

Nieuwsbrief AR Updates - Nummer 34, 2013

Nummer 34, 2013

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

INHOUDSOPGAVE

Hof

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2013:6202 20-08-2013

werknemer/werkgever

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2013:5950 13-08-2013

werknemster/Stichting Jeugdhulp Friesland

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2013:5955 13-08-2013

Metselbedrijf X/Y

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2013:5394 23-07-2013

werkgever/werkneemster

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2013:5224 16-07-2013

werkgever/werknemer

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2013:4668 02-07-2013

werknemer/CV X

Rechtbank

Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2013:6441 02-08-2013

werknemer/werkgever

Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2013:6515 31-07-2013

werknemster/X c.s.

Rechtbank Zeeland-West-Brabant, ECLI:NL:RBZWB:2013:6051 31-07-2013

werknemer/werkgeefster

Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2013:10527 26-04-2013

werknemster/mr. A.P. Ploeger

Uitspraken zonder ECLI

Rechtbank Den Haag 06-06-2013

werkgeefster/werkneemster

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Rechtbank Den Haag 25-07-2013

werkgeefster/werknemer

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Rechtbank Den Haag 06-06-2013

werknemer/werkgever

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Rechtbank Den Haag 31-07-2013

werkgever/werknemer

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Rechtbank Amsterdam 12-08-2013

OR X/X

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Rechtbank Noord-Holland 14-06-2012

X/Y

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Rechtbank Noord-Holland 26-06-2013

X/Y

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Rechtbank Noord-Nederland 29-07-2013

werknemer/werkgever

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Rechtbank Gelderland 02-08-2013

werknemer/werkgever

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Rechtbank Zeeland-West-Brabant 27-06-2013

werknemer/werkgeefster

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Rechtbank Den Haag 02-07-2013

werkneemster/werkgeefster

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Annotatie

Het incorporatiebeding als tweederangs contractuele bepaling

R.M. Beltzer

RECHTSPRAAK

OR X/X

Besluit op grond waarvan medewerkers verplicht worden een collega of teammanager toegang te verschaffen tot hun persoonlijke mailbox, is op grond van artikel 27 lid 1 sub k en l WOR instemmingsplichtig. Ten onrechte is de OR niet om instemming gevraagd. Vernietiging besluit

Op 20 juni 2012 heeft X meegedeeld dat alle medewerkers een collega of een teammanager moeten machtigen om toegang te krijgen tot hun persoonlijke mailbox, zodat alle e-mails bij afwezigheid binnen 24 uur kunnen worden beantwoord. De ondernemingsraad (hierna: OR) stelt zich op het standpunt dat sprake is van een instemmingsplichtig voorgenomen besluit ex artikel 27 lid 1 sub k en l WOR. De bedrijfscommissie heeft geadviseerd de OR om instemming te vragen. In kort geding zijn de vorderingen van de OR toegewezen en is het X verboden om uitvoering te geven aan het besluit (zie AR 2012-0751). Het Gerechtshof Amsterdam heeft het vonnis in kort geding bekrachtigd. Onderhavige zaak was in afwachting van de uitspraak van het Gerechtshof Amsterdam aangehouden. De OR verzoekt voor recht te verklaren dat voorafgaand aan het besluit van 20 juni 2012 instemming aan de OR gevraagd had moeten worden. De OR onderbouwt zijn verzoek onder meer met een beroep op de artikelen 10 en 13 Grondwet en de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp).

De kantonrechter oordeelt als volgt. Er is sprake van een regeling als bedoeld in artikel 27 lid 1 sub k WOR: een regeling omtrent het verwerken alsmede de bescherming van de persoonsgegevens van de in de onderneming werkzame personen. Gegevens met betrekking tot e-mails van werknemers zijn in het algemeen te kwalificeren als persoonsgegevens. Uit de gedragscode blijkt dat e-mails voortdurend worden vastgelegd voor verschillende doeleinden. De e-mails in de mailbox van een medewerker kunnen daarom worden aangemerkt als een verwerking van persoonsgegevens in de zin van de Wbp. Nu uit de van toepassing zijnde gedragscode volgt dat de e-mailbox incidenteel en kortstondig ook voor privédoeleinden gebruikt mag worden, kan dit wel de privacy van de medewerkers raken. Met het besluit heeft een collega of teammanager toegang tot de mailbox en bestaat de mogelijkheid dat ook privé-e-mails of privé gerelateerde e-mails kunnen worden gelezen. Er is ook sprake van een

regeling als bedoeld in artikel 27 lid 1 sub l WOR: een regeling inzake voorzieningen die gericht zijn op of geschikt zijn voor waarneming of controle van aanwezigheid, gedrag of prestaties van de in de onderneming werkzame personen. Hoewel het onderhavige besluit niet is gericht op de controle van medewerkers, is de te treffen voorziening, te weten dat een teammanager na toegang te hebben aangevraagd bij het bedrijfsbureau S&M inzage heeft in een e-mail, geschikt voor waarneming van gedrag of prestaties van in de onderneming werkzame personen. Zowel op grond van artikel 27 lid 1 sub k als sub l WOR komt de OR instemmingsrecht toe. De OR heeft de nietigheid van het besluit tijdig ingeroepen. De verzoeken van de OR worden toegewezen.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 12-08-2013

Zaaknummer: 1403857 EA VERZ 12-2304

RECHTSPRAAK

werkgever/werknemer

Voorwaardelijke ontbinding wegens bedrijfseconomische redenen. Dat werkgever nog steeds bedrijfsactiviteiten ontplooit, is onvoldoende komen vast te staan

Werknemer is sinds 1989 in dienst als oogstmedewerker. Thans verzoekt werkgever voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens bedrijfseconomische redenen. Werkgever voert aan dat de arbeidsovereenkomst is opgezegd met toestemming van het UWV en dat de opzeggingsbrief persoonlijk aan werknemer is overhandigd. Werknemer ontkent echter de brief te hebben ontvangen. Voorts betwist hij de bedrijfseconomische redenen. Een aantal percelen is verkocht, waardoor de financiering bij de bank nu voor het grootste deel is afgelost. De tuinbouwactiviteiten die werknemer voorheen verrichtte, worden nu door Poolse werknemers verricht.

De kantonrechter oordeelt als volgt. De slechte bedrijfseconomische omstandigheden zijn op grond van overgelegde jaarstukken door werkgever voldoende aannemelijk gemaakt. De stelling dat nog steeds bedrijfsactiviteiten worden ontplooid, heeft werknemer onvoldoende onderbouwd. Dit geldt ook voor de stelling dat de bank wellicht opnieuw is genegen een krediet aan werkgever te verschaffen. De arbeidsovereenkomst wordt ontbonden. Gezien het feit dat werkgever over beperkte liquide middelen beschikt door staking van de bedrijfsactiviteiten en de nog resterende schuld bij de bank, zijn geen termen aanwezig om een hogere vergoeding toe te kennen dan door werkgever subsidiair is aangeboden. Volgt ontbinding onder toekenning van een vergoeding van € 4.290 bruto.

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 31-07-2013

Zaaknummer: 2060533 RP VERZ 13-50297

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgever

Korte tijd nadat de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden is geëindigd, wordt geconstateerd dat werknemer een levensbedreigende hersentumor heeft en binnen korte tijd zal overlijden. Beroep op wederzijdse dwaling bij het sluiten van de beëindigingsovereenkomst faalt

Werknemer is sinds 1998 in dienst geweest en is in de loop der jaren doorgegroeid naar de functie private banker. Werkgever heeft in 2010 kenbaar gemaakt de arbeidsovereenkomst te willen beëindigen, omdat het gedrag van werknemer in het bedrijf te wensen over laat. Uiteindelijk hebben partijen een beëindigingsovereenkomst gesloten op grond waarvan de arbeidsovereenkomst per 1 maart 2012 is geëindigd. Eind mei 2012 is werknemer ernstig ziek geworden. Hij heeft een levensbedreigende hersentumor en inmiddels is vastgesteld dat hij niet lang meer te leven heeft. De gemachtigde van werknemer heeft de beëindigingsovereenkomst met een beroep op dwaling vernietigd. Thans wordt gesteld dat er om twee redenen sprake is van wederzijdse dwaling als bedoeld in artikel 6:228 lid 1 sub c BW. In de eerste plaats hebben partijen erover gedwaald dat de gedragsverandering van werknemer is veroorzaakt door de hersentumor. In de tweede plaats is evident dat partijen de beëindigingsovereenkomst nooit zouden hebben gesloten wanneer zij toen hadden geweten dat werknemer een hersentumor had. Subsidiair wordt een beroep gedaan op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 lid 2 BW).

De kantonrechter oordeelt als volgt. In dit kort geding is onvoldoende aannemelijk dat in de aanloop naar het moment waarop werkgever heeft besloten het dienstverband met werknemer te beëindigen sprake is geweest van de door werknemer bedoelde gedragsverandering. Al sinds 2003 is het gedrag van werknemer onderwerp van gesprek. De neuroloog van werknemer heeft verklaard dat zeer aannemelijk is dat werknemer eind 2011 de verschijnselen van zijn tumor heeft gehad. Werkgever heeft in 2010 al laten weten de arbeidsovereenkomst te willen beëindigen.

Ten aanzien van de stelling dat de beëindigingsovereenkomst nooit zou zijn gesloten als

partijen geweten hadden van de hersentumor wordt overwogen dat gelet op de aard van de vaststellingsovereenkomst terughoudendheid moet worden betracht bij de beoordeling of sprake is van dwaling. Op het moment dat de arbeidsovereenkomst eindigde was werknemer ziek, maar niet arbeidsongeschikt. Tot het moment dat de arbeidsovereenkomst eindigde, heeft hij namelijk zijn werkzaamheden kunnen verrichten. Wanneer werkgever zich destijds tot de kantonrechter of het UWV had gewend om tot beëindiging van de dienstbetrekking over te gaan, zou de ziekte van werknemer geen obstakel zijn geweest omdat de hersentumor zich toen nog niet had geopenbaard. De beslissing van de kantonrechter of het UWV had niet kunnen worden aangetast door het feit dat er van een onjuiste veronderstelling is uitgegaan. Het beroep op dwaling faalt. Ook het beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid faalt. Werknemer wijst in dat verband op de ernst van zijn ziekte en de schrijnende situatie waarin zijn gezin is komen te verkeren. Zonder daaraan afbreuk te willen doen, kan dat er – mede in het licht bezien van wat ten aanzien van de dwaling is overwogen – niet toe leiden dat de beëindiging van de arbeidsovereenkomst ongedaan wordt gemaakt. Tot slot kan werkgever niet op grond van het goed werkgeverschap worden verplicht opnieuw in overleg te treden over de voorwaarden waaronder de arbeidsrelatie is beëindigd. Wat werknemer is overkomen, ligt buiten de risicosfeer van werkgever.

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 29-07-2013

Zaaknummer: 590263 VV EXPL 13-76

RECHTSPRAAK

werkgeefster/werknemer

Ontbinding arbeidsovereenkomst topstylist nadat uit camerabeelden blijkt dat geld uit kassa wordt weggenomen. Vanwege ontbreken kasboekadministratie is onduidelijk of werknemer de gelden volledig heeft afgedragen. Vergoeding van één maandsalaris

Werknemer (50 jaar) is in dienst als topstylist. Werkgeefster heeft, nadat een vermoeden was ontstaan dat werknemer geld wegnam uit de kassa, camera's opgehangen. Uit camerabeelden is gebleken dat werknemer geld wegnam. Nadat werknemer de camera's heeft ontdekt, heeft hij deze verwijderd. Thans verzoekt werkgeefster ontbinding van de arbeidsovereenkomst, primair wegens een dringende reden. Hieraan wordt het wegnemen van geld uit de kassa ten grondslag gelegd.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Werknemer is in staat van faillissement verklaard. Werkgeefster heeft terecht werknemer en niet de curator in de onderhavige procedure betrokken, omdat het stelsel van de faillissementswet met zich brengt dat de gefailleerde ten aanzien van zogenoemde niet-monetaire belangen niet de beschikking en het beheer verliest. De ontbinding van de arbeidsovereenkomst wordt onder een dergelijk niet-monetair belang begrepen (vgl. Wessels Insolventierecht II, nrs. 2343 t/m 2347).

Werknemer stelt dat werkgeefster zich in deze procedure niet op de camerabeelden mag beroepen, omdat de werknemers niet in kennis zijn gesteld van het plaatsen van de camera's. Niet ter discussie staat dat werknemer regelmatig contant geld uit de kassa in zijn broekzak deed, zodat werknemer geen belang heeft bij het beroep op onrechtmatig verkregen bewijs. Wel staat ter discussie of werknemer de weggenomen gelden zelf heeft behouden of aan werkgeefster heeft afgedragen, in overeenstemming met de afspraak dat de contante dagopbrengst door hem moest worden afgedragen. Geoordeeld wordt dat werkgeefster onvoldoende heeft aangetoond dat werknemer de gelden heeft behouden ten eigen nutte. Werkgeefster heeft erkend dat er geen kasboekadministratie was en dat niet (met regelmaat) de kas werd geteld. Niet kan worden vastgesteld of de dagomzet volledig is afgedragen of niet. Van een dringende reden is geen sprake. Wel is de arbeidsrelatie verstoord, zodat de

arbeidsovereenkomst wordt ontbonden. Dit is aan beide partijen te verwijten. Werkgeefster had duidelijkere instructies kunnen geven over het geld en de afhandeling daarvan. Anderzijds had werknemer als bedrijfsleider ook een eigen verantwoordelijkheid ten aanzien van de afdracht van kasgelden, zeker nadat hij daarover was aangesproken. Hoewel de dringende reden niet is komen vast te staan, worden wel vraagtekens gesteld bij het regelmatig geld uit de kas wegnemen en in de broekzak steken. Dat al dat geld is afgedragen, is evenmin als het omgekeerde komen vast te staan. Er wordt een vergoeding van een maandsalaris (€ 1.728 bruto) toegekend.

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 25-07-2013

Zaaknummer: 2107526 \ EJ VERZ 13-84481

RECHTSPRAAK

X/Y

Schoonmaakster Britse ambassade wordt niet aangemerkt als kleine zelfstandige, zodat het BBA niet van toepassing is. Voor persoonlijk verrichten van arbeid is niet de feitelijke situatie, maar de subjectieve bedoeling van partijen bij het aangaan van de overeenkomst van belang

Vervolg tussenvonnis (zie AR 2013-0656). Tussen partijen is in geschil of X kan worden aangemerkt als ‘kleine zelfstandige’ in de zin van artikel 1 onder b sub 2 BBA. X stelt dat op de beëindiging van de overeenkomst van opdracht artikel 6 BBA van toepassing is en dat voor opzegging van de overeenkomst voorafgaande toestemming van het UWV vereist is. Nu geen toestemming is gevraagd, is de opzegging op grond van artikel 9 BBA vernietigbaar.

De rechtbank oordeelt als volgt. Voor de beantwoording van de vraag of X werkzaam was als kleine zelfstandige in de zin van artikel 1 onder b sub 2 BBA is beslissend of zij jegens Y verplicht was de overeengekomen arbeid persoonlijk te verrichten. De stelling van X dat zij de schoonmaakwerkzaamheden in de praktijk persoonlijk placht te verrichten is in zoverre niet belang dat het niet gaat om de feitelijke situatie, maar om de subjectieve bedoeling van partijen bij het aangaan van de overeenkomst. In de contractdocumenten tussen partijen is een verplichting om de overeengekomen arbeid persoonlijk te verrichten niet te vinden. Dat sluit op zichzelf niet uit dat partijen dit bij het aangaan van de overeenkomst wel beoogd hebben. Voor zich spreekt dit echter niet, omdat de aard van de werkzaamheden (dagelijkse schoonmaak van de Britse ambassade) zich zeer wel voor vervanging leent; uiteraard geen vervanging door wie dan ook, nu naast ervaring op schoonmaakgebied uiteraard ook betrouwbaarheid een factor is die bij vervanging een rol zal spelen. Aan die criteria zullen echter veel schoonmakers kunnen voldoen. Gesteld noch gebleken is dat Y ooit enige zeggenschap heeft gehad of willen hebben over de vraag wie bij afwezigheid van X de schoonmaakwerkzaamheden zou uitvoeren. Dat naast X ook andere mensen bij de schoonmaakwerkzaamheden betrokken zijn geweest staat vast, zij het dat de omvang daarvan in dispuut is. X heeft nog verklaringen overgelegd van ambassademedewerkers die haar vaak hebben zien schoonmaken, maar dat zegt niets over de vraag of zij ook gehouden was dit

persoonlijk te doen. De conclusie is dan ook dat het BBA op de overeenkomst tussen partijen niet van toepassing is. Volgt afwijzing van de vordering.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 26-06-2013

Zaaknummer: C/15/196457 / HA ZA 12-449

RECHTSPRAAK

werkgeefster/werkneemster

Werkgeefster beschuldigt persoonlijk begeleider ten onrechte van het ontvreemden van geld. Na overplaatsing is werkneemster onvoldoende in haar nieuwe werkzaamheden begeleid en is ten onrechte geen andere passende functie gezocht, hetgeen leidt tot afwijzing van het ontbindingsverzoek

Werkneemster is sinds 2003 in dienst als Persoonlijk begeleider AC. Thans verzoekt werkgeefster ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens disfunctioneren. Daartoe wordt aangevoerd dat zij werkneemster schriftelijk heeft gewaarschuwd dat werkneemster haar functioneren moest verbeteren. Aan werkneemster is coaching aangeboden, maar dit heeft tot niets geleid omdat werkneemster niet bereid is haar functioneren te verbeteren.

Werkneemster betwist dat sprake is van disfunctioneren. Zij stelt vals te zijn beschuldigd van het ontvreemden van een geldbedrag, waardoor zij ook een periode ziek is geweest. Na haar overplaatsing had ze te maken met opstartproblemen, waar werkgeefster onvoldoende rekening mee heeft gehouden.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Vaststaat dat werkneemster valselijk is beschuldigd van het ontvreemden van een geldbedrag en dat zij als gevolg daarvan langere tijd ziek is geweest. Werkneemster is overgeplaatst, waarna zij in een wezenlijk andere werkomgeving is komen te werken. Op deze locatie is voor de cliënten een fundamenteel andere aanpak vereist. Nu werkneemster in een nieuwe werkomgeving moest re-integreren, had mogen worden verwacht dat werkgeefster haar vanaf het begin adequaat zou begeleiden. Daarbij was niet alleen te denken aan adequate begeleiding bij het zich eigen maken van de specifieke aspecten van het nieuwe werk, maar daar had ook bij betrokken moeten worden dat het op haar weg lag om het vertrouwen van werkneemster in een veilige werkomgeving, dat zij met haar valse beschuldigingen ernstig had geschaad, te herstellen. In plaats daarvan is werkneemster vanaf de aanvang van haar werkzaamheden aangesproken op de – op zich redelijke – regels. Niet te verwachten valt dat tussen werkneemster en haar leidinggevende nog een vruchtbare samenwerking mogelijk is, hetgeen werkgeefster valt te verwijten. Van werkgeefster (een grote organisatie) had mogen worden verwacht dat zij was gaan

onderzoeken of zij voor werkneemster een andere passende werkplek heeft waar werkneemster opnieuw zou kunnen gaan functioneren. Nu werkgeefster dit heeft nagelaten, staat dat in de weg aan toewijzing van het onderhavige verzoek. Volgt afwijzing van het ontbindingsverzoek.

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 06-06-2013

Zaaknummer: 1259234 \ EJ VERZ 13-80761

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgever

Onduidelijkheid over (tijdsige en rechtsgeldige) opzegging komt voor risico werkgever. Toewijzing loonvordering

Werknemer is sinds 1989 in dienst als oogstmedewerker. Werkgever heeft wegens bedrijfseconomische redenen een ontslagvergunning voor werknemer aangevraagd en op 27 december 2012 verkregen. Thans vordert werknemer wedertewerkstelling en loondoorbetaling vanaf 1 april 2013. Aangevoerd wordt dat werkgever kennelijk heeft verzuimd tijdig gebruik te maken van de ontslagvergunning. De werkzaamheden worden inmiddels verricht door Poolse werkrachten.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Indien niet tijdig gebruik is gemaakt van de ontslagvergunning, kan niet van werknemer worden verlangd dat hij met behulp van een in maart 2013 alsnog verkregen kopie van de beweerdelijk overhandigde/bezorgde opzeggingsbrief een uitkering aanvraagt. De ontslagvergunning was immers slechts geldig tot 21 februari 2013, en onder voorwaarden. In de onderhavige op een snelle beslissing gerichte procedure is geen plaats voor bewijslevering. Het is zeer waarschijnlijk dat de vorderingen van werknemer in een bodemprocedure worden toegewezen. Het ligt op de weg van werkgever om ervoor te zorgen dat de opzegging als zodanig boven elke twijfel verheven is. Bezorging of overhandiging door twee materiële partijgetuigen van de opzeggingsbrieven biedt die waarborg nu eenmaal niet. De onduidelijkheid of er nu wel of niet (tijdsige en rechtsgeldig) is opgezegd, komt voor risico van werkgever. De loonvordering wordt toegewezen. De gevorderde wedertewerkstelling wordt afgewezen, omdat in het summiere kader van de onderhavige procedure onvoldoende kan worden onderzocht of de fysieke mogelijkheden daartoe nog aanwezig zijn. Indien dat zo is, zal de verplichting tot loondoorbetaling waarschijnlijk een voldoende prikkel tot wedertewerkstelling vormen.

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 06-06-2013

Zaaknummer: 1264614 CV EXPL 13-12021

RECHTSPRAAK

X/Y

Schoonmaakster Britse ambassade is niet werkzaam op basis van een arbeidsovereenkomst. Bevoegde rechter en toepasselijk recht

X is in 1988 in dienst getreden van de Britse ambassade. Zij verricht schoonmaakwerkzaamheden. Vanaf 2001 heeft zij deze werkzaamheden als zelfstandige verricht. In 2009 heeft de ambassade besloten de schoonmaakwerkzaamheden uit te besteden aan Y. Vanaf april 2009 heeft X in opdracht van Y nog schoonmaakwerkzaamheden verricht en hiervoor facturen verstuurd. Per 28 februari 2011 is de overeenkomst door Y opgezegd. X stelt dat vanaf april 2009 een arbeidsovereenkomst met Y is ontstaan. Zij vordert loondoorbetaling. Y voert aan dat de kantonrechter onbevoegd is van het onderhavige geschil kennis te nemen, aangezien tussen partijen geen arbeidsovereenkomst heeft bestaan, maar een (onder)aanneemovereenkomst. Op die laatste overeenkomst is Engels recht van toepassing verklaard en is de Engelse rechter als bevoegde rechter aangewezen.

De kantonrechter oordeelt als volgt. In een tussenvonnis is reeds beslist dat aan de hand van de EEX-verordening moet worden bepaald of de kantonrechter bevoegd is van het geschil kennis te nemen. Er is geen grond voor de kantonrechter om zich ex artikel 25 EEX-verordening ambtshalve onbevoegd te verklaren. Om te kunnen beoordelen of de kantonrechter bevoegd is van het geschil kennis te nemen, wordt allereerst beoordeeld of sprake is van een arbeidsovereenkomst. Gelet op de partijbedoeling en de feitelijke uitvoering wordt geoordeeld dat geen sprake is van een arbeidsovereenkomst. Vervolgens wordt geoordeeld dat geen rechtsgeldig forumkeuzebeding (artikel 23 EEX-verordening) is overeengekomen, op grond waarvan de Engelse rechter bevoegd zou zijn. Onvoldoende onderbouwd is dat X de algemene voorwaarden met daarin het forumkeuzebeding daadwerkelijk heeft ontvangen, laat staan dat X daarmee heeft ingestemd. Gelet op het schriftelijkheidsvereiste van artikel 23 EEX-verordening kan niet worden aangenomen dat X de toepasselijkheid van het forumkeuzebeding stilzwijgend heeft aanvaard. Vaststaat dat X woonplaats heeft in een lidstaat en dat de onderhavige procedure ziet op een verbintenis uit overeenkomst, zodat artikel 5 lid 1 EEX-verordening van toepassing is. Dat zij op grond van artikel 6o EEX-verordening (ook) woonplaats heeft in Londen doet hier niet aan af. X heeft

haar werkzaamheden op de Britse ambassade in Den Haag verricht. De Nederlandse rechter is bevoegd van het geschil kennis te nemen. Aangezien Y is gevestigd in Nieuw Vennep, is de Kantonrechter Haarlem bevoegd om van deze zaak kennis te nemen. Op de overeenkomst is op grond van artikel 4 EVO Nederlands recht van toepassing. Hiervoor is redengevend dat Y is gevestigd in Nederland en X in Nederland woont. Kernvraag is of X werkzaam was als 'kleine zelfstandige' en Y de overeenkomst in strijd met artikel 6 BBA heeft opgezegd. Aangezien de vordering niet wegens haar aard behoort tot de competentie van de kantonrechter en thans niet vaststaat dat de vordering minder dan € 25.000 beloopt, dient zich de vraag aan of de zaak moet worden verwezen naar de sector civiel. De zaak wordt aangehouden, zodat partijen zich hierover kunnen uitlaten. (Red: zie voor het eindvonnis AR 2013-0657.)

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 14-06-2012

Zaaknummer: 507078 / CV EXPL 11-4913

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgever

Arbeidsrechtelijke omkeringsregel bij CTE niet van toepassing indien grens van 5 OEL-jaren niet wordt gehaald. Werkgever heeft voldoende tegenbewijs geleverd

In het tussenarrest van 21 mei 2008 heeft het hof overwogen dat werknemer dient te stellen en te bewijzen dat hij tijdens zijn werkzaamheden door werkgever (in relevante mate) is blootgesteld aan neurotoxische stoffen en dat hij dient te stellen en zo nodig aannemelijk moet maken dat zijn gezondheidsklachten door die blootstelling kunnen zijn veroorzaakt. In dat tussenarrest heeft het hof ook overwogen dat het op basis van de gedingstukken, voorshands, behoudens door werkgever te leveren tegenbewijs, bewezen acht dat werknemer gedurende lange tijd is blootgesteld aan neurotoxische stoffen. Werkgever heeft zich beroepen op het deskundigenrapport van Jongeneelen en Terwoert (dat integraal is opgenomen in een arrest van dat hof van 18 september 2012 (ECLI:NL:GHLEE:2012:BX7965)), waarin zij onderzoek hebben gedaan naar de oorzaken van het ontstaan van OPS/CTE en zijn in dat verband ingegaan op de vraag of een minimale blootstellingsduur is vereist en wat de invloed is van piekblootstellingen. Uit het rapport van Jongeneelen en Terwoert volgt dat er nog weinig kennis is over de relatie tussen blootstelling en CTE, maar dat de meest gangbare veronderstelling is dat de gesommeerde blootstelling aan oplosmiddelen over alle dienstjaren gerelateerd is aan de ernst van de CTE-aandoeningen en dat cumulatieve blootstelling aan oplosmiddelen gedurende de loopbaan, die ook kan worden uitgedrukt in OEL-jaren, de beste schatter is voor de individuele dosis. Ook volgt uit hun rapport dat naar de huidige stand van de wetenschap geen eenduidige, absolute drempel in OEL-jaren kan worden aangegeven, maar dat in de landen van Europa een drempel van 5 tot 10 jaren (in Nederland 8 jaren) wordt aangehouden. Wanneer sprake is geweest van piekblootstellingen (en in mindere mate van huidopname) kan deze termijn korter zijn. Uit het rapport van Jongeneelen en Terwoert volgt dat op dit moment consensus bestaat over het hanteren van de maatstaf OEL-jaren en dat in vrijwel alle Europese landen een drempel van minimaal 5 OEL-jaren wordt gehanteerd. Wanneer uit het onderzoek van Van Rooij en Cornelissen naar de feitelijke blootstelling van werknemer volgt dat de drempel van 5 OEL-jaren niet is gehaald, heeft werknemer naar het oordeel van het hof voldoende twijfel gezaaid ten aanzien van de juistheid van de eerdere

feitelijke vaststelling door het hof dat sprake is geweest van een relevante mate van blootstelling. Er staat dan immers vast dat wanneer de op dit moment meest gangbare blootstellingsnorm wordt toegepast op de situatie van werknemer, en daarbij in het voordeel van werknemer wordt uitgegaan van een drempel van 5 OEL-jaren (in plaats van 8 OEL-jaren), werknemer de drempel niet heeft gehaald. Die vaststelling rechtvaardigt, zeker in het licht van wat de Hoge Raad in zijn arrest van 7 juni 2013 (ECLI:NL:HR:2013:BZ1721) heeft overwogen over de toepassing van de arbeidsrechtelijke omkeringsregel, gerede twijfel over de aanwezigheid van een relevante blootstelling bij werknemer. Het is dan vervolgens aan werknemer om (nader) te stellen en te bewijzen dat, hoewel niet is voldaan aan de drempelwaarde van 5 OEL-jaren, zijn gezondheidsklachten toch zijn veroorzaakt door de blootstelling van gevaarlijke stoffen. Nu Van Rooij en Cornelissen uitkomen op een blootstelling van 2,3 OEL-jaren, en derhalve aanzienlijk minder dan 5 OEL-jaren, heeft werkgever met het rapport het door hem te leveren tegenbewijs geleverd. Het hof overweegt in dit verband dat zelfs wanneer, zoals Bunnik heeft aangevoerd, Van Rooij en Cornelissen geen rekening hebben gehouden met de blootstelling ten gevolge van het plamuren en het rapport van Van Rooij en Cornelissen daarmee wordt gecorrigeerd op basis van de stelling van Bunnik dat met het plamuren een blootstelling van 1,3 OEL-jaren is gemoeid, het aantal OEL-jaren ruimschoots minder dan 5 is. Nu werkgever in het door hem te leveren tegenbewijs is geslaagd, is daarmee gegeven dat werknemer, op wie de bewijslast rust van het causaal verband tussen de blootstelling en zijn gezondheidsklachten, het door hem te leveren bewijs niet heeft geleverd. Werknemer kan zich ook niet op de arbeidsrechtelijke omkeringsregel beroepen, omdat niet vaststaat dat is voldaan aan de vereisten voor toepassing van die regel. Naar het oordeel van het hof heeft werknemer het door hem te leveren bewijs ook niet met de rapporten van Bunnik (in combinatie met de in het arrest van 21 mei 2008 al besproken rapporten) geleverd. Deze rapporten zijn niet gebaseerd op een onderzoek naar de mate van blootstelling. Bunnik heeft de blootstelling van werknemer niet zelf onderzocht, maar heeft vooral kritiek geleverd op het door Van Rooij en Cornelissen verrichte onderzoek. Volgt afwijzing vordering werknemer.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 20-08-2013

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2013:6202

Zaaknummer: 107.001.363/01

Rechters: K.E. Mollema, H. de Hek en A.M. Koene

Advocaten: P. Stehouwer en J.V. van Ophem

Wetsartikelen: 7:658 BW en 150 Rv

RECHTSPRAAK

Metselbedrijf X/Y

Overdracht van onderneming en overgang van personeel ‘as is’ betekent dat verkrijgende partij alle lasten draagt. ATV-tegoeden werknemers kunnen niet verhaald worden op verkoper

Y heeft op 5 oktober 2009 zijn metselbedrijf verkocht aan X. In de koopovereenkomst staat onder meer opgenomen dat de bestaande arbeidsovereenkomsten ‘as is’ worden overgedragen aan X. Voorts is een non-concurrentiebeding overeengekomen. In deze procedure vordert Y nakoming van de betaalverplichting door X. X stelt zich op het standpunt dat hij het restant van de koopsom mag verrekenen met ATV-aanspraken van werknemers die zijn overgekomen, welke rechten voor de overgang zijn opgebouwd. Voorts stelt X zich op het standpunt dat Y het non-concurrentiebeding overtreedt.

Het hof oordeelt als volgt. Het hof is met de rechtbank van oordeel dat artikel 1.5 van de koopovereenkomst (in samenhang met artikel 1.2) niet anders kan worden uitgelegd dan als een specifieke regeling ter zake van de arbeidsovereenkomsten van alle medewerkers die per 5 oktober 2009 werkzaam zijn in de onderneming. Uit de woorden ‘as is’ vloeit voort dat bedoeld is deze overeenkomsten qua rechten en plichten over te dragen in de stand waarin zij zich op dat moment bevinden, hetgeen meebrengt dat bestaande aanspraken voor rekening van X komen. Door X is ook niet betoogd dat die woorden op zichzelf beschouwd een andere strekking hebben. Niettemin wenst hij ze hier anders uit te leggen, omdat elders in de overeenkomst (bij de regeling inzake het risico, artikel 1.7, en de regeling inzake de inkoopfacturen, artikel 1.8) blijkt van een ander uitgangspunt. Het hof volgt X daarin niet. Weliswaar dient in het kader van de hier toe te passen zogenaamde Haviltex-maatstaf onder meer te worden gelet op de context van de uit te leggen contractsbepaling binnen het geheel van de overeenkomst, maar dit gezichtspunt kan er in beginsel niet toe leiden dat een, op zich duidelijke, specifieke regeling voor een bepaald geval anders moet worden uitgelegd omdat ter zake van andere onderwerpen van andere uitgangspunten is uitgegaan. Redenen om dat hier wel te doen zijn gesteld noch gebleken. De stelling dat Y de bestaande aanspraken op verlofuren en ATV-rechten niet heeft genoemd en X er daarom van uitging dat die er niet waren, verwerpt het hof. Het is algemeen bekend dat ten aanzien van verlofuren en ATV-

rechten uit hoofde van het lopende jaar (en eventueel vorige jaren) een saldo aan aanspraken kan ontstaan. Die mogelijkheid ligt ook besloten in de bewoordingen van artikel 1.5, namelijk dat alle rechten en plichten (waaronder te begrijpen valt: aanspraken op verlofuren en ATV-rechten van de werknemers) overgaan op X. Y hoefde daar dus niet op te wijzen en X mocht niet zomaar verwachten dat dit niet het geval zou zijn.

Met betrekking tot de vermeende schending van het non-concurrentiebeding oordeelt het hof dat nadere bewijsvoering noodzakelijk is. Uit de enkele omstandigheid dat Y ook wel eens wat metselwerkzaamheden verricht, volgt nog niet dat hij het non-concurrentiebeding heeft overtreden. Volgt aanhouding van de zaak.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 13-08-2013

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2013:5955

Zaaknummer: 200.104.820-01

Wetsartikelen: 6:89 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgever

Ketenregeling vangt voor uitzendkracht pas aan nadat in 26 weken uitzendarbeid is verricht. Nu de uitzendkracht niet meer dan drie tijdelijke contracten heeft gehad en de periode van 36 maanden niet is overschreden, is geen arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ontstaan

Werknemer is in augustus 2009 in dienst getreden van Creyf's uitzendbureau. Hij is tewerkgesteld als kaartcontroleur bij de RET. Op 1 januari 2010 is hij in dienst getreden van Accord uitzendbureau en is hij tewerkgesteld als conducteur bij de RET. Met ingang van 11 oktober 2010 is werknemer voor de duur van een jaar in dienst getreden van werkgever. Zijn werkzaamheden bij de RET heeft hij voortgezet. De arbeidsovereenkomst is één keer verlengd. Thans stelt werknemer dat er op grond van de ketenregeling (artikel 7:668a BW) een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is ontstaan. Hij stelt dat sprake is van opvolgend werkgeverschap.

De kantonrechter oordeelt als volgt. De vraag of sprake is van opvolgend werkgeverschap hoeft niet te worden beantwoord. Zowel met Creyf's als met Accord heeft werknemer een uitzendovereenkomst gesloten zodat artikel 7:691 BW van toepassing is. Dit artikel bepaalt dat artikel 7:668a BW eerst van toepassing is op de uitzendovereenkomst, zodra de werknemer in méér dan 26 weken arbeid heeft verricht. Voor de berekening van de termijn van 26 weken worden perioden waarin voor verschillende werkgevers arbeid wordt verricht die ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijze geacht moeten worden elkaars opvolger te zijn, mede in aanmerking genomen. Contracten en termijnen die aan dit tijdstip zijn voorafgegaan zijn niet relevant. De ketting van tijdelijke contracten op grond van artikel 7:668a BW vangt aan *nadat* in 26 weken uitzendarbeid is verricht. Het contract bij Creyf's heeft 19 weken geduurd (buiten de vraag of in alle weken gewerkt is) zodat dit contract zelfstandig niet meetelt. Wel kunnen deze weken meetellen voor de berekening van de 26 wekentermijn. Het contract bij Accord heeft 40 weken geduurd. Gemakshalve uitgaande van 19 weken waarin gewerkt is bij Creyf's gaat de ketting van tijdelijke contracten lopen *vanaf* week 27, dit is per 22 februari 2010. Het tijdelijke contract met Accord is dan contract nummer 1. De tijdelijke

arbeidsovereenkomst met werkgever d.d. 11 oktober 2010 is contract nummer 2 en de eerste verlenging van dit contract van 11 oktober 2011 tot 10 oktober 2012 nummer 3. Meer tijdelijke contracten zijn er niet zodat niet is voldaan aan het vereiste van artikel 7:668a lid 1 sub b BW dat spreekt over méér dan drie tijdelijke contracten. Ook aan het vereiste van sub a van hetzelfde artikel is niet voldaan nu de termijn van 22 februari 2010 tot 10 oktober 2012 een periode van 36 maanden niet overschrijdt. Volgt afwijzing van de vordering.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 02-08-2013

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2013:6441

Zaaknummer: 2008795 CV EXPL 13-9937

Rechters: K.L. van Zetten

Advocaten: K.M. van Wijngaarden en M. Obbes

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

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgever

Ontslag op staande voet. Werknemer kiest na beroep op vernietigbaarheid voor switch, stelt dat ontslag onregelmatig en kennelijk onredelijk is en vordert herstel van de dienstbetrekking. Ontslag is wel onregelmatig, maar niet kennelijk onredelijk

Werknemer is sinds 1992 in dienst, laatstelijk als Afdelingshoofd Voormontage. Na een anonieme brief te hebben ontvangen, heeft werkgever een onderzoek naar werknemer ingesteld. Werknemer is vervolgens op staande voet ontslagen wegens het in strijd met de gedragsregels doen van privébestellingen, het boeken van deze bestellingen op niet-gerelateerde orders van werkgever en het niet betalen voor een groot aantal privébestellingen. In kort geding is de vordering tot werkhervatting en achterstallig loon afgewezen. De arbeidsovereenkomst is voorwaardelijk ontbonden wegens veranderingen in omstandigheden zonder toekenning van een vergoeding. Thans beroept werknemer zich op de onregelmatigheid van het ontslag. Voorts stelt hij dat het ontslag kennelijk onredelijk is op grond van het gevolgen criterium. Hij vordert herstel van de dienstbetrekking ex artikel 7:682 BW.

De kantonrechter oordeelt als volgt. De vraag of het ontslag onregelmatig is, hangt af van de vraag of het ontslag op staande voet rechtsgeldig is. Geoordeeld wordt dat de door Hoffmann aangetroffen e-mails van werknemer niet onrechtmatig zijn verkregen. Wel heeft Hofmann tijdens een verhoor van werknemer ten onrechte verzuimd de reden voor het onderzoek bekend te maken en is werknemer niet gewezen op mogelijke consequenties. Ook is werknemer niet in de gelegenheid gesteld een rechtshulpverlener in te schakelen. Aan het ontslag op staande voet zijn drie redenen ten grondslag gelegd. Niet volstaan kan worden met de beantwoording van de vraag of de ontslaggronden in onderlinge samenhang een dringende reden opleveren, maar ook dient te worden beoordeeld of elk der ontslaggronden een zelfstandige dringende reden oplevert. Dit is niet het geval. Uit de gedragsregels blijkt niet dat het doen van aankopen bij buitenlandse relaties niet is toegestaan. Ten aanzien van het boeken van de bestellingen op niet-gerelateerde orders is werkgever slechts uitgegaan van aannames, zodat dit niet is komen vast te staan. Er is geen sprake van een dringende reden

voor ontslag op staande voet. De opzegging is derhalve onregelmatig, zodat de gevorderde gefixeerde schadevergoeding (€ 19.006,27) wordt toegewezen. Het beroep op kennelijk onredelijk ontslag op grond van het gevolgencriterium faalt. Aan de zijde van werknemer wordt de lange duur van het dienstverband en het onzorgvuldige onderzoek door Hofmann meegewogen. Dat de aan het ontslag ten grondslag gelegde redenen niet zijn komen vast te staan, ligt in de risicosfeer van werkgever. De slechte arbeidsmarktpositie is onvoldoende onderbouwd. Aan de zijde van werkgever is van belang dat er voldoende grond was een onderzoek in te stellen en dat werknemer zelf aanleiding heeft gegeven tot het ontstaan van een vertrouwensbreuk door geen boekhouding bij te houden van privébestellingen. De vorderingen op grond van kennelijk onredelijk ontslag worden afgewezen.

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 02-08-2013

Zaaknummer: 847549 \ CV EXPL 12-6472 \ 127 \ 279

RECHTSPRAAK

werkneemster/X c.s.

Ontslag op staande voet advocaat-stagiair wegens werkweigering na periode van arbeidsongeschiktheid niet rechtsgeldig. Toewijzing gefixeerde schadevergoeding. Ontslag is niet kennelijk onredelijk

Werkneemster is op 1 juli 2010 in dienst getreden van X en Y als advocaat-stagiair. Op 4 januari 2012 heeft een gesprek plaatsgevonden, waarbij Z heeft aangegeven niet langer haar patroon te willen zijn. De volgende dag heeft werkneemster zich ziek gemeld. De arboarts heeft vastgesteld dat werkneemster per 5 februari 2012 weer arbeidsgeschikt is. Op 9 maart 2012 is werkneemster op staande voet ontslagen. In de ontslagbrief wordt als reden vermeld: ‘... (omdat) u langdurig en stelselmatig weigert uw werkzaamheden te verrichten, waarvan na 06/03/’12 is gebleken dat daar geen goede medische reden voor was. Het drie keer weigeren deel te nemen aan een mediationgesprek, te houden op 10/2 resp. 24/2 resp. 09/03/’12, waarna de mediator de werkzaamheden heeft beëindigd, is tevens reden om de arbeidsovereenkomst op te zeggen.’ Werkneemster heeft zich op de vernietigbaarheid van het ontslag op staande voet beroepen. In kort geding heeft de Kantonrechter Haarlem X en Y veroordeeld tot betaling van € 61.598,88 bruto bij wijze van voorschot op de gefixeerde schadevergoeding. Thans vordert werkneemster onder meer betaling van € 61.598,88 bruto als gefixeerde schadevergoeding en een verklaring voor recht dat het gegeven ontslag kennelijk onredelijk is.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Uit de ontslagbrief is niet duidelijk of werkgever bedoeld heeft de twee genoemde redenen als zelfstandige dringende redenen aan het ontslag ten grondslag te leggen, of cumulatief. Alleen al om die reden is niet voldaan aan het vereiste van een ondubbelzinnige mededeling. Er is een mediationtraject in gang gezet waarvan de eerste intake – in aparte gesprekken – op 14 februari 2012 heeft plaatsgevonden. Niet gezegd kan derhalve worden dat werkneemster ‘stelselmatig en langdurig’ heeft geweigerd werkzaamheden te verrichten. Van een dringende reden is geen sprake. Ten aanzien van de gestelde onregelmatigheid van het ontslag wordt overwogen dat een arbeidsovereenkomst is gesloten voor bepaalde tijd, voor de duur van de stage. In de overeenkomst is geen mogelijkheid opgenomen om tussentijds op te zeggen. Overeenkomstig artikel 8 van de

landelijke Richtlijn arbeidsvoorwaarden stagiaires duurt de stage 39 maanden. Voor een andere uitleg zoals door X bepleit, namelijk dat sprake zou zijn van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd omdat het einde van de bepaalde tijd niet objectief bepaalbaar zou zijn, biedt noch de tekst van de overeenkomst, noch een uitleg overeenkomstig het Haviltex-arrest aanknopingspunten. Nu de overeenkomst door X en Y ruim voor de afloop van die periode is opgezegd, komt werkneemster een gefixeerde schadevergoeding wegens onregelmatig ontslag toe. Voor de berekening van de schadevergoeding dient te worden uitgegaan van het tarief van een tweedejaars advocaat-stagiair. De stelling dat haar een tarief van een derdejaars stagiair toekwam, heeft werkneemster onvoldoende onderbouwd. Er wordt een schadevergoeding van € 42.894 toegewezen. Van een kennelijk onredelijk ontslag wegens een valse/voorgewende reden of op grond van het gevolgen criterium is geen sprake. De stelling dat X en Y jegens haar onrechtmatig hebben gehandeld, is onvoldoende onderbouwd.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 31-07-2013

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2013:6515

Zaaknummer: 571750/ CV EXPL 12-11510

Rechters: T.S. Pieters

Advocaten: J.J. Perrels

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

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgeefster

Werknemer ontruimt na kennelijke onenigheid met de erfgenamen van zijn broer, die eigenaar van de onderneming was, het bedrijfspand. Ontslag op staande voet na dienstverband van 48 jaar rechtsgeldig. Omdat werknemer feitelijk de onderneming drijft en verhuurder is van het pand rust op hem een verdergaande verantwoordelijkheid

Werknemer is sinds 1965 in dienst, laatstelijk in de functie van procuratiehouder. De onderneming werd gedreven door zijn broer X, die is overleden. De erfgenamen van X hebben werknemer vrijgesteld van werkzaamheden en de arbeidsovereenkomst wegens bedrijfseconomische redenen opgezegd tegen 1 november 2012. Werknemer heeft zich op de vernietigbaarheid van de opzegging beroepen, omdat hij ziek is. Na de constatering dat het bedrijfspand is ontruimd, is werknemer op 11 september 2012 op staande voet ontslagen. De arbeidsovereenkomst is voorwaardelijk ontbonden per 1 januari 2013 onder toekenning van een vergoeding van € 325.000 bruto. Tussen partijen is thans onder meer in geschil of er reden was om tot non-actiefstelling over te gaan en of het ontslag op staande voet rechtsgeldig is gegeven.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Door de ontstane spanningen behoorde een nuttige en zinvolle samenwerking niet meer tot de mogelijkheden. Het stond werkgeefster vrij het procuraat van werknemer in te trekken en werknemer vrij te stellen van werkzaamheden. In de omstandigheden van dit geval, waarbij werknemer feitelijk de onderneming dreef, verhuurder was van het bedrijfspand, binnen het dienstverband een eigen onderneming exploiteerde, waarbij in sommige gevallen beheersactiviteiten door werkgeefster werden uitgevoerd en, zoals hij zelf stelt, 'het gezicht' van de onderneming was, rustte op hem een verdergaande verantwoordelijkheid jegens zijn werkgeefster dan een werknemer waarbij voornoemde omstandigheden zich niet voordoen. Naar het oordeel van de kantonrechter heeft werknemer de belangen van werkgeefster volledig uit het oog verloren op het moment dat hij, wegens kennelijke onenigheid met de erfgenamen van zijn broer, zonder aankondiging

of overleg tot ontruiming van het pand is overgegaan. De omstandigheid dat de bedrijfsvoering ook uit andere vestigingen kon worden voortgezet, doet daaraan niet af. Het is immers niet aan werknemer om te bepalen waar werkgeefster haar bedrijfsactiviteiten dient uit te voeren. Werknemer had zich dienen te richten op het belang van werkgeefster – dat wil zeggen de rechtspersoon – ook in de omstandigheid dat door erfopvolging hij te maken kreeg met nieuwe, maar hem reeds bekende aandeelhouders en bestuurders van de onderneming. Nu geen bijzondere persoonlijke omstandigheden zijn gesteld of gebleken, wordt geoordeeld dat sprake is van een dringende reden voor ontslag op staande voet. Volgt afwijzing van de vordering.

Instantie: Rechtbank Zeeland-West-Brabant

Datum uitspraak: 31-07-2013

ECLI: ECLI:NL:RBZWB:2013:6051

Zaaknummer: 745577 CV EXPL 12-6918

Rechters: A.J.M. van Breevoort

Advocaten: G.J.A. van Dinter en J.C. Broekman

Wetsartikelen: 7:677 BW en 7:678 BW

RECHTSPRAAK

werkgever/werkneemster

Vernietiging vaststellingsovereenkomst wegens misbruik van omstandigheden, te weten bewegen tot tekenen vaststellingsovereenkomst onder dreiging van ontslag op staande voet. Afhankelijke positie van werkneemster brengt met zich dat werkgever misbruik maakt van de omstandigheden. Wettelijke verhoging gematigd tot 10% omdat in casu geen sprake is van prikkelfunctie tot tijdige betaling

Werkgever heeft met werkneemster een vaststellingsovereenkomst ter beëindiging van de arbeidsovereenkomst gesloten. Volgens werkgever was de aanleiding een op 2 juni 2010 geconstateerde fraude in de urenregistratie, hetgeen volgens werkgever een dringende reden voor ontslag rechtvaardigde. Werkneemster stelt zich op het standpunt dat de vaststellingsovereenkomst tot stand is gekomen onder een wilsgebrek.

Het hof oordeelt als volgt. Ter beantwoording van de vraag of de omstandigheden waaronder werkneemster haar instemming heeft gegeven tot beëindiging van haar arbeidsovereenkomst meebrengen dat zij zich op vernietigbaarheid van deze rechtshandeling kan beroepen wegens misbruik van omstandigheden door werkgever, moet worden bezien of (1) werkgever wist of had moeten begrijpen dat werkneemster door bijzondere omstandigheden (bijvoorbeeld afhankelijkheid of onervarenheid) bewogen werd tot het geven van instemming, en (2) werkgever (desalniettemin) de instemming van werkneemster bevorderde terwijl hetgeen hij wist of had moeten begrijpen hem daarvan had behoren te weerhouden. Naar het oordeel van het hof komt werkneemster op voormelde grond een beroep toe op vernietiging van de vaststellingsovereenkomst. Daartoe is onder meer van belang dat werkneemster in een van haar werkgever afhankelijke positie bevond. Werkgever heeft werkneemster in het gesprek op 2 juni 2010 voorgehouden dat er een dringende reden bestond op grond waarvan de arbeidsovereenkomst met haar met onmiddellijke ingang kon worden beëindigd, terwijl werkgever naar het oordeel van het hof wist, althans behoorde te weten, dat een ontslag op staande voet gezien de omstandigheden in rechte waarschijnlijk geen stand zou houden. De

enkele omstandigheid dat werkneemster op 7 juni 2010 – vergezeld door haar man – op een aantal fouten in de concept-overeenkomst heeft gewezen, neemt niet weg dat ze nog steeds in een afhankelijkheidsrelatie en met onjuiste voorstelling van zaken de overeenkomst is aangegaan. Van werkneemster is niet gesteld of gebleken dat zij kundig of ervaren was op het gebied van het arbeidsrecht.

Het hof ziet wel in de omstandigheden van het geval aanleiding de wettelijke verhoging te matigen tot 10%. De wettelijke verhoging dient niet zozeer te worden beschouwd als schadevergoeding, maar is bedoeld als prikkel voor de werkgever om het loon op tijd te betalen. In het onderhavige geval is geen sprake van nalatigheid of slordigheid bij de loonbetaling door de werkgever, maar stelde werkgever zich op het standpunt dat zij niet langer gehouden was tot loonbetaling, omdat de arbeidsovereenkomst was geëindigd. Anders dan werkneemster betoogt, mist de met artikel 7:625 BW bedoelde prikkel tot tijdige betaling van loon daarom in dit geval werking. Anderzijds is er naar het oordeel van het hof wel sprake van verwijtbaarheid aan de werkgever, zodat het hof, ondanks het feit dat de beoogde betalingsprikkel werking mist, geen aanleiding ziet de wettelijke verhoging te matigen tot nihil.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 23-07-2013

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2013:5394

Zaaknummer: 200.104.829

Rechters: H. van Loo, A.A. van Rossum en H. van Leeuwen

Advocaten: R.J. Verweij en H.J. Stehouwer

Wetsartikelen: 7:900 BW, 3:44 BW, 3:40 BW en 7:625 BW

RECHTSPRAAK

werkgever/werknemer

Overplaatsing en demotie wegens niet goed uitoefenen van automatiseringswerkzaamheden in strijd met Stoof/Mammoet. Hoewel vertrouwensbreuk leidt tot ‘gewijzigde omstandigheden’, brengt dit een goed werkgever niet tot het doen van een redelijk voorstel zonder bijscholing of verbetertraject. Nieuwe standplaats leidt tot 4,5 uur extra reistijd

Werknemer (45 jaar) is sinds 1 januari 1985 werkzaam bij (rechtsvoorgangers van) werkgever. Volgens de salarisspecificatie over de maand januari 2013 was de functie van werknemer productie leider en bedroeg zijn salaris bij een 40-urige werkweek € 6.221,64 bruto per maand, exclusief 8% vakantietoeslag. In februari 2013 is er een woordenwisseling geweest tussen werknemer en werkgever. Volgens werkgever functioneerde werknemer niet goed op de bestaande opdracht (automatiseringswerkzaamheden) en locatie en zijn hem vervangende werkzaamheden aangeboden die werknemer zou hebben geaccepteerd. Werknemer betwist dat hij heeft ingestemd met de overplaatsing. De kantonrechter heeft de vordering tot wedertewerkstelling bevolen onder last van een dwangsom. De centrale vraag is of werkgever werknemer in een andere functie en op een andere locatie mocht tewerkstellen.

Het hof oordeelt als volgt. Bij de beantwoording van de vraag tot welke gevolgen een wijziging van de omstandigheden voor een individuele arbeidsrelatie kan leiden, dient in de eerste plaats te worden onderzocht of de werkgever daarin als goed werkgever aanleiding heeft kunnen vinden tot het doen van een voorstel tot wijziging van de arbeidsvoorwaarden, en of het door hem gedane voorstel redelijk is. In dat kader moeten alle omstandigheden van het geval in aanmerking worden genomen, waaronder de aard van de gewijzigde omstandigheden die tot het voorstel aanleiding hebben gegeven en de aard en ingrijpendheid van het gedane voorstel, en – naast het belang van de werkgever en de door hem gedreven onderneming – de positie van de betrokken werknemer aan wie het voorstel wordt gedaan en diens belang bij het ongewijzigd blijven van de arbeidsvoorwaarden. Nu de werknemer op deze wijze beschermd wordt tegen onredelijke voorstellen van de werkgever, en nu vervolgens nog dient te worden

onderzocht of aanvaarding van het door de werkgever gedane redelijke voorstel in het licht van de omstandigheden van het geval in redelijkheid van de werknemer gevegd kan worden, is het belang van de werknemer bij een ondanks de veranderde omstandigheden ongewijzigd voortduren van de arbeidsvoorwaarden voldoende gewaarborgd (HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1847). Mede gelet op de door werkgever in het geding gebrachte schriftelijke verklaringen acht het hof voorshands voldoende aannemelijk dat onvoldoende draagvlak bestond voor de wijze waarop werknemer het automatiseringsproject, waarmee hij zich sinds april 2012 bezighield, uitvoerde. In zoverre is vooralsnog dan ook voldoende aannemelijk dat sprake is van een wijziging van de omstandigheden. Het hof is voorshands van oordeel dat werkgever in de gewijzigde omstandigheden niet als goed werkgever aanleiding heeft kunnen vinden tot het doen van het onderhavige voorstel tot wijziging van de arbeidsvoorwaarden. Zoals de kantonrechter terecht heeft overwogen, is gesteld noch gebleken dat werkgever aan werknemer een opleiding of verbetertraject heeft aangeboden, alvorens te concluderen dat doorgaan zinloos was. Ook is niet gebleken van functionerings- of beoordelingsgesprekken met werknemer waarbij duidelijke afspraken zijn gemaakt over verbeterpunten. Integendeel, tussen de partijen staat vast dat, hoewel wekelijks overleg plaatsvond tussen de directie van werkgever en werknemer, pas op of kort na 20 februari 2013 door de directie aan werknemer te kennen is gegeven dat er geen vertrouwen meer was in een goede afloop van het project. Verder is het hof vooralsnog van oordeel dat het door werkgever gedane voorstel tot wijziging van de arbeidsvoorwaarden van werknemer door het aanbieden van een functie in de productie op de locatie X in de gegeven omstandigheden niet redelijk is. Daarbij heeft het hof in aanmerking genomen dat werkgever aan werknemer niet de gelegenheid heeft geboden om, eventueel met hulp, te komen tot een aanpassing van de wijze waarop hij het automatiseringsproject uitvoerde, en dat het gedane voorstel zeer ingrijpend was voor werknemer (zijn woon-werkreistijd zou ongeveer 4,5 uur per dag gaan bedragen), terwijl bovendien tussen de partijen onvoldoende vaststond wat de aard en inhoud van de functie zouden zijn.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 16-07-2013

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2013:5224

Zaaknummer: 200.126.203

Rechters: I.A. Katz-Soeterboek, H.M. Wattendorff en A.A. van Rossum

Advocaten: F. Kolkman en G.J. Ligtenberg

Wetsartikelen: 7:611 BW en 7:613 BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/werkgeefster

Werkneemster stelt zich na arbeidsconflict beschikbaar voor arbeid, maar werkgeefster is niet voornemens om werkneemster nog op te roepen. Nieuwe feiten na loonvordering in kort geding. Non-actiefstelling komt voor risico werkgeefster. Toewijzing loonvordering

Werkneemster is in dienst als verkoopster. Tussen partijen is een arbeidsconflict ontstaan. Werkneemster heeft zich vervolgens ziek gemeld. Een deskundige van het UWV heeft vastgesteld dat werkneemster haar werkzaamheden per 1 november 2012 weer kan verrichten. Een gesprek tussen partijen heeft niet tot oplossing van het conflict geleid. Een door werkgeefster ingediend ontbindingsverzoek is ingetrokken. De door werkneemster ingestelde loonvordering vanaf 29 november 2012 is afgewezen vanwege de betrekkelijk onredelijke opstelling van werkneemster. Op 1 maart 2013 heeft werkneemster haar werkzaamheden hervat in een filiaal in Alphen aan den Rijn. Werkgeefster heeft dezelfde dag kenbaar gemaakt dat werkneemster vanwege haar disfunctioneren niet meer zal worden tewerkgesteld en dat werkneemster in dienst kan blijven zonder loondoorbetaling, waarbij het werkneemster vrij staat de arbeidsovereenkomst op te zeggen. Thans vordert werkneemster loondoorbetaling vanaf 1 maart 2013.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Anders dan werkgeefster stelt, heeft werkneemster wel degelijk een spoedeisend belang bij haar vordering. Na het vonnis waarin de loonvordering van werkneemster is afgewezen, hebben zich nieuwe feiten voorgedaan: werkgeefster heeft het ontbindingsverzoek ingetrokken en aangegeven niet voornemens te zijn werkneemster nog op te roepen. Werkneemster heeft zich uitdrukkelijk beschikbaar gesteld voor arbeid en feitelijk ook op 1 maart 2013 werkzaamheden verricht. Feitelijk is werkneemster op non-actief gesteld. Dit komt op grond van artikel 7:628 BW voor risico van werkgeefster. De voorgeschiedenis en de door werkgeefster gestelde verstoorde arbeidsverhouding is in dat verband naar voorlopig oordeel van de kantonrechter niet (meer) relevant. Volgt toewijzing van de loonvordering.

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 02-07-2013

Zaaknummer: 1258331 \ CV EXPL 13-762

RECHTSPRAAK

werknemer/CV X

Op werknemer rust bewijslast en bewijsrisico aan te tonen dat in feite zes in plaats van vijf dagen arbeid is verricht. Werkgeefster hoeft niet te bewijzen dat werknemer slechts vijf dagen arbeid heeft verricht

Werknemer is op 1 april 2005 bij CV X in dienst getreden als keukenhulp voor gemiddeld 38 uur per week. Op de arbeidsovereenkomst is de cao voor het horeca- en aanverwante bedrijf van toepassing. Werknemer is op 1 juli 2009 arbeidsongeschikt geraakt. Hij heeft aanspraak gemaakt op betaling van overuren. Hij heeft gesteld dat hij gedurende zijn dienstverband altijd meer dan 38 uur per week heeft gewerkt. In werkelijkheid heeft hij zes dagen per week, in totaal minimaal 49 uren per week gewerkt, aldus werknemer. Op basis hiervan heeft werknemer betaling door CV X van een bedrag in totaal van € 18.148,29 bruto gevorderd. De kantonrechter heeft deze vordering afgewezen.

Het hof oordeelt als volgt. Het hof stelt voorop dat op werknemer de bewijslast rust dat hij 49 uur per week, dus in dit verband ten minste zes dagen per week, heeft gewerkt. Daarmee rust het bewijsrisico op hem, ook in een situatie dat het bewijs elkaar over en weer in evenwicht zou houden en dus niet komt vast te staan of werknemer vijf of zes dagen per week heeft gewerkt. Werkgeefster op haar beurt is niet gehouden het bewijs van het tegendeel te leveren, in dit geval dat, zoals zij stelt, werknemer vijf dagen per week heeft gewerkt. Gelet op de verschillende getuigenverklaringen acht het hof werknemer niet geslaagd in het door hem te leveren bewijs dat hij zes dagen per week heeft gewerkt. Steekproefsgewijze controle door het hof van de urenlijsten levert nog op dat er telkens in een werkweek twee niet ingevulde (dus vrije) dagen voorkomen, terwijl de lijsten steeds opvolgend en zonder onderbrekingen zijn ingevuld, hetgeen de stelling van werkgeefster dat werknemer in de periode van maandag tot en met donderdag twee dagen vrij had ondersteunt.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 02-07-2013

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2013:4668

Zaaknummer: 200.097.654

Rechters: E.B. Knottnerus, M.F.J.N. van Osch en H.M. Wattendorff

Advocaten: S.T.W. Verhaagh en R.H.G. Evers

Wetsartikelen: 7:628 BW, 150 Rv en 164 Rv

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgeefster

Assistent Manager hotel voert diverse keren integrale kamercheck onjuist uit en heeft hiervoor verschillende (officiële) waarschuwingen gekregen. Ontslag op staande voet rechtsgeldig

Werknemer is als Assistent Manager in dienst van een hotel. Werknemer heeft diverse (officiële) waarschuwingen gekregen, omdat hij zijn zaken niet op orde heeft en zijn taken niet naar behoren uitvoert. Op 7 februari 2013 heeft werkgeefster werknemer opnieuw een schriftelijke waarschuwing gestuurd en aangegeven dat dit de laatste waarschuwing is. Indien nogmaals mocht blijken dat het functioneren van werknemer onder de norm is en integrale checks niet goed worden gedaan, volgt ontslag op staande voet. Nadat bij een controle van een kamer wederom is gebleken dat deze niet schoon was en absoluut niet door werknemer goedgekeurd had mogen worden, is hij op staande voet ontslagen. Werknemer beroept zich thans op de vernietigbaarheid van het ontslag op staande voet en vordert wedertewerkstelling en loondoorbetaling. Werkgeefster heeft een voorwaardelijk ontbindingsverzoek ingediend.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Gelijktijdig met deze mondelinge behandeling heeft de behandeling van het voorwaardelijk ingediende ontbindingsverzoek plaatsgevonden waarin heden uitspraak wordt gedaan. Werkgeefster heeft voldoende aannemelijk gemaakt dat zij, met het oog op haar bedrijfsvoering en in het bijzonder tot het behoud van (tevreden) klanten, een groot belang heeft bij een correcte uitvoering van de integrale check van de verhuurbaarheid van kamers. Werknemer is er herhaaldelijk op gewezen dat hij het uitvoeren van de kamercheck diende te verbeteren. Werkgeefster heeft met de diverse waarschuwingen en de laatste officiële waarschuwing zeer duidelijk gemaakt dat nog meer fouten niet meer geaccepteerd zouden worden, waarbij ontslag op staande voet in het vooruitzicht is gesteld. Het had werknemer volkomen helder moeten zijn dat een volgende onjuist uitgevoerde integrale kamercheck voor werkgeefster de druppel zou zijn die de emmer zou doen overlopen. Mede gelet op de voorbeeldfunctie van werknemer is voldoende aannemelijk dat een bodemrechter tot het oordeel komt dat het ontslag op staande voet rechtsgeldig is gegeven. Volgt afwijzing van de vorderingen. Het voorwaardelijk ontbindingsverzoek is wegens een dringende reden toegewezen.

Instantie: Rechtbank Zeeland-West-Brabant

Datum uitspraak: 27-06-2013

Zaaknummer: 2066713 VV EXPL 13-303

RECHTSPRAAK

werkneemster/mr. A.P. Ploeger

Dat kantonrechter buiten de omvang van het geding is getreden door het verrichten van bereikbaarheids- en aanwezigheidsdiensten in het weekend aan de orde te stellen, terwijl het partijdebat zich beperkte tot het verrichten van bereikbaarheids- en aanwezigheidsdiensten in de avond en nacht, is niet komen vast te staan. Afwijzing wrakingsverzoek

Tussen werkgever en werkneemster is in geschil of werkneemster gehouden is tot het verrichten van aanwezigheids- en bereikbaarheidsdiensten. Werkneemster heeft de kantonrechter in de hoofdzaak gewraakt. Zij stelt daartoe het volgende. Bij de comparitie van partijen en bij tussenvonnis van 31 januari 2013 is de kantonrechter buiten de omvang van het geding getreden door het verrichten van bereikbaarheids- en aanwezigheidsdiensten in het weekend aan de orde te stellen, terwijl het partijdebat zich beperkte tot het verrichten van bereikbaarheids- en aanwezigheidsdiensten in de avond en nacht. In een akte na tussenvonnis van 14 maart 2013 heeft werkneemster dit aan de orde gesteld. Bij rolbeslissing van 28 maart 2013 heeft de kantonrechter de akte in zijn geheel geweigerd. Dit heeft de bij werkneemster bestaande vrees voor (schijn van) partijdigheid van de kantonrechter verder versterkt.

Naar het oordeel van de wrakingskamer is niet komen vast te staan dat de kantonrechter de kwestie van de weekenddiensten buiten partijen om aan de orde heeft gesteld. De concept-zittingsaantekeningen bieden daarvoor geen grondslag en bovendien heeft mr. Kessels (advocaat werkgever) ter zitting van de wrakingskamer laten weten dat zij deze kwestie aan de orde heeft gesteld nadat de comparitie van partijen was geschorst voor overleg. Voor deze lezing bieden de concept-zittingsaantekeningen wél grondslag. Maar zelfs als zou worden uitgegaan van de juistheid van de stelling van werkneemster, zou dit niet tot toewijzing van het verzoek hebben kunnen leiden, omdat dit een typische klacht is die door het rechtsmiddel van hoger beroep aan de orde kan worden gesteld. Wraking kan niet fungeren als rechtsmiddel tegen onjuiste of onwelgevallige beslissingen. De rolbeslissing van 28 maart 2013

is voorts een procedurele beslissing en vormt onvoldoende grond voor wraking. Volgt afwijzing van het wrakingsverzoek.

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 26-04-2013

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2013:10527

Zaaknummer: 440559 / KG RK 13-737

Rechters: E.A.G.M. van Rens, J.G.J. Brink en J. Th. van Walderveen

Advocaten: M.A.M. Lem

Wetsartikelen: 37 Rv en 6 EVRM

RECHTSPRAAK

werkneemster/Stichting Jeugdhulp Friesland

Werkgever niet gebonden aan toezegging van manager tot betaald studieverlof voor het volgen van niet-functiegerichte opleiding wegens strijdigheid met standaard-cao. Evenmin sprake van schending artikel 7:611 BW wegens aangeboden compensatie bij ongedaanmaking toezegging

Werkneemster is op 1 september 2005 als pedagogisch medewerker B in dienst getreden bij Jeugdhulp. Op de arbeidsovereenkomst is de CAO Jeugdzorg van toepassing. Begin 2008 is werkneemster begonnen met een HBO-studie Sociaal Pedagogische Hulpverlening. A, de direct leidinggevende van werkneemster, heeft op enig moment aan werkneemster, op haar verzoek, een studiefaciliteit toegekend, inhoudende dat zij één dag per week aan haar studie zou kunnen besteden, zonder dat dit haar geld zou kosten. Deze afspraak werd mondeling gemaakt. A was op dat moment nog maar kort in functie. Op 29 september 2009 heeft Jeugdhulp aan werkneemster bericht dat de toezeggingen van A in strijd waren met het beleid. Ter compensatie is een bijdrage van 50% voor het lopende studiejaar aangeboden. Daarna zouden er geen studiefaciliteiten meer aangeboden worden. Werkneemster is in 2011 afgestudeerd. In deze procedure vordert ze loon over de dag dat zij met behoud van loon zou zijn vrijgesteld.

Het hof oordeelt als volgt. De toepasselijke cao (versie 2008) heeft in beginsel een standaardkarakter (zie artikel 7 lid 2) maar artikel 7 lid 4 van de cao maakt voor voor studiefaciliteiten een uitzondering, waarbij toestemming van de ondernemingsraad is vereist. De cao voorziet (artikel 48 en uitvoeringsregeling J lid 3) in de mogelijkheid van betaald verlof voor – maximaal – het volgen van de colleges en het afleggen van de tentamens, en eventueel ter voorbereiding van een examen. Het hof constateert dat noch de door werkneemster thans gepresenteerde afspraak noch de regeling zoals die volgens Jeugdzorg luidt, in overeenstemming is met het afwijkende beleid van Jeugdzorg. Evenmin verdragen deze afspraken zich letterlijk met de tekst van de cao. Met de cao strijdige afspraken zijn nietig, op grond van artikel 12 van de Wet CAO, zodat het Jeugdzorg vrijstond op de – in haar ogen – onbevoegd door A gemaakte afspraken terug te komen, terwijl werkneemster geen nakoming

van deze nietige afspraken kan vorderen. De vordering van werknemster kan op de gestelde grondslag niet worden toegewezen. Op eisen van goed werkgeverschap heeft werknemster zich niet beroepen. Nu Jeugdzorg compensatie heeft aangeboden (in de vorm van betaling van 50% van het collegegeld) en werknemster daar geen gebruik van heeft willen maken om haar moverende reden, acht het hof het niet aangewezen om die niet gestelde grondslag verder te exploreren. De aangeboden compensatie komt het hof genoegzaam voor. Het zou Jeugdzorg wel sieren dat zij dit aanbod – ook al is het aanvankelijk afgewezen – alsnog gestand zou doen.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 13-08-2013

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2013:5950

Zaaknummer: 200.095.498/01

Rechters: J.H. Kuiper, M.E.L. Fikkers en K.M. Mollema

Advocaten: R.W. de Casseres en D. Kneppel

Wetsartikelen: 7:611 BW

ANNOTATIE

Het incorporatiebeding als tweederangs contractuele bepaling

R.M. Beltzer

1. Inleiding

Dat in geval van overgang van onderneming tevens op dat moment lopende cao's mee overgaan naar de verkrijger, zal menige arbeidsjurist inmiddels wel weten. Deze regel, opgenomen in artikel 3 lid 3 van Richtlijn 2001/23 inzake overgang van ondernemingen (hierna: de richtlijn) en geïmplementeerd in artikel 14a Wet CAO en artikel 2a Wet AVV, heeft al menige pen in beweging gebracht. Het risico een ondernemingsvreemde cao binnen de eigen onderneming te moeten toepassen, eventueel naast de eigen cao, of zelfs twee cao's op een en dezelfde werknemer te moeten toepassen – het probleem van 'botsende' cao's – is een voor de verkrijger weinig aantrekkelijk vooruitzicht, zeker indien men bedenkt dat de overgekomen cao na afloop ervan kan nawerken. Niettemin is het lastig aan dit risico te ontkomen, zoals de Hoge Raad heeft verduidelijkt in zijn arrest Rode Kruis Ziekenhuis/Te Riet (HR 10 januari 2003, *JAR* 2003/38).

Het is onwaarschijnlijk dat de richtlijnwetgever op de hoogte is van de verschillende manieren waarop binnen de – inmiddels – EU-28 is geregeld hoe collectieve arbeidsvoorwaarden de individuele relatie tussen werkgever en werknemer kunnen beïnvloeden. Het systeem van door- en nawerking, zoals dat in Nederland bestaat, is zeker niet de EU-standaard. Zo kent men in België nationale cao's, die in feite de status van wetgeving hebben. In Duitsland is het systeem vergelijkbaar met dat in Nederland (de aartsvader van de cao, Hugo Sinzheimer, stond aan de wieg van de vormgeving van de regeling van de cao in beide landen), maar daar kent men niet het systeem van (langdurige) nawerking. In het Verenigd Koninkrijk roepen cao's zelf in het geheel geen juridische binding in het leven en is een incorporatiebeding noodzakelijk om de collectieve arbeidsvoorwaarden contractuele werking te verschaffen. Uit de zaak-Scattolon (HvJ EU 6 september 2011, *JAR* 2011/262) blijkt dat de Italiaanse wet het mogelijk maakt de eigen cao direct na overgang op het overgekomen personeel toe te passen, met opzetting van de cao van de vervreemder (zie hierover mijn bijdrage aan *Tijdschrift voor*

Arbeid & Onderneming, 2012/2, p. 55-62: 'Botsende cao's na overgang van onderneming – een blik voorbij Lobith'). Artikel 3 lid 3 van de richtlijn zal daarom in de lidstaten verschillende (interpretatie)vragen oproepen.

In veel EU-landen is het zo dat de cao normatieve werking kent voor vakbondsleden; niettemin heeft de cao in de praktijk een aanmerkelijk grotere dekking dan het aantal vakbondsleden zou doen vermoeden. De verklaring van deze discrepantie zit in het bestaan van zogenoemde incorporatiebedingen: de werkgever hanteert in de individuele arbeidsovereenkomsten het beding dat de arbeidsovereenkomst wordt beheerst door de bij de werkgever geldende cao. Veelal hebben dergelijke bedingen een dynamisch karakter: het beding ziet niet alleen op de bij het sluiten ervan geldende cao, maar ook op opvolgende versies ervan. De Nederlandse rechter treedt de werkgever welwillend tegemoet: zelfs indien nadien een andere cao bij de werkgever gaat gelden, is de rechter genegen het beding tevens op die cao te laten zien (Hof Den Haag 31 maart 2006, *JAR* 2006/136). Daar valt wat voor te zeggen. De werkgever en de werknemer beogen immers in het algemeen de voor de onderneming dan wel de bedrijfstak gebruikelijke collectieve arbeidsvoorwaarden op hun arbeidsovereenkomst van toepassing te laten zijn. In Haviltex-termen: partijen mogen dat van elkaar verwachten op het moment dat zij het beding overeenkomen. Daaruit vloeit voort dat een incorporatiebeding na overgang van onderneming naar Nederlands recht niet de verkrijger het recht geeft diens eigen cao met een beroep op dit eveneens overgegangene beding direct toe te passen op het overgekomen personeel. Díe cao had het personeel immers niet behoeven te verwachten (zeker indien de verkrijger zich in een andere branche beweegt). De Haviltex-norm verzet zich tegen een dergelijke, ruime uitleg van het incorporatiebeding (Hof Den Haag 20 januari 2009, *JAR* 2009/72).

2. Het Hof van Justitie en de statische leer: Werhof

De vraag heeft zich voorgedaan of de werknemer zich ten opzichte van de verkrijger kan blijven beroepen op zijn voor de overgang met de vervreemder gesloten incorporatiebeding in die zin, dat tevens na de overgang gesloten cao's waaraan de vervreemder gebonden raakt, de verhouding tussen de werknemer en de verkrijger kunnen beheersen. Haviltex of niet: de wet schrijft dwingende overgang van alle rechten en verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst voor en de verkrijger zal zich deze arbeidsovereenkomst simpelweg moeten laten welgevalen (artikel 7:663 BW). Een dergelijke uitkomst zou zich echter lastig verhouden tot de tevens in artikel 3 lid 3 van de richtlijn opgenomen eindigingsgronden: de verkrijger behoeft de cao van de vervreemder niet langer toe te passen indien deze cao afloopt, of indien de verkrijger na de overgang aan een cao gebonden wordt of een cao op het overgekomen personeel toepast. In het Werhof-arrest (HvJ EG 9 maart 2006, *JAR* 2006/83) heeft het Hof van Justitie bepaald dat die verplichte gebondenheid inderdaad in ieder geval eindigt indien zich een van deze

eindigingsgronden (voor Nederland: zie het tweede lid van respectievelijk artikel 14a Wet CAO en 2a Wet AVV) voordoet. (Zie over deze zaak A.F. Bungener en E. Koot-van der Putte, 'Cao-recht en incorporatie na overgang van onderneming. De positie van de ongebonden werkgever nader beschouwd', *TRA* 2010, 45, R.M. Beltzer, 'Overgang van cao-bepalingen: bevrozing of dynamiek', *ArA* 2006, p. 52-62 en F.B.J. Grapperhaus, 'De betekenis van de vervreemder-cao in de fase na de overgang van onderneming', in: Antoine Jacobs en Frans Pennings (red.), *Een inspirerende Fase in het sociaal recht*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2007, p. 41-50.) Hoe incorporatiebedingen ook mogen zijn geformuleerd: zij kunnen slechts zien op de op het moment van overgang voor de vervreemder geldende cao, niet op toekomstige versies daarvan of op andere cao's waaraan de vervreemder na overgang gebonden wordt. Van belang is hetgeen het Hof in r.o. 28 van het Werhof-arrest overwoog:

'Voor de uitlegging van artikel 3, lid 1, van de richtlijn kan een clausule die verwijst naar een collectieve overeenkomst niet worden geacht een grotere reikwijdte te hebben dan de overeenkomst waarnaar zij verwijst. Bijgevolg moet rekening worden gehouden met artikel 3, lid 2, van de richtlijn [nu: lid 3; RMB], dat beperkingen aanbrengt op het beginsel dat de collectieve overeenkomst waarnaar de arbeidsovereenkomst verwijst toepasselijk is.'

Het Hof oordeelde dat het geenszins de bedoeling van de communautaire wetgever is geweest de verkrijger te binden aan 'andere collectieve overeenkomsten dan die welke van kracht was op het tijdstip van de overgang en hem bijgevolg heeft willen verplichten de arbeidsvoorwaarden naderhand te wijzigen door middel van toepassing van een nieuwe, na de overgang gesloten overeenkomst' (r.o. 29; lees: een overeenkomst waarbij hij zelf geen partij is geweest).

Ter ondersteuning van zijn stelling wees het Hof in r.o. 31-33 op de belangen van de verkrijger 'die de aanpassingen en veranderingen moet kunnen doorvoeren waartoe de voortzetting van zijn activiteiten noopt' (r.o. 31). De opvatting van Werhof zou een inbreuk opleveren op de vrijheid van vereniging, welke vrijheid mede ziet op het recht zich niet te verenigen. Daarbij wees het Hof niet alleen op enkele EHRM-uitspraken en op artikel 11 van het Verdrag van Rome, maar ook op het feit dat het genoemde recht een van de grondrechten is die volgens vaste rechtspraak van het Hof in de communautaire rechtsorde bescherming genieten. Zou aan de contractuele verwijzingsclausule het door Werhof beoogde dynamische karakter moeten worden toegekend, dan zou het fundamentele recht van de verkrijger zich niet te verenigen kunnen worden aangetast. In de woorden van A-G Colomer: 'the referral cannot continue *sine die*' (overweging 47 van de conclusie bij het arrest).

Het arrest is in Nederland zo opgevat, dat incorporatiebedingen in geval van overgang van onderneming een statisch karakter hebben. Het arrest heeft wel enkele vragen opgeroepen. Zo

gaat het in geval van overgang van een incorporatiebeding om overgang van een contractuele afspraak en niet om overgang van een cao als zodanig. Contractuele afspraken zijn niet in tijdsduur beperkt en men kan verdedigen dat artikel 3 lid 3 van de richtlijn daar in het geheel niet op ziet – men valt voor contractuele afspraken terug op de hoofdregel van artikel 3 lid 1, dat simpelweg stelt dat alle rechten en verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst overgaan, zonder enige (tijds)beperking. Dat brengt bijvoorbeeld mee dat indien op het moment van overgang in een arbeidsovereenkomst staat dat de betreffende werknemer de komende vijf jaar elk jaar 5% loonsverhoging krijgt, dat een voor overgang vatbaar recht is. Het recht behoeft immers niet direct afdwingbaar te zijn, het behoeft slechts te bestaan (HvJ EG 7 februari 1985, NJ 1985, 900 (Abels)). Cao's duren meestal geen vijf jaar, en voor de meeste cao's geldt in de praktijk dat de loonparagraaf de belangrijkste is. Waarom zou de juridische situatie een andere zijn wanneer dat recht op loonsverhoging op basis van een geïncorporeerde cao bestaat – nu en, het gebruik volgend, in nog niet bestaande, maar zeker te verwachten, toekomstige cao's? Wordt de verkrijger daardoor al te zeer geschaad? Of zit het verschil in het feit dat men artikel 3 lid 3 zo dient te lezen, de onder 2 genoemde verschillen tussen de lidstaten indachtig, dat de bepaling ziet op elke overgang van arbeidsvoorwaarden die collectief zijn *gevormd*, ongeacht welke juridische status deze in enige lidstaat hebben?

3. Parkwood: dynamisch wordt statisch

De uitkomst in de zaak *Alemo Herron e.a./Parkwood Leisure Ltd.* (HvJ EU 18 juli 2013, nr. C-426/11), onderwerp van deze annotatie, lijkt deze laatste stelling te bevestigen. Een korte schets van de casus moge volstaan. In 2002 vond overdracht plaats van de werkzaamheden gemeentelijke dienst 'vrije tijd' van de London Borough of Lewisham (The Council) aan CCL – een particuliere onderneming. De werknemers kwamen in dienst bij CCL. In mei 2004 droeg CCL de dienst c.q. onderneming over aan de eveneens particuliere onderneming Parkwood Leisure Ltd. (hierna: Parkwood). Voor overgang bepaalden de arbeidsovereenkomsten van het betreffende personeel dat de binnen de National Joint Council for Local Government Services (NJC) overeengekomen arbeidsvoorwaarden van toepassing waren op de werknemers van deze dienst. Hetzelfde gold voor 'overeenkomsten die op lokaal niveau door de onderhandelingscommissies van [Lewisham] worden gesloten'. Het incorporatiebeding had een onmiskenbaar dynamisch karakter.

Binnen de NJC werd in juni 2004 een nieuwe cao gesloten, die met terugwerkende kracht van 1 april 2004 tot 31 maart 2007 van kracht werd. Parkwood – dat op 1 mei 2004 de onderneming had overgenomen – concludeerde dat de nieuwe cao haar niet zou binden omdat deze tot stand was gekomen na de overgang van de onderneming. Hier zit overigens voor Parkwood nog een juridische complicatie die in de procedure niet uit de verf komt. De cao werd weliswaar na overgang (die in mei plaatsvond) overeengekomen, maar trad met

terugwerkende kracht in werking op een datum die nog voor de overgang lag (april). Denkbaar is dat hieruit geconcludeerd mag worden dat deze cao op grond van de hoofdregel van artikel 3 lid 3 door de verkrijger gerespecteerd diende te worden. (Zie over deze problematiek R.M. Beltzer en E. Verhulp, *Capita selecta cao-recht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, caput 6.)

Omdat Parkwood weigerde de binnen de NJC overeengekomen arbeidsvoorwaarden na te komen, startten de werknemers een procedure. De zaak kwam bij het Employment Tribunal (2008: verwerping eisen), het Employment Appeal Tribunal (2009: toewijzing eisen) en het Court of Appeal (2010: bevestiging beslissing Employment Tribunal). Het laatste college verwees naar de Werhof-zaak ter afwering van de stelling dat het incorporatiebeding ook kon zien op na overgang overeengekomen cao's. The Supreme Court schorste de zaak en stelde, geparafraseerd, de volgende prejudiciële vragen:

Vragen 1 en 2: Verlangt, veroorlooft of verbiedt artikel 3 lid 3 van de richtlijn de lidstaten in geval van overgang van onderneming dynamische clausules die verwijzen naar toekomstige cao's over te laten gaan? Wat is hierbij de reikwijdte van het in 2006 gewezen arrest Werhof?

Vraag 3: Indien de dynamische verwijzingsclausules verenigbaar zijn met de richtlijn, zijn deze dan niettemin in strijd met artikel 11 van het EVRM?

A-G Cruz Villalón stelde in zijn conclusie (van 19 februari 2013) voorop dat lidstaten een ruime vrijheid van handelen hebben bij het uitvoeren en toepassen van de richtlijn. Het doel van de richtlijn is immers de materie slechts gedeeltelijk te harmoniseren. Een dergelijke handelsvrijheid blijkt ook uit artikel 8 van de richtlijn. De A-G concludeerde dat het de lidstaten niet verboden is op basis van de richtlijn het mogelijk te maken dat bij de overgang van een onderneming dynamische verwijzingsclausules (= incorporatiebedingen) worden overgedragen en deze clausules daarbij hun dynamische karakter behouden. Daarbij stelde de A-G vast dat het Hof niet in algemene zin heeft verklaard dat het behoud van de effecten van dynamische verwijzingsclausules naar toekomstige collectieve overeenkomsten in strijd zou zijn met de richtlijn. Voorts verwees de A-G naar twee belangrijke verschillen in de zaak-Werhof ten opzichte van de Parkwood-zaak. Ten eerste was de verwijzingsclausule uit de arbeidsovereenkomst van Werhof naar de collectieve overeenkomst statisch van karakter. De richtlijn legt in dat geval geen dynamische bescherming op, aldus de A-G. Een beperking ten aanzien van deze stelling zit in het feit dat in de officiële stukken die online zijn gepubliceerd de tekst van het verwijzingsbeding uit de arbeidsovereenkomst van Werhof niet is opgenomen. De stelling van de A-G kan dus niet door niet-ingewijdenen worden gecontroleerd. Een ander verschil zag de A-G in het feit dat in Duitsland een beperking van de duur van de gebondenheid aan de cao van de vervreemder geldt, en wel tot een jaar na de

overgang. (Een interessante vraag is of de beperking tot een jaar ook op het incorporatiebeding zelf kan zien. In mijn optiek is dat zo.) Het Hof oordeelde in Werhof: 'een clause die verwijst naar een collectieve overeenkomst kan niet worden geacht een grotere reikwijdte te hebben dan de overeenkomst waarnaar zij verwijst.' In het licht van de casus was dat volgens de A-G een begrijpelijke redenering: wat statisch is, wordt niet door overgang van onderneming ineens dynamisch. Naar het oordeel van de A-G heeft het Hof in de Werhof-zaak dus alleen een verplicht dynamisch karakter afgewezen.

Ten aanzien van de derde vraag stelde de A-G vast dat in casu niet artikel 11 EVRM (verenigingsvrijheid) in het geding is, nu het probleem is dat Parkwoord binnen NJC überhaupt geen vertegenwoordiging heeft of had. De situatie staat wel op gespannen voet met de vrijheid van ondernemerschap, opgenomen in artikel 16 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. Deze vrijheid, die in het geding zou zijn als te zware eisen aan een overname worden gesteld, moet worden afgewogen tegen andere grondrechten, hetgeen een taak van de nationale rechter is. De A-G nam vast een voorschot op de uitkomst door te overwegen dat het Britse recht zeer flexibel is en dynamische clauses heronderhandeld kunnen worden – cao's hebben uit zichzelf geen bindende kracht, maar zijn slechts contractueel bindend als partijen bij de arbeidsovereenkomst dat overeenkomen. Artikel 16 van het Handvest is dus, als ik het goed lees, naar het oordeel van de A-G niet in geding.

Zou het Hof de A-G hebben gevolgd, dan zou naar Nederlands recht het incorporatiebeding na overgang van onderneming vaker wel dan niet een dynamisch karakter worden toegekend. Dergelijke bedingen hebben immers, zoals ik reeds vermeldde, traditioneel een zeer ruim bereik. Zo ver is het echter niet gekomen. Het Hof van Justitie heeft in zijn arrest van 18 juli 2013 aansluiting gezocht bij zijn overwegingen uit het Werhof-arrest. Het Hof stelt bij de beantwoording van de prejudiciële vragen – die hij tezamen beantwoordt – al snel voorop dat de richtlijn weliswaar de werknemer meer rechten kan bieden (artikel 8), maar dat de richtlijn evenzeer beoogt een evenwicht te creëren tussen de belangen van de werknemer en die van de verkrijger: de verkrijger moet de aanpassingen en veranderingen kunnen doorvoeren waartoe de voortzetting van zijn activiteiten noopt.

Het Hof lijkt belang te hechten aan de specifieke omstandigheden van de voorliggende zaak. Zo overweegt hij onder 26 dat het in casu gaat om de overgang van een onderneming tussen een publiekrechtelijke en een privaatrechtelijke rechtspersoon. In een dergelijk geval, aldus het Hof, 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 clause 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' (r.o. 27-29).

Over de verhouding tussen artikel 16 van het Handvest en artikel 3 lid 3 van de richtlijn oordeelt het Hof 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 (r.o. 33). In deze zaak kon Parkwood echter onmogelijk bij de collectieve onderhandelingen worden betrokken en dus zijn belangen niet doeltreffend doen gelden; evenmin kon 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' (r.o. 34). De contractsvrijheid van die verkrijger is dus zodanig beperkt dat zijn vrijheid van ondernemerschap in de kern dreigt te worden aangetast (r.o. 35). Artikel 3 van de richtlijn, gelezen in samenhang met artikel 8 daarvan, kan niet zo 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 (r.o. 36).

Het Hof besluit: '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.'

4. Enkele punten ter overdenking

De zaak heeft in het Verenigd Koninkrijk tot discussie geleid. Het arrest heeft zelfs inmiddels een eigen pagina op Wikipedia:

(http://en.wikipedia.org/wiki/Parkwood_Leisure_Ltd_v_Alemo-Herron). Daar kan men lezen dat het gevoel is dat het Hof van Justitie incorporatiebedingen in zekere zin als 'tweederangs' beschouwt: "The Alemo-Herron decision of the Court of Appeal would imply that a collective agreement would rank with secondary status compared to other "dynamic"

contract terms, such as an inflation-linked index of pay increases.’ Ik roep in herinnering (par. 2) mijn vergelijking met het individueel overeengekomen beding waarin op de lange termijn (periodiek) arbeidsvoorwaarden in het vooruitzicht worden gesteld.

Enkele zaken vallen aan het arrest op. Ten eerste kan men zich afvragen in hoeverre het feit dat de overgang van een publiekrechtelijke naar een privaatrechtelijke rechtspersoon was, gewicht in de schaal heeft gelegd. In Nederland zou een dergelijke overgang overigens snel stranden zodra het betrokken personeel van de vervreemder de ambtelijke status heeft: dat wordt immers niet ingevolge artikel 7:662 e.v. BW beschermd (HvJ EG 14 september 2000, *JAR* 2000/225 (Collino & Chiappero/Telecom Italia) en HvJ EG 26 september 2000, *JAR* 2000/239 (Mayeur/APIM)). Het Hof lijkt te impliceren dat de verkrijger in een dergelijke situatie vrijwel steeds de nodige aanpassingen zal moeten (kunnen) verrichten, omdat de verschillende arbeidsvoorwaardenpakketten uiteen zullen lopen. Een dergelijk uiteenlopen zien we echter bij elke overgang van onderneming waarbij vervreemder en verkrijger zich in verschillende bedrijfstakken bevinden. Denk aan de overdracht van de catering van Schiphol of een onderneming als Heineken (eerst zelf uitgevoerd) naar een professionele cateraar (outsourcing). Met wat goede wil voor werkgevers is in het arrest te lezen dat de verkrijger meer (ver)mag ten aanzien van de wijziging van arbeidsvoorwaarden indien hij zich in een substantieel andere arbeidsvoorwaardelijke situatie bevindt dan de vervreemder.

Ten tweede lijkt het Hof, voor zijn stelling dat de vrijheid van ondernemerschap prevaleert, belang te hechten aan het feit dat Parkwood niet vertegenwoordigd kón worden bij het collectieve-arbeidsvoorwaardenoverleg, daarbij verwijzend naar het feit dat Parkwood niet vertegenwoordigd werd in de NJC, een publiekrechtelijk lichaam. In Nederland zal feitelijk ook steeds van die situatie sprake zijn (waarbij het feit dat de vervreemder zich in de publieke sector bevindt en de verkrijger niet, in mijn optiek van minder groot belang is). Partijen kiezen immers zelf hun contractpartijen uit. In geval van een ondernemings-cao is het vrijwel uitgesloten dat een derde-werkgever zich daar als (vertegenwoordigde) partij in mengt. Zou een buiten de bedrijfstak opererende werkgever met succes toegang tot cao-overleg kunnen afdwingen met een beroep op dit arrest in het geval hij overgang van onderneming-perikelen verwacht? En is ‘erbij zitten’ dan genoeg, of moet hij daadwerkelijke onderhandelingsmacht krijgen? Dat laatste is zeker niet eenvoudig in het systeem te passen. De situatie is anders indien het gaat om een bedrijfstak-cao ten aanzien van de bedrijfstak waarin ook de verkrijger opereert. De verkrijger kan zich dan gemakkelijker laten vertegenwoordigen. Zou de conclusie dan mogen zijn dat indien een verkrijger ervoor kiest niet mee te doen aan het collectieve-arbeidsvoorwaardenoverleg, hij niettemin zich na overgang van onderneming een dynamisch incorporatiebeding moet laten welgevalen (‘dan had hij maar moeten meedoen’)? Dat lijkt mij niet in alle gevallen een bevredigende oplossing. Het is ook maar de vraag of het Hof dit zo

heeft willen zeggen.

Eerder verwees ik naar het feit dat het in casu niet ging om de overgang van collectieve arbeidsvoorwaarden als zodanig (hoe deze ook juridisch gereguleerd mogen zijn), maar om de overgang van een beding dat verwijst naar collectieve arbeidsvoorwaarden. De vraag is of artikel 3 lid 3 van de richtlijn ook op die laatste categorie ziet. Dat lijkt, gezien de overwegingen van het Hof, inderdaad het geval te zijn. De vervolgvraag is dan of incorporatiebedingen die verwijzen naar andere, door derden vastgestelde regelingen die gevolgen hebben voor het niveau van de arbeidsvoorwaarden voor een collectief, evenzeer een statisch karakter hebben na overgang van onderneming. Men denke hierbij aan het aansluiten bij bepaalde prijsindexcijfers. Lees ik het arrest goed, dan is dat inderdaad het geval. Hier bestaat overigens wel een verschil met de geïncorporeerde cao. Ook de vervreemder had en heeft geen invloed op, bijvoorbeeld, de vaststelling van een prijsindexcijfer. Dat verschil lijkt mij echter voor het Hof niet relevant, althans, het Hof geeft geen blijk ervan deze situatie anders te beoordelen. Het Hof verwijst ter onderbouwing van zijn antwoorden immers op de vrijheid van ondernemen die in een situatie waarin de werkgever zich niet kan laten vertegenwoordigen, prevaleert ten aanzien van werknemersbescherming.

Ten slotte de vrijheid van ondernemen zelf. Niet eerder zag ik in een arrest met betrekking tot de uitleg van Richtlijn 2001/23 een afweging tussen dit grondrecht en de bescherming die de richtlijn aan werknemers biedt, daarbij de extra ruimte die lidstaten op basis van artikel 8 hebben expliciet betreffend. Uit de preambule bij de richtlijn kan men een dergelijke afweging ook niet afleiden: deze verwijst slechts naar de bescherming van werknemers. Interessant is dat het Hof de vrijheid van ondernemen als ruimer ziet dan de contractsvrijheid: de laatste is onderdeel van de eerste (r.o. 32). Hebben arbeidsjuristen deze vrijheid te lang over het hoofd gezien of is het belang dat het Hof aan dit grondrecht hecht een gevolg van de toetreding van de EU tot het EVRM, of een teken des tijds waarin werknemersbescherming niet meer zo vanzelfsprekend is?