsgevonden.'

Volgens Van Waegeningh dringt zich hier de vergelijking op met de overwegingen van de Hoge Raad in de hiervoor aangehaalde arresten Groen/Schoevers en STR/PGGM inzake de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst. Zij pleit ervoor dat als een rechtsverhouding tussen de openbare dienst en de daarbinnen werkzame kracht niet eenduidig is geregeld en er sprake is van een gezagsverhouding, van een ambtelijke aanstelling moet worden uitgegaan (S. van Waegeningh, De afbakening van het ambtenaarschap ten opzichte van andere arbeidsverhoudingen, TAR 2008/12 p. 686 en 691). Van der Heijden en Jellinghaus betogen dat van rechtswege sprake moet zijn van conversie naar een ambtelijke aanstelling wanneer een overheid gebruik maakt van arbeidscontractanten zonder dat dit bij wet of verordening is

toegestaan (P.J.J.M. van der Heijden en S.F.H. Jellinghaus, Ambtenaarschap, sollicitatie en aanstelling, Apeldoorn-Antwerpen: Maklu 2008, p. 53).

Ik meen dat uit de wijze waarop door partijen feitelijk uitvoering is gegeven aan de payrollconstructie bij Agentschap NL volgt dat in werkelijkheid werd beoogd de payrollwerknemers in dienst van Agentschap NL werkzaam te laten zijn. Nu noch Agentschap NL, noch het payrollbedrijf op grond van artikel 7:610 BW kan worden gekwalificeerd als de werkgever van de bij Agentschap NL tewerkgestelde payrollwerknemers, moet naar mijn mening worden aangenomen dat de payrollwerknemers op basis van een ambtelijke aanstelling werkzaam zijn bij Agentschap NL.

RECHTSPRAAK

werkneemster/werkgever

Uitleg toepassing 30% regeling in arbeidsovereenkomst conform Haviltex-norm. Toegekende vergoeding dient na afloop 30% regeling belastbaar te worden uitbetaald

Werkneemster, ingenieur, is in 1989 in dienst getreden van (een rechtsvoorganger van) werkgever. In 1996 is werkneemster, tot dat moment werkzaam in de VS, geplaatst in een vestiging te Zoetermeer. Met toestemming van de Belastingdienst is gebruik gemaakt van de '35% regeling' inhoudende dat van het bedongen salaris 35% niet zou meetellen voor heffing van belasting en sociale zekerheidspremies. Als gevolg van een wetswijziging is het tarief in 2001 verlaagd naar 30%. Sinds 2007 is werkneemster opnieuw in dienst getreden van werkgever. Van 1 juni 2007 tot en met 1 februari 2012 is wederom de 30% regeling toegepast. Thans vordert werkneemster betaling van achterstallig salaris vanaf 1 februari 2012. Centrale vraag in deze procedure is wat partijen hebben afgesproken over de toepassing van de 30% regeling.

De kantonrechter oordeelt als volgt: in navolging van het Hof Amsterdam (22 december 2009, JAR 2010,87) wordt als uitgangspunt genomen dat twee toepassingsmogelijkheden van de 30% regeling toelaatbaar zijn. Methode 1 is de meest gebruikelijk en houdt in dat dat een uitruil van salaris plaatsvindt. Het overeengekomen salaris wordt met 30% verlaagd en dit bedrag wordt als een onbelaste onkostenvergoeding uitbetaald en de overige 70% als belastbaar salaris uitbetaald. Methode 2 houdt in dat de onbelaste 30% vergoeding bovenop het salaris van werkneemster komt. Werkneemster stelt dat in dit geval methode 1 is overeengekomen met als gevolg dat na ommekomst van de termijn van tien jaar het overeengekomen salaris belastbaar moet worden uitbetaald. Werkgever stelt dat methode 2 geldt inhoudende dat na ommekomst van de periode van tien jaar de fiscale faciliteit vervalt en de werkgever slechts gehouden is het overeengekomen salaris te voldoen.

Uit de tekst van de arbeidsovereenkomst volgt dat een salaris ad € 5000 is overeengekomen en daarnaast een onbelaste vergoeding op basis van de 30% regeling (methode 2). Deze bepaling uit de arbeidsovereenkomst dient te worden uitgelegd conform de Haviltex-norm.

Hierbij wordt in aanmerking genomen dat tijdens het eerste dienstverband methode 1 werd toegepast en de maandelijkse salarisspecificatie vanaf 2007 hetzelfde is als tijdens het eerste dienstverband. Voorts is werkneemster in 2007 niet kenbaar gemaakt dat voortaan methode 2 toegepast zal worden. Niet wordt uitgesloten dat veeleer de hoogte van het salaris en niet de toepassing van de 30% regeling aanleiding is geweest voor de werkgever om de vergoeding per 1 februari 2012 volledig te laten vervallen. Alle omstandigheden in aanmerking genomen wordt geoordeeld dat werkneemster redelijkerwijs mocht verwachten dat de 30% regeling zou worden toegepast conform methode 1 en dat de haar toegekende vergoeding ook na 1 februari 2012 – maar dan belast – aan haar zou worden uitgekeerd. De loonvordering van werkneemster wordt toegewezen.

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 10-07-2013

Zaaknummer:

RECHTSPRAAK

werknemer/Royal Bank of Scotland

Jaarlijkse bankbonus geen arbeidsvoorwaarde maar een eenzijdige toekenning van de bank. Verklaringen van collega-werknemers wekken geen gerechtvaardigd vertrouwen. Schenden van vertrouwen door management te dreigen met een ultimatum, voldoende reden voor ontheffing van functie

Werknemer is op 5 juni 1997 in dienst getreden van ABN Amro Bank N.V., hierna: de bank, (de rechtsvoorganger van RBS) als trainee. Per 5 juni 2000 is hij bevorderd tot 'convertible trader' binnen de afdeling 'Global Equity Derivates Department' (GEDD) waar hij was belast met handel in converteerbare obligaties, door partijen aangeduid als het 'Convertible bonds-boek' ofwel 'CB-boek'. Van september 2001 tot september 2002 was werknemer bovendien belast met werkzaamheden in het kader van het 'Global Swap Book', ofwel 'GSB'. Werknemer is in september 2002 met onmiddellijke ingang ontheven van zijn werkzaamheden aan het GSB. Aanleiding daartoe was een door werknemer verzonden e-mail aan zijn direct leidinggevende, waarin hij zich op het standpunt stelde dat GSB en GS samengevoegd moesten worden en als dat niet zou gebeuren dat hij zich niet langer voor het GSB-project kon inzetten. De toon van de mail alsmede het voor het blok zetten van het management vormden aanleiding tot actie van de bank. Doordat hij is ontheven uit deze functie, heeft hij ook geen bonus ter zake ontvangen. Naast zijn vaste salaris ontving werknemer een prestatiebonus gekoppeld aan de winst voor belastingen. Werknemer heeft de bank gedagvaard en vervangende schadevergoeding gevorderd voor de niet-uitgekeerde bonus in 2002 en voorts aanvullende bedragen over de gewerkte jaren, mede in vergelijking met de collega-werknemer. Volgens werknemer is hem ten onrechte geen, dan wel een te lage bonus uitgekeerd. Het hof heeft de vorderingen van werknemer gedeeltelijk toegewezen (tot een bedrag van EUR 450.000). In cassatie heeft de Hoge Raad (13 januari 2012, AR 2012-0037) het arrest vernietigd, omdat het hof ten onrechte niet of onbegrijpelijk gemotiveerd, is ingegaan op het verweer van de bank dat zij juist heel zorgvuldig en op juiste gronden werknemer uit zijn functie heeft ontheven.

Het verwijzingshof oordeelt als volgt: de eerste vraag is of werknemer recht heeft op een aanvullende bonus uit de zogenoemde 'bonuspool'. Naar het oordeel van de werknemer is dit

het geval, omdat het een 'bestendige praktijk' was in de bank, waar hij op grond van het goed werkgeverschap, gerechtvaardigd op mocht vertrouwen. Het hof oordeelt evenwel anders, stellende dat van een bestendige praktijk geen sprake was en dat het evenmin om een arbeidsvoorwaarde gaat, daar het een eenzijdige toekenning van de bank betrof.

De tweede vraag is of de bank werknemer terecht uit zijn toenmalige functie heeft gezet. De Bank heeft gesteld dat de grote financiële risico's van het GSB het noodzakelijk maakten dat er een vertrouwensbasis was tussen werknemer als feitelijk beheerder enerzijds en het eindverantwoordelijke management. Werknemer was voorts aangesteld als convertible trader. Door hem is onvoldoende gemotiveerd weersproken dat inherent is aan die functie dat door de Bank van hem verlangd kon worden dat hij een ander boek ging doen, dan het boek waarop hij op enig moment werkzaam was. Dat neemt - vanzelfsprekend - niet weg dat bij de besluitvorming en het besluit van de Bank ter zake de eisen van het goedwerkgeverschap (artikel 7: 611 BW) in acht moeten worden genomen. Daarbij dient de Bank voldoende rekening te houden met de belangen van de trader, waaronder eventuele (latente) bonusaanspraken. Van werknemer mocht, gezien zijn positie, worden verwacht op voorhand te begrijpen dat zijn e-mail als een ultimatum en een motie van wantrouwen zou kunnen worden gezien, ernstig zou kunnen worden opgevat en tot consequentie zou kunnen hebben dat zijn betrokkenheid bij het GSB zou eindigen. Hierbij is van belang dat werknemer in die mail zelf aangeeft dat hij vanwege het ontbreken van het noodzakelijk vertrouwen het GSB niet langer kan beheren indien zijn eisen niet zouden worden ingewilligd. Ook het feit dat werknemer nadien geen 'gas heeft teruggenomen', terwijl er voldoende tijd voor beraadslaging was, brengt met zich dat werknemer onzorgvuldig heeft gehandeld. De bank mocht dan ook handelen zoals zij heeft gedaan en is niet aansprakelijk voor de bonusschade.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 18-06-2013

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2013:2065

Zaaknummer: 200.106.378/01

Rechters: V. Disselkoen, R.S. van Coevorden en J.M.T. van der Hoeven-Oud

Advocaten: E.F. Seunke en L.B. de Graaf

Wetsartikelen: 7:611 BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/Stichting Zorg aan Huis

Geen vereenzelviging tussen twee verschillende werkgevers op grond van de enkele omstandigheid dat beide arbeidsovereenkomsten door X namens de verschillende werkgevers is getekend

Werkneemster is op 3 januari 2011 op basis van een schriftelijke arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd in dienst getreden bij Stichting Zorg aan Huis. De arbeidsovereenkomst is namens de stichting getekend door X. In juni is haar arbeidsovereenkomst omgezet in een voor onbepaalde tijd. Namens de stichting tekende opnieuw X. In oktober heeft werkneemster een arbeidsovereenkomst met Stichting Zahet. Namens deze stichting tekende opnieuw X. Thans vordert werkneemster loonaanspraken uit hoofde van haar arbeidsovereenkomst. De centrale vraag is of Stichting Zorg aan Huis vereenzelvigd kan en mag worden met Stichting Zahet.

Het hof oordeelt als volgt: ten aanzien van de Stichting Zorg aan Huis is het hof van oordeel dat werkneemster onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat zij in een bodemprocedure met succes aanspraak kan maken op salarisbetaling op grond van een arbeidsovereenkomst. Werkneemster heeft niet gesteld dat zij in de litigieuze periode werkzaamheden heeft verricht voor Stichting Zorg aan Huis en evenmin heeft zij betwist dat de arbeidsovereenkomst van 1 oktober 2011, op grond waarvan zij aanspraak maakt op salarisbetaling, werd gesloten met Stichting Zahet. Voor vereenzelviging van Stichting Zahet en Stichting Zorg aan Huis is naar het voorlopig oordeel van het hof geen plaats, nu het, ook blijkens de door werkneemsters overgelegde uittreksels uit het handelsregister, gaat om twee verschillende rechtspersonen, met ieder een eigen inschrijfnummer, met (thans) verschillende bestuurders en elk gevestigd op een ander adres. Onder die omstandigheden volgt het hof werkneemster niet in het standpunt dat het gaat om twee stichtingen waartussen praktisch geen enkel verschil bestaat. Ook de vorderingen jegens X falen.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 28-05-2013

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2013:3766

Zaaknummer: 200.120.798

Rechters: H. van Loo, G.P.M. van den Dungen en W. Duitemeijer

Advocaten: E. Osinga en B. Anik

Wetsartikelen: 7:610 BW

RECHTSPRAAK

Alemo-Herron/Parkwood

Artikel 3 OVO-richtlijn verzet tegen bepalingen van een lidstaat op grond waarvan, bij overgang van een onderneming, de verkrijger gebonden is aan dynamische clausules die verwijzen naar collectieve overeenkomsten waarover wordt onderhandeld en die worden vastgesteld na de datum van overgang, wanneer die verkrijger niet de mogelijkheid heeft om deel te nemen aan de onderhandelingen over dergelijke na de overgang gesloten collectieve overeenkomsten.
Nuancering Werhof-arrest

In 2002 werden de werkzaamheden van de gemeentelijke dienst vrije tijd (Council) overgedragen aan CCL Limited, een onderneming uit de particuliere sector, en zijn de werknemers van de Council in dienst gekomen bij CCL. In mei 2004 droeg CCL Limited het bedrijf over aan Parkwood. In de arbeidsovereenkomsten met de werknemers van de Council was een zogenoemd dynamisch incorporatiebeding opgenomen ten aanzien van de NJC-cao. Op het moment van de overgang naar CCL was de collectieve overeenkomst van toepassing die door de NJC voor de periode van 1 april 2002 tot en met 31 maart 2004 was vastgesteld. In mei 2004 vond de overgang van de onderneming naar Parkwood plaats. Binnen de NJC werd in juni 2004 een nieuwe collectieve overeenkomst bereikt, die met terugwerkende kracht tot 1 april 2004 en naar de toekomst tot 31 maart 2007 van kracht was. De collectieve overeenkomst kwam dus tot stand na de overgang van de onderneming in handen van Parkwood. Daarom concludeerde Parkwood dat de nieuwe collectieve overeenkomst haar niet bond en stelde de werknemers daarvan op de hoogte. Parkwood weigerde hun de salarisverhoging te betalen die binnen de NJC voor de periode van april 2004 tot april 2007 was vastgesteld. Parkwood is niet aangesloten bij de NJC en kan zich er sowieso niet bij aansluiten, omdat Parkwood een particuliere onderneming is en geen overheidsdienst. De weigering van Parkwood om zich te houden aan de voorwaarden die binnen de NJC waren vastgesteld, heeft geleid tot een vordering van de werknemers bij het Employment Tribunal. Die vordering werd in 2008 afgewezen. Het Employment Tribunal was van mening dat het Hof in het arrest Werhof had geoordeeld dat bij overgang van een onderneming geen dynamische verwijzingsclausules naar

collectieve overeenkomsten konden worden overgedragen. Deze beslissing werd door de werknemers aangevochten en later, in 2009, in beroep vernietigd door het Employment Appeal Tribunal, op grond van de overweging dat de uitspraak in de zaak Werhof niet van toepassing was op de situatie binnen de Britse rechtsorde. Parkwood vocht met succes de beslissing van het Employment Appeal Tribunal aan bij de Court of Appeal, die in haar arrest van 2010 het standpunt van het Employment Tribunal inzake de uitlegging van de richtlijn en de reikwijdte van het arrest Werhof deelde. De verwijzende rechter wenst te vernemen of artikel 3 van richtlijn 2001/23 aldus moet worden uitgelegd dat het zich verzet tegen bepalingen van een lidstaat op grond waarvan, bij overgang van een onderneming als die in het hoofdgeding, de verkrijger gebonden is aan dynamische clausules die verwijzen naar collectieve overeenkomsten waarover wordt onderhandeld en die worden vastgesteld na de datum van overgang.

Het Hof van Justitie EU oordeelt als volgt. Richtlijn 77/187 beoogt in het geval van overgang van een onderneming niet alleen de belangen van de werknemers te beschermen, maar wil een billijk evenwicht verzekeren tussen hun belangen en die van de verkrijger. Zij preciseert meer bepaald dat de verkrijger de aanpassingen en veranderingen moet kunnen doorvoeren waartoe de voortzetting van zijn activiteiten noopt. Voor zover een onderneming uit de publieke sector overgaat naar de particuliere sector, moet worden aangenomen dat de verkrijger zijn activiteiten niet zal kunnen voortzetten zonder aanzienlijke aanpassingen en veranderingen door te voeren, aangezien er tussen die twee sectoren onvermijdelijk verschillen bestaan op het vlak van de arbeidsvoorwaarden. Een dynamische clausule die verwijst naar collectieve overeenkomsten waarover wordt onderhandeld, die worden vastgesteld na de betrokken overgang van de ondernemingen die de evolutie van de arbeidsvoorwaarden in de publieke sector beogen te regelen, kan de manoeuvreerruimte die een particuliere verkrijger nodig heeft om dergelijke aanpassingsmaatregelen te treffen, echter aanmerkelijk beperken. In die situatie kan een dergelijke clausule het evenwicht tussen de belangen van de verkrijger als werkgever en die van de werknemers verstoren. Voorts moet bij de uitleg van artikel 3 rekening worden gehouden met de grondrechten zoals die in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie zijn geformuleerd, waaronder het grondrecht van vrij ondernemerschap (artikel 16 Handvest). In het licht van artikel 3 van richtlijn 2001/23 volgt hieruit dat de verkrijger, overeenkomstig de vrijheid van ondernemerschap, bij de totstandkoming van een overeenkomst waarbij hij partij is, zijn belangen doeltreffend moet kunnen doen gelden en met het oog op zijn toekomstige economische activiteit moet kunnen onderhandelen over de factoren die bepalend zijn voor de evolutie van de arbeidsvoorwaarden van zijn werknemers. Vastgesteld zij echter dat de verkrijger waar het in het hoofdgeding om gaat, onmogelijk bij de onderhandelingen binnen het orgaan voor collectieve onderhandeling in kwestie kan worden betrokken. In die

omstandigheden kan die verkrijger bij de totstandkoming van een overeenkomst zijn belangen niet doeltreffend doen gelden; evenmin kan hij met het oog op zijn toekomstige economische activiteit onderhandelen over de factoren die bepalend zijn voor de evolutie van de arbeidsvoorwaarden van zijn werknemers. De contractvrijheid van die verkrijger is dus zodanig beperkt dat zijn vrijheid van ondernemerschap in de kern dreigt te worden aangetast. Artikel 3 van richtlijn 2001/23, gelezen in samenhang met artikel 8 daarvan, kan niet aldus worden uitgelegd dat het de lidstaten toestaat maatregelen te nemen die weliswaar gunstiger zijn voor de werknemers, maar de vrijheid van ondernemerschap van de verkrijger in de kern kunnen aantasten. Gelet op een en ander moet op de drie vragen worden geantwoord dat artikel 3 van richtlijn 2001/23 aldus moet worden uitgelegd dat het zich verzet tegen bepalingen van een lidstaat op grond waarvan, bij overgang van een onderneming, de verkrijger gebonden is aan dynamische clausules die verwijzen naar collectieve overeenkomsten waarover wordt onderhandeld en die worden vastgesteld na de datum van overgang, wanneer die verkrijger niet de mogelijkheid heeft om deel te nemen aan de onderhandelingen over dergelijke na de overgang gesloten collectieve overeenkomsten.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 18-07-2013

Zaaknummer: C-426/11

RECHTSPRAAK

FNV Bondgenoten/X

Het op intranet aanbieden van de mogelijkheid om af te zien van de in de CAO Motorvoertuigbedrijf overeengekomen werkgelegenheidsdagen wordt aangemerkt als een beding dat strijdig is met de cao en is derhalve nietig

X, een autodealer heeft circa 750 werknemers in dienst. X is gebonden aan de CAO Motorvoertuigbedrijf. In artikel 59 van de cao is bepaald dat in de maand april 2013 een eenmalige uitkering wordt betaald van 1,5% of drie werkgelegenheidsdagen (24 uur) worden toegekend. X heeft haar medewerkers gevraagd af te zien van de werkgelegenheidsdagen. Via een link op het intranet van X kunnen medewerkers er voor kiezen afstand te doen van de werkgelegenheidsdagen. FNV stelt zich op het standpunt dat X hiermee in strijd handelt met de cao en vordert, kort gezegd, naleving van de cao.

De kantonrechter oordeelt als volgt: FNV stelt terecht dat een beding in de arbeidsovereenkomst tussen X en werknemer dat strijdig is met de cao met nietigheid bedreigd wordt. Vast staat dat de cao een minimum-cao is, waarvan alleen ten gunste van de werknemer kan worden afgeweken. Dat de werknemers zich via een intranetpagina akkoord verklaren met het afzien van de dagen is in wezen gelijk te stellen met een beding in de arbeidsovereenkomst om af te zien. Dit is niet in hun voordeel en dus nietig, ook als het om een voorwaardelijk afstand doen gaat en X de werknemers de gelegenheid geeft op hun aanvankelijke instemming terug te komen. Een nietig beding kan niet worden 'geheeld'. Het verweer van X dat zij in het algemeen de cao volgt en zelfs op onderdelen structureel aan werknemers meer toekent dan hetgeen waarop zij volgens de cao aanspraak kunnen maken, kan haar niet baten. Volgens vaste rechtspraak blijft een beding nietig, ook al zou de nakoming van het beding in samenhang met de nakoming van andere bedingen uit de arbeidsovereenkomst er toe leiden dat per saldo (ruimschoots) het cao-niveau wordt gehaald. Niet in geding is dat FNV en X jegens elkaar gehouden zijn de bepalingen in de cao te goeder trouw na te leven. FNV kan dan ook naleving daarvan voor de werknemers van X afdwingen. De vergelijking met de situatie waarop de uitspraak HR 19 december 1997, NJ 1998, 403, die door X is aangehaald, ziet, gaat niet op, nu het in die casus niet een nietig beding betrof, maar

een onjuiste toepassing van de daar aan de orde zijnde cao-bepaling. Nu het de werknemers niet vrij staat afstand te doen van de werkgelegenheidsdagen is het aannemelijk dat X wel in staat zal zijn hen deze dagen daadwerkelijk te laten opnemen. Een veroordeling daartoe kan dan ook worden uitgesproken. De vordering van FNV betreffende een voorschot op de schadevergoeding wordt afgewezen. FNV heeft slechts in algemene bewoordingen gesteld dat het gedrag van X voor haar tot schade leidt, maar heeft geen onderbouwing gegeven dat dit zich daadwerkelijk heeft voorgedaan. X betwist dit en betwist overigens het causaal verband. Toewijzing van een schadevordering in een bodemprocedure is op basis van de huidige stellingen onvoldoende aannemelijk.

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 17-07-2013

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2013:1738

Zaaknummer: 2079918/13-57

Rechters: M. Engelbert-Clarenbeek

Advocaten: A.A.M. Broos en A.C.G. Reezigt

Wetsartikelen: 59 CAO Motorvoertuigbedrijf en 12 WCAO

RECHTSPRAAK

Stichting Administratiekantoor Motek Medical/werknemer

***Aandelenoverdracht aan werknemer. Uitleg
administratievoorwaarden conform cao-norm. Werknemer, die zelf
zijn arbeidsovereenkomst heeft opgezegd, wordt aangemerkt als 'good
leaver'***

Werknemer is eind 2010 in dienst getreden van Motek Medical BV als chief executive officer. Onderdeel van het beloningspakket zijn aandelen. Bij brief van 27 april 2012 heeft werknemer zijn dienstverband opgezegd. Tussen Stichting Administratiekantoor Motek Medical en werknemer is in geschil of werknemer als 'good leaver' of als 'bad leaver' dient te worden aangemerkt.

De kantonrechter oordeelt als volgt: blijkens punt 7.3 van de akte van aandelenoverdracht en vaststelling administratievoorwaarden moet onder een 'good leaver' worden verstaan een werknemer die met toestemming van de vennootschap vertrekt of op verzoek van de vennootschap en met haar instemming vertrekt. Onder een 'bad leaver' moet worden verstaan een werknemer die op eigen initiatief en zonder toestemming van de vennootschap vertrekt.

Uitgangspunt dient te zijn dat ten aanzien van de arbeidsovereenkomst in principe door ieder der partijen steeds mag worden opgezegd. Dit beginsel geldt al vanaf 1907. Zie Kamphuisen (De collectieve en individuele arbeidsovereenkomst, Universitaire Pers Leiden, 1956) die de bevoegdheid op te zeggen zelfs 'het grote beginsel ten aanzien van arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd' noemt. Ten aanzien van de werknemer die opzegt is dit beginsel nog eens geaccentueerd, doordat het verbod voor de werknemer om de arbeidsverhouding op te zeggen ingevolge artikel 6 BBA sinds 1999 uit de wet is geschrapt. De werknemer kan niet gedwongen worden in dienst te blijven.

In dit geval dient het deel van de arbeidsovereenkomst tussen partijen dat is neergelegd in de administratievoorwaarden te worden uitgelegd via de zogenoemde cao-methode. Onvoldoende immers is gebleken dat de werknemer enige invloed zou kunnen uitoefenen op de tekst van de administratievoorwaarden. Uit de tekst van de administratievoorwaarden blijkt dat daarin voorkomen de begrippen 'medewerking', 'met haar instemming',

'overeenstemming' bereiken, en 'zonder toestemming' vertrekken. In het onderhavige geval gaat het om zonder toestemming vertrekken in verbinding met de term 'op eigen initiatief'. Naar het oordeel van de kantonrechter betekent dat dat, nadat de werknemer initiatief heeft getoond om weg te gaan, een reactie van de Stichting Administratiekantoor Motek Medical mag worden verwacht die, voordat het vertrek, - in dit geval de afloop van de opzegtermijn - is ingetreden, het gebrek aan toestemming duidelijk maakt. In dit geval is dat, in het kader van de tussen partijen in acht te nemen redelijkheid en billijkheid, te laat gebeurd. De werkgever heeft immers niet weersproken hetgeen de werknemer bij antwoord heeft aangevoerd ter zake de feitelijke gang van zaken na de opzegging. Het bovenstaande betekent dat de werknemer moet worden gezien als een 'good leaver' in de zin van de administratievoorwaarden.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 17-07-2013

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2013:2748

Zaaknummer: 837628 UC EXPL 12-16491

Rechters: J.J.M. De Laat

Advocaten: M.L. van Opijnen en F.I. Fehres

Wetsartikelen: 7.6 akte van aandelenoverdracht en vaststelling administratievoorwaarden en 6 BBA

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgever

Arbeidsongeschikte werknemer behoudt recht op ervaringstoeslag zolang hij passende arbeid blijft verrichten in het kader van re-integratie

Werknemer is op 22 april 1985 in dienst getreden bij X B.V. in de functie van kraanmachinist. Werknemer is in 2005 wegens arbeidsongeschiktheid uitgevallen. In het kader van re-integratie is werknemer in 2006 gaan werken als terreinchef. Er is overeengekomen is dat hij zijn ervaringstoeslag behoudt. In 2007 is hij ook voor deze werkzaamheden uitgevallen. Thans verricht werknemer passende werkzaamheden als chauffeur/algemeen medewerker. Partijen twisten over de vraag of werknemer ook voor deze (nog) lagere functie recht heeft op de ervaringstoeslag. De werkgever meent van niet, daar werknemer reeds het oude (veel hogere) loon ontvangt voor deze functie.

Het hof oordeelt als volgt: zolang de passende arbeid niet de bedongen arbeid is, heeft dat voor werkgever het nadelige gevolg dat zij in beginsel het salaris dient door te betalen voor de bedongen arbeid. Partijen hebben daarover immers geen andere afspraken gemaakt, en werkgever heeft zich niet op een beding als bedoeld in artikel 7:613 BW beroepen en evenmin op artikel 7:611 BW ter aanpassing van arbeidsvoorwaarden (vgl. het arrest Stoof/Mammoet, HR 11 juli 2008, LJN: BD1847). Werkgever heeft voorts niet onderbouwd dat de onderhavige arbeidsvoorwaarde bepaalt, dat het recht op de toeslag vervalt wanneer een reeds meer dan vijf jaar gediplomeerde kraanmachinist in een andere (passende) functie in haar dienst blijft. Het voorgaande brengt met zich mee dat het hof de vordering tot maandelijkse betaling van de ervaringstoeslag zal toewijzen.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 16-07-2013

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2013:5163

Zaaknummer: 200.106.323-01

Rechters: K.E. Mollema, M.E.L. Fikkers en H. de Hek

Advocaten: B. van Dijk en S.N.M. van Paassen-Pasch

Wetsartikelen: 7:629 BW, 7:613 BW en 7:628 BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/werkgever

Geen schending informatieplicht bij beëindiging dienstverband en verkoop onderdeel aan derden (mogelijk overgang van onderneming). Verkoop advocatenkantoor aan medewerkers levert geen overgang van onderneming op, indien geen goodwill is afgerekend/overgedragen. De enkele omstandigheid dat aan een collega-werknemer een vergoeding is betaald en aan werkneemster niet, levert geen misbruik op

Werkneemster is op 22 december 1994 bij de rechtsvoorganger van advocatenkantoor X in dienst getreden als boekhoudkundig medewerkster voor 16 uren in de week. X is een advocatenkantoor met twee vestigingen. De vestiging 1 van X is per 1 mei 2011 voortgezet door de advocaten A. en B. die voorheen hun praktijk aldaar uitvoerden in dienst van X. De vestiging 2 is voortgezet door mr. Z die op 4 februari 2011 zijn eigen eenmanszaak heeft opgericht, Advocatenkantoor Z. Op 1 maart 2011 is de maatschap X opgericht waarvan X sinds 12 april 2011 de enige maat is. Op 31 januari 2011 is tussen X en werkneemster een beëindigingsovereenkomst gesloten. Bij brief van 13 april 2011 heeft werkneemster de vernietiging van de beëindigingsovereenkomst ingeroepen. De kantonrechter heeft de vordering van werkneemster verworpen, omdat ruim van tevoren een beëindiging van haar arbeidsovereenkomst is aangekondigd, dat zij een bedenktijd heeft gehad alvorens de overeenkomst te ondertekenen en dat zij tevens in de gelegenheid is gesteld om deze overeenkomst met anderen te bespreken en om advies in te winnen. Tegen dit oordeel keert werkneemster zich in hoger beroep. Daarbij beroept werkneemster zich met name op het feit dat mogelijk sprake zou zijn van overgang van onderneming en X haar dat niet heeft verteld, alsmede dat een collega-werknemer wel een vergoeding heeft gekregen en zij niet.

Het hof oordeelt als volgt: allereerst oordeelt het hof dat het enkele feit dat een werkgever met verschillende werknemers verschillende afspraken maakt, niet met zich brengt dat de vaststellingsovereenkomst nietig is. Alleen als de verschillen onverklaarbaar groot worden, kan mogelijk sprake zijn van slecht werkgeverschap. Dat is in casu niet aan de orde.

Dat werkgever zou hebben verzwegen dat het voornemen bestond om de vestiging van het

kantoor te vestigingsplaats 1 aan de aldaar werkzame advocaten te verkopen, mist feitelijke grondslag. Werkneemster had derhalve met die wetenschap ook niet akkoord kunnen gaan met de vaststellingsovereenkomst. Waar werkgever meende dat een eventuele verkoop van kantoor vestigingsplaats 1 niet een overgang van een onderneming (als bedoeld in de artikelen 7:662 e.v. BW) zou zijn, valt niet te begrijpen waarom zij, door werkneemster slechts te vertellen van de voorgenomen verkoop, misbruik van omstandigheden heeft gemaakt of heeft gezwegen waar spreken plicht was. Bij de beantwoording van de vraag of er sprake is van overgang van een onderneming zijn immers alle omstandigheden van het geval van belang. In casu gaat het om een kleine advocatenmaatschap die één van de twee locaties wenst af te stoten en daartoe de activa (dossiers, kasten en bureaus) van die kantoorlocatie verkoopt aan de aldaar (vanuit die locatie) werkzame advocaten, die vervolgens onder eigen naam verder gaan met het bedienen van de cliënten die zij reeds in eigen portefeuille hadden. Dat goodwill is betaald, is gesteld noch gebleken. De feitelijk bestuurder van X zou de eigen onderneming blijven voortzetten vanuit de andere locatie en heeft dat feitelijk ook gedaan, waartoe ook weer nieuwe (maatschaps)verbanden zijn aangegaan. Werkneemster verrichtte werkzaamheden voor beide locaties. Of er onder die omstandigheden sprake is van een overgang van een onderneming als bedoeld in de artikelen 7:662 e.v. BW valt niet eenvoudig te beantwoorden en behoeft in de onderhavige procedure ook geen beantwoording nu de vordering van werkneemster niet is gebaseerd op artikel 7:663 BW.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 16-07-2013

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2013:5251

Zaaknummer: 200.110.116/01

Rechters: K.E. Mollema, J.M. der Rowel-van Linde en A.M. Koene

Advocaten: J.R. Bügel en J. de Ruiter

Wetsartikelen: 7:662 BW en 6:228 BW

RECHTSPRAAK

werknemer van Uitzendbureau X/inlener

Inlener die een situatie van onderbetaling heeft uitgelokt of deze voor haar profijtelijke situatie willens en wetens in stand heeft gehouden door uitzendkracht lager te belonen dan eigen werknemers, handelt onrechtmatig - want profiteert van wanprestatie van het uitzendbureau - jegens uitzendkrachten

Inlener exploiteert een chemische fabriek waarin grondstoffen worden geproduceerd die worden gebruikt bij de vervaardiging van zeer sterke kunstmatige vezels. Naast eigen werknemers, maakt inlener gebruik van uitzendkrachten. Zowel op grond van de ABU-cao als op grond van de bedrijfstak-cao van de inlener, dienen uitzendkrachten conform het de arbeidsvoorwaarden van de inlener te worden betaald. In de periode van 1 maart 2005 tot mei 2009 heeft werknemer als uitzendkracht van X in vijf ploegendienst verladingswerkzaamheden op de Binfill afdeling van inlener verricht. Hem is niet het inlenersloon, maar het veel lagere loon van X betaald. Werknemer heeft een loonvordering ingediend bij X. X is evenwel failliet gegaan, zodat werknemer zich thans tot de inlener wendt met een vordering uit onrechtmatige daad. Werknemer legt in appel aan zijn vordering ten grondslag dat de door X gepleegde wanprestatie (te weten: onderbetaling) een onrechtmatige daad van inlener jegens hem meebrengt. Volgens werknemer heeft inlener er onvoldoende op toegezien dat hij op gelijk niveau werd beloond als haar werknemers die dezelfde werkzaamheden verrichten.

Het hof oordeelt als volgt: het handelen met iemand terwijl men weet dat deze door dit handelen een door hem met een derde gesloten overeenkomst schendt, levert op zichzelf nog geen onrechtmatige daad jegens die derde op. Of een dergelijk handelen jegens die derde onrechtmatig is, hangt af van de omstandigheden van het geval (HR 23 december 2005, LJN: AU5682). Indien de belangen van een derde zo nauw zijn betrokken bij de behoorlijke uitvoering van de overeenkomst dat hij schade of ander nadeel kan lijden als een contractant in die uitvoering tekort schiet, kunnen de normen van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt meebrengen dat die contractant deze belangen dient te ontzien door zijn gedrag mede door die belangen te laten bepalen. Bij de beantwoording van

de vraag of deze normen zulks meebrengen zal de rechter de terzake dienende omstandigheden van het geval dienen te betrekken, zoals de hoedanigheid van alle betrokken partijen, de aard en strekking van de desbetreffende overeenkomst, de wijze waarop de belangen van de derde daarbij zijn betrokken, de vraag of deze betrokkenheid voor de contractant kenbaar was, de vraag of de derde erop mocht vertrouwen dat zijn belangen zouden worden ontzien, de vraag in hoeverre het voor de contractant bezwaarlijk was met de belangen van de derde rekening te houden, de aard en omvang van het nadeel dat voor de derde dreigt en de vraag of van hem kon worden gevergd dat hij zich daartegen had ingedekt, alsmede de redelijkheid van een eventueel aan de derde aangeboden schadeloosstelling (HR 24 september 2004, LJN: AO9o69 en HR 21 december 2012, LJN : BYo485). Op de inlener rust naar 's hofs oordeel geen verplichting erop toe te zien dat de loonsom die zij aan X betaalde, na aftrek van de opslag voor X, door deze laatste ook daadwerkelijk aan de ingeleende krachten werd doorbetaald. Inlener had geen zicht op deze concrete uitbetalingen en deze factor is voor haar ook moeilijk te beïnvloeden. Echter indien inlener, bijvoorbeeld door na te laten bij haar eigen cao passende afspraken over beloning met X te maken, een situatie van onderbetaling heeft uitgelokt of deze voor haar profijtelijke situatie willens en wetens in stand heeft gehouden, kan dit wel degelijk onrechtmatig handelen jegens werknemer opleveren. Onbetwist is dat de inroostering van de ingeleende verladers geheel in handen van inlener was. Inlener moet dus goed zicht hebben gehad op het totaal aantal uren dat de X-verladers bij haar aan het werk waren en zodoende moet het voor haar, ook indien X haar cumulatief of als aangenomen werk factureerde, duidelijk zijn geweest op welk uurtarief de (naar uit de stukken blijkt: wekelijkse) declaraties van X waren gebaseerd. Het hof gaat ervan uit dat haar dit slechts bij heel geringe verschillen kan zijn ontgaan. Van inlener mag, als professioneel werkgever en mede gelet op de omvang van haar onderneming ook verwacht worden dat zij dit soort gegevens expliciet in haar administratie verwerkt, al was het maar omdat zij aan haar eigen CAO-partners dient te kunnen verantwoorden dat haar werknemers niet door uitzendkrachten worden verdrongen. Voor de periode vanaf 2008 (toen zijn nadere afspraken gemaakt tussen X en inlener over de wijze van beloning) handelt inlener niet onrechtmatig als X werknemers feitelijk een lager loon heeft betaald, dan inlener aan X betaalde. Over de periode voor 2008 dient nadere bewijsvoering plaats te vinden. (Zie ook parallelzaak ECLI:NL:GHARL:2013:5160)

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 16-07-2013

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2013:5161

Zaaknummer: 200.103.763/01

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

Advocaten: R.A. Severijn en D. Kuijken

Wetsartikelen: 6:162 BW, ABU-cao en WAADI

RECHTSPRAAK

werkneemster/werkgever

Werkneemster heeft na ontslag op staande voet niet ondubbelzinnig afstand gedaan van het beroep op de vernietiging van het ontslag. Switch niet toegestaan. Afwijzingen vorderingen op grond van kennelijk onredelijk ontslag

Werkneemster is sinds 2004 in dienst als verzorgende. Op 1 november 2011 heeft zij zich ziek gemeld. Zij heeft geen gehoor gegeven aan diverse oproepen voor gesprekken over haar re-integratie, waarna werkgever het loon heeft opgeschort. Op 15 augustus 2012 is werkneemster op staande voet ontslagen, kort gezegd vanwege het zonder bericht niet verschijnen op afspraken, telefonische onbereikbaarheid en het niet reageren op voicemail en e-mails. Werkneemster heeft zich op 28 augustus 2012 op de vernietigbaarheid van het ontslag beroepen. Op 18 december 2012 heeft de kantonrechter de arbeidsovereenkomst voorwaardelijk ontbonden. Thans stelt werkneemster dat sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag en vordert schadevergoeding. Werkgever voert aan dat werkneemster niet ontvankelijk moet worden verklaard, omdat zij zich na het ontslag op staande voet heeft beroepen op de vernietigbaarheid daarvan.

De kantonrechter oordeelt als volgt: de werknemer heeft de bevoegdheid om terug te komen op haar beroep op vernietiging van het ontslag (HR 7 oktober 1994, NJ 1995, 171 onder het oude recht en HR 7 juni 2002, JAR 2002, 155). Hieraan is de voorwaarde verbonden dat ondubbelzinnig afstand wordt gedaan van het beroep op de vernietigbaarheid. Aan deze voorwaarde is in dit geval niet voldaan. Niet is gebleken dat werkneemster in de periode van 28 augustus 2012 tot de dagvaarding aan werkgever heeft bericht dat zij haar beroep op vernietiging niet meer wilde handhaven en daarvan afzag. Weliswaar heeft werkneemster in de dagvaarding een verklaring voor recht gevorderd dat de arbeidsovereenkomst kennelijk onredelijk is opgezegd, hetgeen impliceert dat werkneemster in de opzegging berust, maar tegelijkertijd heeft zij doorbetaling van loon gevorderd tot 18 december 2012. In de brief van 14 mei 2013 schrijft werkneemster nog wel dat zij feitelijk heeft berust in het ontslag, maar dat betekent nog niet dat ondubbelzinnig afstand van het beroep op vernietiging is gedaan. Dit geldt temeer daar zij de vordering tot betaling van loon tot 18 december 2012 heeft

gehandhaafd en niet ter zitting heeft ingetrokken. Dat komt er op neer dat zij het beroep op vernietiging handhaaft. Volgt afwijzing van de vorderingen.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 15-07-2013

Zaaknummer: 1414353 CV EXPL 13-4885

RECHTSPRAAK

werknemer/Haskoning Nederland BV

Artikel 6 BBA is niet van toepassing op uitgezonden werknemer, indien terugkeer naar Nederland niet waarschijnlijk is. Verduidelijking van het Nuon-arrest: terugvalcriterium nog steeds relevant, maar onderscheidcriterium is belangrijker

(Cassatieberoep van AR 2012-0613) Werknemer is sinds 1 april 1989 op grond van een arbeidsovereenkomst werkzaam geweest voor de besloten vennootschap IWACO B.V., onderdeel van Koninklijke Haskoning Groep. Sinds 1996 is werknemer uitgezonden naar Roemenië (en woont daar sindsdien). Op enig moment is werknemer benoemd tot Managing Director van de opgerichte vennootschap Haskoning Romania. Begin 2008 is verschil van inzicht ontstaan over de wijze waarop werknemer aan zijn functie invulling geeft. Partijen hebben vervolgens – zonder succes – onderhandeld over een beëindigingsregeling. Haskoning heeft uiteindelijk bij brief van 27 augustus 2008 de arbeidsovereenkomst met werknemer per 1 januari 2009 opgezegd. Haskoning heeft hiervoor voorafgaand aan de opzegging geen toestemming zoals bedoeld in het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 (hierna ook: BBA) gevraagd. Werknemer stelt zich op het standpunt dat Haskoning voor het beëindigen van de arbeidsovereenkomst toestemming als bedoeld in artikel 6 BBA behoeft. Nadat de kantonrechter de vordering van werknemer heeft toegewezen, oordeelde het hof dat het BBA in casu niet van toepassing was. Het hof oordeelde dat toepasselijkheid van Nederlands recht bij een arbeidsverhouding met internationale aspecten geen automatische toepasselijkheid van artikel 6 BBA inhoudt (Hoge Raad 8 januari 1971, NJ 1971, 129). Doorslaggevend is of de sociaal-economische belangen van de Nederlandse arbeidsmarkt bij de internationale arbeidsverhouding zijn betrokken. Nu er geen enkele band - anders dan toepasselijkheid van het Nederlandse recht op de overeenkomst - met Nederland was, kon het BBA niet van toepassing zijn. Tegen dit oordeel keert werknemer zich in cassatie.

De Advocaat-Generaal oordeelt als volgt: in het Nederlandse internationaal privaatrecht komt aan artikel 6 BBA de status van voorrangsregel toe, omdat het BBA de bescherming van de sociaal-economische verhoudingen in Nederland beoogt. De vraag of artikel 6 BBA van toepassing is op internationale arbeidsverhoudingen wordt bepaald door de eigen 'scope rule'

of 'reikwijdteregel'. De scope rule bakent de internationale reikwijdte van de voorrangsregel eenzijdig af en volgt voor artikel 6 BBA uit de rechtspraak van de Hoge Raad. De scope rule van artikel 6 BBA vereist niet dat de arbeidsverhouding wordt beheerst door Nederlands recht. Dit betekent dat artikel 6 BBA van toepassing kan zijn ook wanneer de arbeidsovereenkomst door vreemd recht wordt beheerst, terwijl de toepasselijkheid van Nederlands recht op de arbeidsovereenkomst nog niet betekent dat artikel 6 BBA eveneens van toepassing is. Het antwoord op de vraag of artikel 6 BBA van toepassing is, hangt af van de mate van betrokkenheid van de sociaal-economische verhoudingen in Nederland en in het bijzonder de belangen van de Nederlandse arbeidsmarkt bij de onderwerpelijke arbeidsovereenkomst en het ontslag. Zoals in het NUON-arrest van 24 februari 2012 is overwogen, moet worden aangenomen dat het BBA nog steeds strekt 'ter bescherming van de sociaal-economische verhoudingen in Nederland, waarbij met name het in artikel 6 van dat besluit gestelde vereiste zowel in het belang van de betrokken werknemers als van de Nederlandse arbeidsmarkt sociaal ongerechtvaardigd ontslag beoogt te voorkomen'. Op dit punt wordt de maatstaf herhaald die in eerdere rechtspraak van de Hoge Raad was geformuleerd. De maatstaf voor toepassing van artikel 6 BBA in internationale gevallen is sinds het arrest van 24 februari 2012 nog steeds gelegen in de betrokkenheid van de sociaal-economische verhoudingen in Nederland bij het gegeven ontslag. Bij de beoordeling van die betrokkenheid is de vraag of te verwachten is dat de werknemer na zijn ontslag zal terugvallen op de Nederlandse arbeidsmarkt - het 'terugvalcriterium' - minder zwaarwegend geworden. Het antwoord op de vraag naar de toepasselijkheid van artikel 6 BBA ligt thans vooral besloten in het antwoord op de vraag of de situatie van de werknemer die de ontslagbescherming inroept zich onvoldoende onderscheidt van die van andere werknemers die werkzaam zijn in Nederland en die zonder meer de ontslagbescherming genieten ('het onderscheidcriterium'). Is sprake van een duidelijk verschil met in Nederland werkzame werknemers die de ontslagbescherming genieten, dan vindt artikel 6 BBA in internationale gevallen geen toepassing. De betrokkenheid van de sociaal-economische verhoudingen in Nederland bij het gegeven ontslag en met name het 'onderscheidcriterium' zal aan de hand van alle feiten en omstandigheden van het geval (waaronder het eventueel terugvallen op de Nederlandse arbeidsmarkt) ten tijde van de ontslagaanzegging, moeten worden bepaald. De aangevoerde klachten - veelal van feitelijke aard - kunnen volgens de A-G niet tot cassatie leiden. Een interessante klacht van de werknemer was de stelling dat Haskoning enkel de 'detachering' had beëindigd, maar niet de daaraan ten grondslagliggende arbeidsovereenkomst. Hierdoor zou het internationale aspect van de arbeidsverhouding zijn komen te ontvallen, zonder dat de arbeidsovereenkomst was beëindigd. De A-G verwerpt deze klacht en oordeelt dat beëindiging van de detachering ook beëindiging van de arbeidsovereenkomst inhield.

De Hoge Raad oordeelt als volgt. De in het middel aangevoerde klachten kunnen niet tot

cassatie leiden. Dit behoeft, gezien artikel 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu de klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 12-07-2013

ECLI: ECLI:NL:HR:2013:BZ7389

Zaaknummer: 12/02675

Rechters: E.J. Numann, C.A. Streefkerk, C.E. Drion, G. Snijders en G. de Groot

Advocaten: J.C.J. Smallenbroek en D.M. de Knijff

Wetsartikelen: 6 BBA

RECHTSPRAAK

werkgever/werknemer

Seksuele intimidatie leidinggevende leidt niet tot een subnorm voor ontslag op staande voet. Ongewenst zoenen van werknemers is naar zijn aard een vorm van fysiek gedrag met een seksuele connotatie dat kan leiden tot seksuele intimidatie

(Cassatieberoep van AR 2012-0354) Werknemer (62 jaar) is op staande voet ontslagen nadat twee in de schoonmaak werkzame medewerkers zich die dag hadden beklagd over seksuele intimidatie door werknemer. Werknemer zou de dames meermalen en ongevraagd een zoen op de wang hebben gegeven en een van de dames in de billen geknepen. Nadat de kantonrechter het ontslag op staande voet rechtsgeldig had bevonden, oordeelde het hof in hoger beroep dat weliswaar sprake was van seksuele intimidatie van een leidinggevende op zijn medewerkers, maar dat het ontslag op staande voet - als zijnde een ultimatum remedium middel - te zwaar was. Dit oordeel werd mede ingegeven vanwege de leeftijd van werknemer en het feit dat hij nooit eerder was gewaarschuwd door de werkgever. Tegen dit oordeel keert werkgever zich in cassatie met onder meer de volgende klacht: volgens werkgever behoort, in een geval als hier aan de orde, daarnaast als vuistregel of sub-regel te gelden dat (herhaaldelijk gepleegde) seksuele intimidatie in beginsel, behoudens bijzondere omstandigheden, door de rechter moet worden aangemerkt als dringende reden voor ontslag. Ook werknemer keert zich tegen het oordeel van het hof in cassatie. Hij stelt dat ten onrechte is geoordeeld dat sprake is van seksuele intimidatie omdat de seksuele connotatie ontbreekt.

De Advocaat-Generaal concludeert als volgt: allereerst overweegt de A-G dat subregels of vuistregels onverlet laten dat alsnog aan 'alle omstandigheden van het geval' moet worden getoetst. In die zin hebben subregels geen of weinig waarde. Evenmin kan de A-G 'seksuele intimidatie' lezen in de voorbeeldcatalogus van artikel 7:678 BW. Opnieuw overweegt hij dat ook deze catalogus slechts voorbeelden betreffen. Het oordeel van het hof dat enerzijds duidelijk maakt dat sprake is van seksuele intimidatie, maar uiteindelijk in de afweging van alle omstandigheden van het geval concludeert dat het ontslag op staande voet een te zwaar middel is, getuigt niet van een verkeerde rechtsopvatting. In casu hadden andere sanctie toegepast kunnen worden.

Wat het incidentele cassatieberoep betreft, concludeert de A-G als volgt: het hof heeft aangenomen dat de werknemer met de ongewenste zoenen geen seksuele intenties heeft gehad en slechts zijn genegenheid wilde tonen. Niettemin kon het hof tot het oordeel komen dat ongewenste zoenen op het werk, buiten gelegenheden als verjaardagen e.d., naar hun aard een vorm van fysiek gedrag met een seksuele connotatie zijn. Het hof heeft overwogen dat de ongewenste zoenen bij de ontvanger kunnen leiden tot een onveilig gevoel, zeker wanneer zij worden gegeven door een leidinggevende. Dat is een objectieve vaststelling: indien het initiatief tot zoenen uitgaat van de leidinggevende kan de betrokken ondergeschikte, uit vrees voor repercussies in de arbeidssfeer indien zij deze zou weigeren, zich onveilig voelen op haar werk. Het hof heeft geconstateerd dat dit effect niet alleen in theorie bestaat, maar zich ook heeft verwezenlijkt, in die zin dat de klaagsters zich onvrij voelden en de werknemer probeerden te ontlopen. Daarmee heeft het hof een juiste maatstaf aangelegd. Het hof heeft, anders dan de werknemer stelt, de elementen van artikel 7:646 BW niet slechts beschouwd als eigen aan de bewezen verklaarde gedraging: het hof heeft deze uitdrukkelijk en afzonderlijk in zijn beoordeling betrokken.

De Hoge Raad oordeelt als volgt. De in het middel aangevoerde klachten kunnen niet tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien artikel 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu de klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling. Nu het middel in het principale beroep faalt, komt het voorwaardelijk ingestelde incidentele beroep niet aan de orde.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 12-07-2013

ECLI: ECLI:NL:HR:2013:CA1967

Zaaknummer: 12/02915

Rechters: A.M.J. van Buchem-Spapens, F.B. Bakels, A.H.T. Heisterkamp, M.A. Loth en C.E. Drion

Advocaten: P.A. Ruig, S.F. Sagel en M.J. van Basten Batenburg

Wetsartikelen: 7:646 lid 8 BW, 7:677 BW en 7:678 BW

RECHTSPRAAK

**werknemer/WEA Randstad Accountants & Adviseurs
B.V.**

Ontbinding arbeidsovereenkomst op verzoek werknemer, nadat werkgever een eerder ingediend ontbindingsverzoek (vergoeding € 105.000) heeft ingetrokken. Werknemer wordt verweten dat hij niet wenst mee te werken aan terugkeer in zijn oude functie, zodat een lagere vergoeding (€ 45.000) wordt toegekend

Werknemer is sinds 1990 in dienst van WEA, een accountantskantoor. Tussen partijen is verschil van inzicht ontstaan over het functioneren van werknemer. Op verzoek van WEA is de arbeidsovereenkomst op 1 mei 2013 ontbonden onder toekenning van een vergoeding van € 105.000 bruto. WEA heeft het ontbindingsverzoek vervolgens ingetrokken. Werknemer is bericht dat WEA zijn terugkeer positief inziet en heeft hem begeleiding aangeboden. De bedrijfsarts heeft vastgesteld dat van arbeidsongeschiktheid geen sprake is. Thans verzoekt werknemer ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Hij stelt dat hij niet is ondersteund bij zijn terugkeer en dat een vruchtbare samenwerking niet meer mogelijk is.

De kantonrechter oordeelt als volgt: nu werknemer zelf wenst dat er een einde komt aan het dienstverband, wordt de arbeidsovereenkomst ontbonden. Het verzoek om een vergoeding toe te kennen, dient anders te worden beoordeeld dan wanneer het initiatief voor de ontbinding van WEA zou zijn uitgegaan. Van de wijziging van de omstandigheden valt aan WEA een verwijt te maken dat volledig in haar risicosfeer ligt. Niet is komen vast te staan dat het door WEA gestelde disfunctioneren ooit voldoende helder is gemaakt aan werknemer, laat staan dat werknemer een verbetertraject is geboden. Los van dit verwijt aan WEA, is thans gebleken dat WEA, voor en nadat zij haar verzoek had ingetrokken, werknemer in staat heeft gesteld zijn eigen functie weer te gaan uitoefenen. Werknemer wordt in dat verband verweten dat hij niet positief wenste mee te werken aan terugkeer in zijn eigen functie, terwijl WEA serieuze pogingen voor die terugkeer ondernam. Zo heeft werknemer niet willen meewerken aan mediation. Alle genoemde feiten en omstandigheden tegen elkaar afwegende doet een vergoeding van € 45.000 bruto het meeste recht aan de situatie.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 10-07-2013

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2013:6358

Zaaknummer: 603657 \ AO VERZ 13-210

Rechters: F.J.P. Veenhof

Advocaten: J.P. Dikker

Wetsartikelen: 7:685 BW

RECHTSPRAAK

werkgeefster/werknemer

Het zonder overleg met ondernemingsraad en/of vakbond outsourcen van ICT-werkzaamheden is in strijd met het goed werkgeverschap. Bedrijfseconomische omstandigheden nopen niet tot het vervallen van de functie van ICT-manager. Afwijzing ontbindingsverzoek

Werknemer is sinds 2009 in dienst, laatstelijk als ICT-manager. Als gevolg van slechte resultaten heeft werkgeefster besloten tot herstructurering van de organisatie. Besloten is om de ICT-werkzaamheden te outsourcen. Hierdoor is de functie van werknemer komen te vervallen. Voor werknemer is geen andere passende functie beschikbaar. Werknemer heeft zich op 17 april 2013 ziek gemeld met burn-out klachten. Werkgeefster verzoekt thans ontbinding van de arbeidsovereenkomst onder toekenning van een vergoeding van € 22.000.

De kantonrechter oordeelt als volgt: dat sprake is van bedrijfseconomische omstandigheden die ertoe nopen dat de functie van werknemer komt te vervallen, is onvoldoende onderbouwd. De beslissing om de ICT-werkzaamheden te outsourcen is een puur eenzijdige geweest. Ondanks dat werkgeefster gezien de omvang van haar organisatie verplicht is een ondernemingsraad te hebben, heeft zij geen ondernemingsraad ingesteld. Omtrent de herstructurering heeft dan ook geen advies gevraagd kunnen worden aan de ondernemingsraad. Evenmin heeft overleg of afstemming plaatsgevonden met de vakbonden. Dit getuigt niet van goed werkgeverschap. Voorts is in het licht van het goed werkgeverschap niet begrijpelijk dat werkgeefster, ondanks dat zij in december 2012 al wist dat de ICT-werkzaamheden mogelijkerwijs geoutsourced zouden worden - waardoor de functie van werknemer zou komen te vervallen -, niet heeft gewacht met het aanstellen van een nieuwe Facility Manager, zodat werknemer die functie zou kunnen vervullen. Dit heeft te meer voor de hand gelegen nu werknemer al eerder facility-werkzaamheden heeft verricht. Verder komt de wijze van handelen van de bedrijfsarts onbegrijpelijk voor. Zij heeft kennelijk direct vastgesteld dat sprake is van een arbeidsconflict, terwijl beide partijen zich op het standpunt stellen dat daarvan geen sprake is en ook de verzekeringsarts heeft vastgesteld dat werknemer arbeidsongeschikt is. Er volgt een afwijzing van het ontbindingsverzoek.

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 05-07-2013

ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2013:5774

Zaaknummer: 902608

Rechters: J.P.M. van der Ham

Advocaten: E.H.J. van Gerven en S.I. Witkamp

Wetsartikelen: 7:685 BW en 7:611 BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/werkgever

Reorganisatie leidt niet tot gewijzigde omstandigheden voor functiewijzing medewerkster administratie. Werkneemster komt op grond van afspiegelingsbeginsel niet voor ontslag in aanmerking en maakt aanspraak op administratieve functie op nieuwe afdeling

Werkneemster is sinds 1984 in dienst. Sinds 2003 is zij werkzaam als medewerkster administratie. Als gevolg van een reorganisatie is er een nieuwe centrale afdeling administratie opgericht. Werkneemster is aangemerkt als medewerkster reserveringen en is boventallig verklaard. De door werkgever aangevraagde ontslagvergunning is geweigerd, omdat werkneemster als medewerkster administratie dient te worden aangemerkt en bij juiste toepassing van het afspiegelingsbeginsel in dienst hoor te blijven. Werkneemster is vervolgens medegedeeld dat haar functie is komen te vervallen en dat zij voortaan werkzaam zou zijn als medewerkster debiteurenbeheer voor 3 uur per dag en medewerkster hostess voor 3,5 uur per dag. Bovendien zal zij voortaan om 8.00 uur moeten beginnen met werken in plaats van om 8.30 uur. Werkneemster gaat hiermee niet akkoord en stelt dat werkgever verplicht is haar een passende administratieve functie aan te bieden op de centrale afdeling administratie.

De kantonrechter oordeelt als volgt: voor de reorganisatie was werkneemster al belast met de taak debiteurenbeheer, maar de functie medewerkster hostess is nieuw voor haar. Het aanbod van werkgever houdt derhalve een gedeeltelijke wijziging van haar functie in. Gelet op de overgelegde producties en de toelichting ter zitting is voldoende aannemelijk dat werkneemster voorafgaand aan de reorganisatie hoofdzakelijk werkzaam was als medewerkster administratie. Gebleken is, dat er thans nog steeds administratieve werkzaamheden zijn die op centraal dan wel decentraal niveau gedaan moeten worden en die werkneemster gelet op haar kennis en ervaring zou kunnen verrichten. Gelet hierop moet worden geoordeeld dat er als gevolg van de reorganisatie geen sprake is van gewijzigde omstandigheden die een wijziging van de functie van werkneemster noodzakelijk maken. Het gegeven dat er binnen de centrale afdeling administratie slechts twee functies zijn voor medewerkers administratie en dat deze functies reeds door mevrouw Z en de heer E worden bekleed, kan in dit verband niet als een relevante omstandigheid worden aangemerkt, nu het UWV heeft geoordeeld dat op

grond van het afspiegelingsbeginsel zeer waarschijnlijk mevrouw Z als boventallig had moeten worden aangemerkt. Werkneemster is niet op grond van goed werknemerschap gehouden de functie van medewerker hostess te aanvaarden en maakt aanspraak op een volledig administratieve functie op de centrale afdeling administratie.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 03-07-2013

Zaaknummer: 2034925 UV EXPL 13-185 MS/4185

RECHTSPRAAK

werknemer/Centrum voor Vrijwillige en Professionele Maatschappelijke Dienstverlening (CVD)

Overgang van onderneming na hersubsidiëring door Gemeente Rotterdam waardoor De Heuvel in nieuwe - centrale - structuur van CVD is opgenomen. Behoud van identiteit op grond van Klarenberg- arrest (behoud van functionele band)

Werkneemster is sinds 2006 in dienst van 'De Heuvel', Adviesbureau voor jeugd- en jongerenwerk te Rotterdam. Volgens werkneemster is de onderneming van De Heuvel inclusief alle andere werknemers, producten, diensten en de bijbehorende subsidie van de Gemeente Rotterdam per 1 januari 2013 overgegaan naar CVD onderdeel 'Vrijwilligerswerk Rotterdam'. Uit hoofde van overgang van onderneming vordert zij toelating tot werk en loon. CVD stelt zich op het standpunt dat sprake is geweest van een nieuw gemeentebestuur dat heeft geleid tot centralisatie van verschillende activiteiten en dat geen behoud van identiteit kan worden aangenomen in de nieuwe structuur.

Het hof oordeelt als volgt: CVD heeft in verschillende toonaarden bezongen dat de nieuwe stedelijke Vrijwilligerscentrale, althans CVD, iets heel anders is of doet dan De Heuvel. Van aanbodgericht naar vraaggericht, geen/wél baliefunctie (in een openbaar toegankelijk gebouw), front- en backoffice, van uitsluitend jeugd- en jongerenwerk naar alle doelgroepen. De medewerkers zullen in een multidisciplinair team breed inzetbaar moeten zijn. Het hof ziet deze veranderingen wel, maar dat neemt niet weg dat belangrijke activiteiten van De Heuvel - hiervoor wel kort gekarakteriseerd als die activiteiten waarvoor de gemeente nog tijdelijk subsidie verstrekke - 'ergens in CVD' verricht zullen blijven worden: CVD heeft dat niet gemotiveerd weersproken. Er is met andere woorden sprake van voortzetting van de economische activiteit van De Heuvel. CVD heeft naar het voorlopig oordeel van het hof ook niet een beperkt deel van de taken/activiteiten van De Heuvel overgenomen, immers dat correspondeert niet met de overname van het hele personeelsbestand met uitzondering van werkneemster. CVD heeft weliswaar aangevoerd dat alle adviseurs in de nieuwe organisatie, waaronder de vroegere adviseurs van De Heuvel, bre(e)d(er) inzetbaar moeten worden maar

niet dat zij meer medewerkers van De Heuvel heeft overgenomen dan de taken/activiteiten waarvoor zij werkzaam waren. Het komt het hof voorshands voor dat daarmee zeker niet gesproken kan worden van niet-gelijkwaardige functies. Bij het verweer dat er geen overgang van onderneming is (mede) omdat de identiteit van De Heuvel niet bewaard is gebleven bij de Vrijwilligerscentrale/CVD, verliest CVD uit het oog dat, blijkens het Klarenbergarrest (HvJ 12 februari 2009, LJN BH3637) een wijziging van organisatorische structuur niet in de weg staat aan toepassing van 'de nuttige werking van richtlijn 2001/23.' Daarbij komt dat CVD in dit kort geding onvoldoende gemotiveerd heeft weersproken dat de verschillende factoren die 'De Heuvel tot De Heuvel maakten' en door werkneemster aan haar vordering ten grondslag zijn gelegd terugkeren in CVD. In dit verband valt op dat - naast de factoren mensen, producten, diensten, subsidie, doelgroep jeugd en jongeren (klanten dus) - CVD de ter zitting van het hof uitdrukkelijk herhaalde stelling van werkneemster dat het documentatiecentrum en bibliotheek van De Heuvel meegegaan zijn, niet meer weersproken heeft. En dat de functionele band tussen de verschillende factoren verbroken is, is in dit kort geding onvoldoende gemotiveerd gesteld.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 02-07-2013

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2013:2246

Zaaknummer: 200.122.582-01

Rechters: J.W. van Rijkom, V. Disselkoen en A.G. Scheele-Mülder

Advocaten: D.A. Wahid-Manusama en L.N. Schallenberg

Wetsartikelen: 7:662 BW en 7:663 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Stichting Unicoz Onderwijsgroep

Ontslag op staande voet docent wegens toekennen en invoeren van onjuiste cijfers. Het oordeel Commissie van Beroep VO is niet bindend. Het ontslag op staande voet wordt vol getoetst en rechtsgeldig bevonden

Werknemer is sinds 2010 in dienst van Unicoz als leraar. Op de arbeidsovereenkomst is de CAO Voortgezet Onderwijs (hierna: CAO-VO) van toepassing. Sinds maart 2012 is werknemer een aantal keer aangesproken op tekortkomingen in zijn functioneren. Op 6 juni 2012 heeft hij een berisping gekregen wegens plichtsverzuim. Op 4 juli 2012 heeft Unicoz werknemer op staande voet ontslagen. Als reden voor het ontslag heeft Unicoz aangegeven - heel kort samengevat - dat werknemer voor diverse leerlingen in meerdere klassen onjuiste cijfers heeft gegeven en ingevoerd in Magister en cijfers voor niet bestaand of gemaakt werk heeft gegeven. Werknemer heeft bij de Commissie van Beroep beroep ingesteld tegen de berisping en het ontslag op staande voet. Beide beroepen zijn gegrond verklaard. De arbeidsovereenkomst is door de Kantonrechter Delft voorwaardelijk ontbonden zonder toekenning van een vergoeding. Thans vordert werknemer primair voor recht te verklaren dat het ontslag van 4 juli 2012 (ver)nietig(d) is. Hij stelt zich onder meer op het standpunt dat Unicoz gebonden is aan de uitspraken van de Commissie van Beroep. Unicoz betwist dit. Onder verwijzing naar jurisprudentie (onder meer het zogenaamde Amghane arrest van de Hoge Raad) voert zij aan, dat wil een uitspraak van de Commissie voor beide partijen gelden als een bindend advies, dat dan vereist is dat van een dergelijke overeenkomst 'ondubbelzinnig' moet blijken. Daarvan is volgens Unicoz geen sprake.

De kantonrechter oordeelt als volgt: het verweer van Unicoz slaagt. De uitspraak van de Commissie dient niet te worden aangemerkt als een bindend advies. De artikelen 51 lid 3 WMO en 19 lid 4 CAO-VO zijn bekostigingsvoorwaarden en geen arbeidsvoorwaarden. Werknemer kan op grond daarvan geen rechten jegens Unicoz ontlenen. De beslissing van Unicoz om werknemer op staande voet te ontslaan, dient derhalve vol getoetst te worden.

De kantonrechter is - overigens evenals de Commissie - van oordeel dat objectief bezien zich

in casu een dringende reden voordoet. Unicoz is door de handelwijze van werknemer geraakt in haar kerntaak: het opleiden van leerlingen en de mogelijkheid daarover op een betrouwbare manier verantwoording af te kunnen leggen aan de leerlingen, ouders en de inspectie. Het is daarbij niet relevant of werknemer bij het onjuist invoeren van de cijfers opzettelijk heeft gehandeld, nu Unicoz er immers zonder meer op moet kunnen vertrouwen, dat het invoeren/verwerken en de totstandkoming van de cijfers op een correcte en zorgvuldige wijze geschiedt. Daarvan is echter geen sprake geweest. De kantonrechter is voorts van oordeel - overigens: anders dan de Commissie - dat de aan werknemer verweten gedragingen een subjectieve dringende reden voor Unicoz opleverden. Unicoz heeft als werkgever immers binnen bekwame tijd nadat zij het aan werknemer verweten handelen heeft vastgesteld, werknemer met onmiddellijke ingang ontslagen. Unicoz achtte de dringende reden dus (subjectief) dringend en zij heeft daarom kennelijk de geldende opzegtermijn niet in acht willen nemen. Afwijzing van de vorderingen volgt.

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 27-06-2013

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2013:8797

Zaaknummer: 1231351/13-11386

Rechters: J. van der Windt

Advocaten: J.A. Keijser en J.W. Janse-Velema

Wetsartikelen: 7:677 BW en 7:678 BW

RECHTSPRAAK

Hekwerk Lisse Productie B.V./werknemer

Ontbinding arbeidsovereenkomst productiemedewerker wegens reorganisatie. Afwijking afspiegelingsbeginsel ten gunste van twee collega's leidt ertoe dat werknemer boventallig is geworden. Er is geen sprake van een uitwisselbare functie

Werknemer (40 jaar) is sinds 2004 in dienst van Hekwerken Lisse Productie. Hij is werkzaam als productiemedewerker. In december 2012 heeft het UWV de wegens bedrijfseconomische redenen aangevraagde ontslagvergunning geweigerd. Het UWV heeft geoordeeld dat andere functies uitwisselbaar zijn met de functie van werknemer. Thans verzoekt Hekwerken Lisse Productie ontbinding van de arbeidsovereenkomst.

De kantonrechter oordeelt als volgt: de noodzaak om te reorganiseren is voldoende aannemelijk gemaakt. Anders dan werknemer stelt, is de functie van productiemedewerker niet onderling uitwisselbaar met de door werknemer genoemde functies van montagemedewerker of bediener van de lasrobot. De opleidingsvereisten voor beide functies verschillen. Vaststaat dat werknemer niet voldoet aan de formele functievereisten voor montagemedewerker. Daarnaast is het fabriceren van hekwerken en monteren van hekwerken een andere vaardigheid en verschillen de werkomstandigheden zodanig dat daarvoor andere vaardigheden vereist zijn. Wat betreft het bedienen van de lasrobot heeft Hekwerken Lisse Productie voldoende aannemelijk gemaakt dat ook deze functie niet uitwisselbaar is met die van productiemedewerker of montagemedewerker, aangezien met de lasrobot zeer gespecialiseerde lastechnieken kunnen worden toegepast, waarvoor een specifieke kennis en (interne en externe) opleiding nodig is. Hekwerken Lisse Productie heeft uit de functie en leeftijdscategorie van werknemer twee medewerkers voor ontslag voorgedragen en niet één uit de leeftijdscategorie 55+. Afwijking van het afspiegelingsbeginsel ten gunste van deze twee werknemers uit de categorie 55+ is, gelet op een handicap en de mogelijkheid vervroegd met pensioen te kunnen gaan, gerechtvaardigd. Werknemer is derhalve boventallig, zodat de arbeidsovereenkomst wordt ontbonden. Er wordt een vergoeding toegekend met C=1 (€ 19.430,76 bruto). Het habe nichts-verweer is onvoldoende door Hekwerken Lisse Productie onderbouwd.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 25-06-2013

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2013:6114

Zaaknummer: 600606 / AO VERZ 13-154

Rechters: W. Aardenburg

Advocaten: A.M. Wuisman en M.G. van Dijken

Wetsartikelen: 7:685 BW en 4:2 Ontslagbesluit

RECHTSPRAAK

Stork Prints B.V./A c.s.

Geschil betreffende arbeidsovereenkomst wordt verwezen naar de kantonrechter. Forumkeuze inhoudende dat het geschil wordt beslist door een kamer voor andere zaken dan kantonzaken is niet geldig

Tussen Stork enerzijds en A en B anderzijds is een geschil ontstaan. In het tussenvonnis is overwogen dat de zaak in reconventie een geschil betreffende een arbeidsovereenkomst is, ten aanzien waarvan verwijzing nodig is naar een kamer voor kantonzaken. In hun aktes na tussenvonnis hebben partijen, over en weer, het standpunt betrokken dat sprake is van een forumkeuze, die inhoudt dat beide partijen ervoor hebben gekozen dat de zaken in conventie en in reconventie samen worden behandeld en beslist door een kamer voor andere zaken dan kantonzaken.

De rechtbank oordeelt als volgt: het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) biedt geen basis voor een forumkeuze in de door partijen bedoelde zin. De zaak in reconventie moet worden verwezen. Dit staat niet ter vrije bepaling van partijen. Hoewel aan Stork kan worden toegegeven dat het ongelukkig is dat deze verwijzing pas in dit stadium plaatsvindt, terwijl daarover bij uitstek tijdens de comparitie van partijen een beslissing had kunnen worden genomen, kan het oordeel op grond van de wet niet anders luiden. Artikel 71 Rv houdt namelijk geen discretionaire bevoegdheid in, maar schrijft dwingend voor dat de zaak wordt verwezen indien een zaak verder moet worden behandeld en beslist door de kantonrechter. Nu beide partijen van mening zijn dat uit proceseconomische overwegingen de zaken in conventie en in reconventie door dezelfde rechter dienen te worden behandeld en beslist, waarin besloten ligt dat volgens hen de samenhang tussen de vorderingen zich tegen afzonderlijke behandeling verzet, en zij eenstemmig (subsidiar) om verwijzing van de zaken naar de kantonrechter vragen, zal de rechter partijen daarin volgen.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 19-06-2013

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2013:4395

Zaaknummer: C/13/510820 / HA ZA 12-203

Rechters: M.M. Korsten-Krijnen

Advocaten: M.J. de Best en V.N. van Waterschoot

Wetsartikelen: 71 Rv

RECHTSPRAAK

BVR Bouw Rotterdam /werknemers

Contractuele bepaling dat datum indiensttreding vorige werkgever geldend is, dient werkgever te respecteren ook als het UWV (in het kader van afspiegeling) uitgaat van datum feitelijke werkzaamheden nieuwe werkgever. Dat de oude datum is opgenomen vanwege een voorgenomen - maar nimmer gerealiseerde - overname van de oude werkgever, maakt het voorgaande niet anders

Werknemers zijn allen in dienst geweest van Roos Bouw B.V. (hierna: Roos Bouw). Vooruitlopend op een voorgenomen overname van Roos Bouw door BVR Bouw Roosendaal, zijn werknemers per 24 september 2007 bij laatstgenoemd bedrijf in dienst getreden. In hun arbeidsovereenkomsten staat in de considerans dat de datum van indiensttreding de datum van Roos Bouw is. De overname van Roos Bouw heeft uiteindelijk nimmers plaatsgevonden. In 2010 zijn de arbeidsovereenkomsten met werknemers opgezegd wegens bedrijfseconomische redenen. De in acht genomen opzegtermijn gaat uit van datum indiensttreding 24 september 2007. Werknemers stellen zich evenwel op het standpunt dat uit de considerans van hun arbeidsovereenkomst blijkt dat de feitelijke indiensttreding bij Roos Bouw doorslaggevend is. BVR stelt zich op het standpunt dat de woorden uit de considerans waren bedoeld in de context van de voorgenomen overgang van Roos Bouw. Nu dit laatst niet heeft plaatsgevonden, komt aan deze woorden geen betekenis toe. Voorts zijn werknemers niet ontvankelijk ex artikel 7:683 BW.

Het hof oordeelt als volgt: anders dan BVR meent, is in casu geen sprake van een vordering uit hoofde van artikel 7:681 BW, maar van een verkeerde toepassing van het geldende Sociaal Plan. De vorderingen zijn derhalve niet verjaard (artikel 7:683 BW). De kernvraag is of werknemer met recht een beroep toekomen op de data in de considerans van hun overeenkomst, dan wel dat als uitgangspunt de feitelijke datum indiensttreding bij BVR heeft te gelden. Toen de bewuste arbeidsovereenkomsten werden afgesloten, zat bij BVR Bouw Roosendaal de bedoeling voor de bedrijfsactiviteiten van Roos Bouw en (een aantal van) haar werknemers over te nemen. Tegen die achtergrond is BVR Bouw Roosendaal (ondermeer) met

werknemers arbeidsovereenkomsten aangegaan en is in de considerans van die verschillende arbeidsovereenkomsten, steeds de 'Roos Bouw'-datum genoemd als de datum waarop de betreffende werknemer bij werkgever in dienst getreden is. De aldus uitgedrukte en gecommuniceerde bedoeling om met betrekking tot de betreffende werknemers de werkgeversverplichtingen van Roos Bouw over te nemen, is zonder enig voorbehoud gemaakt. Uit niets blijkt dat werknemers, ten tijde van het sluiten van hun arbeidsovereenkomst met BVR Bouw Roosendaal, zouden hebben moeten begrijpen dat de bereidheid van BVR Bouw Roosendaal de rechten die werknemers ontleenden aan hun arbeidsovereenkomst met Roos Bouw over te nemen, slechts gold indien de overname van Roos Bouw door BVR Bouw Roosendaal ook daadwerkelijk gerealiseerd zou worden en dat bij het achterwege blijven daarvan die toezegging zou komen te vervallen. In dit verband oordeelt het hof nog van belang dat werknemers hebben gesteld dat zij goede kansen op de arbeidsmarkt hadden maar dat BVR Bouw Roosendaal hen zo snel mogelijk wilde contracteren en hen daarom het aanbod gedaan had om de Roos-dienstjaren mee te nemen. Juist dat aanbod hebben werknemers, naar zij stellen, er toe gebracht een arbeidsovereenkomst met BVR Bouw Roosendaal aan te gaan. Uit het enkel telkens opnemen in artikel 1 van de betreffende arbeidsovereenkomsten dat werknemers per 24 september 2007 bij BVR Bouw Roosendaal zelf in dienst traden, kan ook niet worden afgeleid dat de in de considerans genoemde datum slechts gelding had bij een gerealiseerde overname van Roos Bouw. Dat het UWVWERKbedrijf bij zijn beslissingen is uitgegaan van 24 september 2007 heeft specifiek te maken met het gehanteerde afspiegelingsbeginsel en zegt niets over de relevantie van de Roos-dienstjaren in het onderhavige verband. (Sterker nog, het UWV zegt met betrekking tot de arbeidsovereenkomst van partijen ondermeer het volgende: '(...) Tot op de dag van vandaag staat daar de wettelijke onverplichte afspraak in dat de datum indiensttreding bij Roos tussen partijen wordt gerespecteerd. Vanzelfsprekend is dat een afspraak die werkgever en werknemer moeten respecteren (ter zake van bijvoorbeeld (...) berekening opzegtermijnen).'. Aan het feit dat de begeleidingscommissie is uitgegaan van de datum 24 september 2007 als datum aanvang dienstverband kan in deze zaak geen argument ontleend worden.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 18-06-2013

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2013:2245

Zaaknummer: 200.093.020/01

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

Advocaten: D.J.A. Smit en R. Patandin

Wetsartikelen: 7:683 BW, 7:672 BW en uitleg

RECHTSPRAAK

werknemer/Multiwal B.V.

***Gebruikelijke duur van concurrentiebeding bedraagt 12 maanden.
Partiële nietigheid van concurrentiebeding met looptijd van 24
maanden met conversie in relatiebeding voor tweede 12 maanden***

Werknemer (geboren 1972) is op 1 januari 2010 bij Multiwal in dienst getreden in de functie van sales manager (€ 4.650 bruto). Op de arbeidsovereenkomst is een concurrentiebeding van toepassing (looptijd 24 maanden). De arbeidsovereenkomst is van rechtswege geëindigd op 31 december 2011 (werknemer wenste geen verlenging van zijn tijdelijke arbeidsovereenkomst wegens privéomstandigheden). In de loop van 2012 heeft werknemer het aanbod gekregen om per 2 januari 2013 bij Parthos B.V. te Panningen in dienst te treden als medewerker buitendienst/projectleider Movable walls/Interior contracting. De concept-arbeidsovereenkomst is gedateerd 17 oktober 2012 en vermeldt een maandsalaris van € 4.000 bruto exclusief emolumenten. Parthos is een belangrijke concurrent van Multiwal. In de nationale en internationale markt waarin zij actief zijn is sprake van een hevige concurrentiestrijd, mede als gevolg van de recessie. Multiwal en Parthos komen elkaar op die markt bijna dagelijks tegen. De afgelopen jaren, en vooral in 2012, heeft Multiwal vele grote potentiële opdrachten aan Parthos verloren. Multiwal heeft werknemers verzoek van 2 november 2012 om toestemming voor het aangaan van voormelde arbeidsovereenkomst met Parthos afgewezen. Werknemer vordert vernietiging van het concurrentiebeding.

Het hof oordeelt als volgt: in dit geval is tussen partijen een concurrentiebeding van 24 maanden overeengekomen, derhalve aanmerkelijk langer dan de - in het algemeen gesproken - steeds meer gebruikelijke periode van (maximaal) 12 maanden. Hoe langer de duur van een concurrentiebeding, des te groter de beperking die daaruit voor de (gewezen) werknemer voortvloeit en des te zwaarder het belang van de werkgever moet zijn wil sprake zijn van een situatie waarin de werknemer door het beding niet onbillijk wordt benadeeld (artikel 7:653 lid 2 BW). Het hof ziet aanleiding om het concurrentiebeding gedeeltelijk te schorsen vanaf 1 oktober 2013 en wel aldus dat werknemer vanaf die datum bij Parthos in dienst kan treden maar waarbij dit concurrentiebeding van kracht blijft voor zover daarin een relatiebeding is begrepen, en wel in die zin dat hij t/m 31 december 2013 geen contact mag hebben met

personen met wie hij tijdens zijn dienstverband bij Multiwal voor Multiwal contact heeft gehad. Daarbij speelden de volgende omstandigheden een rol: 1. de lange duur dat hij niet meer bij Multiwal werkzaam is geweest; 2. de onmogelijkheid tot het vinden van ander werk en de serieuze pogingen daartoe ondernomen door werknemer; 3. aflopen van de WW-uitkering van werknemer; 4. onwaarschijnlijkheid dat werknemer Multiwal nog serieuze schade kan aanrichten; 5. de onverminderd van kracht blijvende geheimhoudings- en boetebedingen.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 07-05-2013

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2013:1224

Zaaknummer: 200.122.421/01

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

Advocaten: S. Zoer en J.P. Heering

Wetsartikelen: 7:653 BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/Europese School Bergen

ESB handelt in strijd met goed werkgeverschap door directiesecretaresse in een lagere functie in te schalen, als gevolg waarvan werkneemster jarenlang te weinig salaris heeft ontvangen

Werkneemster is sinds 2001 in dienst van ESB, deels als secretaresse en deels als directiesecretaresse. In 2004 zijn voor het eerst twee schriftelijke arbeidscontracten tussen partijen opgesteld. In deze contracten staat vermeld dat werkneemster voor 26 uur per week (72,22%) voor ESB werkzaam zal zijn als secretaresse en voor 3,6 uur per week (10%) als directiesecretaresse. Thans vordert werkneemster betaling van achterstallig salaris vanaf 2007. Zij stelt dat zij vanaf 2004 per week 12 uur (32,22%) als secretaresse werkt en 19,5 uur (50%) als directiesecretaresse. Voor haar werk als directiesecretaresse heeft ze derhalve jarenlang te weinig salaris ontvangen.

De kantonrechter oordeelt als volgt: ESB heeft onvoldoende feiten en omstandigheden gesteld om te kunnen concluderen dat werkneemster bij de totstandkoming van de arbeidsovereenkomst uitdrukkelijk heeft ingestemd met inschaling in de functie van secretaresse, terwijl zij het werk verrichtte van een directiesecretaresse. Dat werkneemster niet wordt betaald volgens de schaal van directiesecretaresse is in strijd met het goed werkgeverschap. In uitzonderingsgevallen kan afwijking van een salarisschaal geoorloofd zijn (bijvoorbeeld indien dit gebaseerd is op een cao-bepaling), maar daarvan is in dit geval geen sprake. ESB heeft aangevoerd, dat een hogere salariëring in strijd is met het organogram en het budget – dat op Europees directieniveau wordt bepaald - waarin slechts 1 fulltime equivalent beschikbaar is voor de functie van directiesecretaresse. Een organogram en daarop gebaseerd budget zijn echter niet vergelijkbaar met een cao. De loonvordering van werkneemster wordt toegewezen. Omdat werkneemster ESB pas in 2011 voor het eerst heeft aangemaand, wordt de wettelijke verhoging gematigd tot een bedrag van € 1.000 bruto.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 13-02-2013

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2013:715

Zaaknummer: 412147 - CV EXPL 12-4211

Rechters: A.E. Merkus

Advocaten: C. van Vlooten en J.C. Kuiperi-Botter

Wetsartikelen: 7:611 BW en 7:628 BW