

Nieuwsbrief AR Updates - Nummer 40, 2013

Nummer 40, 2013

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

INHOUDSOPGAVE

Hof

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2013:3789 01-10-2013

Ondernemingsraad van de Stichting Cordaid/Stichting Cordaid

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2013:7363 01-10-2013

Stichting Bedrijfstakpensioenfondsen voor het Schilders-, Afwerkings- en Glaszetbedrijf/werkgever

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2013:4424 01-10-2013

werknemer/Océ-Technologies B.V.

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2013:6008 13-08-2013

Horizon Meat Services/werknemer

Rechtbank

Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2013:4707 02-10-2013

X/Y

Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2013:6431 01-10-2013

werknemer/Kop of Munt B.V.

Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2013:5915 26-09-2013

werknemer/Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen UWV (WERKbedrijf)

Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2013:4684 25-09-2013

X/Stichting Vooruit-Hart voor Zuid-Oost

Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2013:7314 25-09-2013

werknemer/Stichting Mosae Zorggroep

Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2013:7287 20-09-2013

werknemer/werkgeefster

Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2013:2347 16-09-2013

Twente Milieu N.V./werknemer

Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2013:4940 18-07-2013

werknemer/Sligro Food Group Nederland B.V.

Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2013:CA3583 22-04-2013

werkneemster/Action Nederland B.V.

Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2013:4124 19-04-2013

X/Norkem B.V.

Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2013:3268 08-04-2013

werkneemster/VOF Mammoet Tuinmeubel

Uitspraken zonder ECLI

Rechtbank Zeeland-West-Brabant 24-07-2013

werkneemster/werkgeefster

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Rechtbank Zeeland-West-Brabant 23-07-2013

werkgeefster/werkneemster

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Annotatie

Boedeker/Schlecker: de laatste aflevering in een spannende trilogie

mr. dr. J.H. Even

RECHTSPRAAK

werkneemster/Kop of Munt B.V.

Door na een emotionele uitbarsting van werkneemster tijdens een bijeenkomst van het managementteam direct toe te werken naar het einde van het dienstverband, is de opzegging – mede gelet op het lange dienstverband – kennelijk onredelijk

Werkneemster is in dienst van Kop of Munt. Tijdens een managementteambijeenkomst is gesproken over de beëindiging van de arbeidsovereenkomst van een van de teamgenoten van werkneemster. Werkneemster heeft vervolgens meegedeeld het daarmee niet eens te zijn en indien het ontslag doorgang zou vinden, zij ook weg zou gaan. Werkneemster heeft daarna haar werkzaamheden hervat. Na verkregen toestemming van het UWV heeft Kop of Munt de arbeidsovereenkomst wegens een verstoorde arbeidsrelatie opgezegd. Werkneemster heeft gebruikgemaakt van de startersregeling in de WW en een eenmanszaak opgezet. In de onderhavige procedure stelt zij zich op het standpunt dat de opzegging kennelijk onredelijk is. Primair stelt zij dat sprake is van een valse of voorgewende reden, subsidiair beroept zij zich op het gevolgen criterium.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Vaststaat dat werkneemster heeft verklaard dat indien haar teammedewerker zou moeten vertrekken, ook zij zou gaan, maar ook staat vast dat dit een emotionele uitbarsting betrof. Bij de vaststelling dat geen onomkeerbare situatie was ontstaan is allereerst van belang dat het een discussie betrof die binnen het team werd gevoerd en waarbij meningsverschillen over te nemen maatregelen niet in de openbaarheid zijn gekomen. Dat er binnen het team meningsverschillen zijn, mag in beginsel niet als een omstandigheid worden aangemerkt op grond waarvan een arbeidsovereenkomst zou moeten eindigen, ook niet in een situatie waarin werkneemster kennelijk al eerder in het team discussie heeft gevoerd over het te voeren beleid. Overige feiten en omstandigheden die in dit geval tot het oordeel zouden moeten leiden dat werkneemster vanaf dat moment niet te handhaven was, zijn niet gebleken.

Kop of Munt heeft niet als goed werkgever gehandeld door werkneemster, die een langdurig dienstverband had, terecht te laten komen in een traject waarbij alleen nog maar werd

toegewerkt naar een einde van het dienstverband. Hiermee is het ontslag in strijd met goed werkgeverschap en dus kennelijk onredelijk te achten. Bij de bepaling van de hoogte van de schade geldt dat de verwachte inkomensschade op het moment van het kennelijk onredelijk ontslag van werknemer moeilijk is vast te stellen, nu zij voorafgaand aan dat ontslag al voornemens was een eigen bedrijf te beginnen en is gebleken dat zij dat inmiddels ook heeft gedaan, terwijl werknemer verder heeft verklaard dat zij 'haar eigen klanten' ook nog tijdens het dienstverband heeft mogen benaderen. Het komt, mede in aanmerking genomen dat werknemer een periode is vrijgesteld van werk en wel het loon is doorbetaald, en de omstandigheid dat werknemer activiteiten voor haar eigen bedrijf heeft kunnen opstarten, redelijk voor om werknemer nog gedurende X jaren een aanvulling op haar WW-uitkering toe te kennen tot aan haar brutosalaris van € 6000, vermeerderd met 8% vakantietoeslag.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 01-10-2013

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2013:6431

Zaaknummer: CV 13-11255

Rechters: E. Pennink

Advocaten: M.J. Keuss en A.F. Bungener

Wetsartikelen: 7:611 BW en 7:681 BW

RECHTSPRAAK

**werknemer/Uitvoeringsinstituut
Werknemersverzekeringen UWV (WERKbedrijf)**

***Aan werknemer is na functieherwaardering te veel salaris betaald,
hetgeen de werkgever als onverschuldigd betaald mag terugvorderen***

Werknemer is sinds 1976 in dienst van het UWV. De afgelopen jaren is hij werkzaam geweest in de functie contractdeskundige IR. In artikel 5.6 van de cao is bepaald dat de leidinggevende een periodiek kan toekennen bij goed of uitstekend functioneren. Het UWV heeft meegedeeld werknemer in 2008, 2009 en 2010 € 2.673,33 te veel te hebben betaald. Per 1 januari 2009 is het salaris vastgesteld op basis van functiegroep 7 met 11 functie jaren en per 1 januari 2010 op basis van functiegroep 7 met 12 functie jaren. Dit had, gelet op de matige beoordeling van werknemer, in beide gevallen functiegroep 7 met 10 functie jaren moeten zijn. Het bedrag van € 2.673,33 is in maandelijkse termijnen ingehouden op het salaris. Werknemer vordert thans betaling van € 2.673,33.

De kantonrechter oordeelt als volgt. De vordering van werknemer wordt afgewezen. Artikel 5:6 van de toepasselijke cao legt immers de verantwoordelijkheid voor de beoordeling en het belonen bij zowel de leidinggevende als de medewerker. Dit artikel bepaalt voorts dat toekenning van periodieken plaatsvindt per 1 januari van enig kalenderjaar en geschiedt indien het functioneren van de medewerker als 'goed' of 'uitstekend' wordt beoordeeld. Door UWV is met juistheid naar voren gebracht dat indien de leidinggevende al in gebreke zou zijn geweest in het bieden van een begeleidingstraject, het op de weg van werknemer had gelegen om daarom te verzoeken. Werknemer heeft dit echter nagelaten. Volgens zijn stellingen heeft hij mondeling bezwaar gemaakt tegen de gegeven beoordeling, maar het er verder bij laten zitten. De kantonrechter is daarom van oordeel dat in het midden kan blijven of aan werknemer al dan niet een begeleidingstraject is aangeboden door UWV. Kennelijk is er na de functieherwaardering een fout gemaakt als gevolg waarvan aan werknemer extra salaris is uitbetaald waarop hij geen aanspraak had. Niet valt in te zien dat een werkgever die ontdekt dat er een fout in de uitbetaling is gemaakt, niet gerechtigd zou zijn om het te veel betaalde als onverschuldigd terug te vorderen.

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 26-09-2013

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2013:5915

Zaaknummer: 571155 CV EXPL 13-171

Rechters: M.A.B. Faber-Siermann

Advocaten: G.B. de Jong en K. Rutgers

Wetsartikelen: 5:6 CAO en 6:203 BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/Stichting Mosae Zorggroep

Verzorgende in thuiszorg is na een arbeidsongeval langdurig arbeidsongeschikt geworden. Hoewel niet volledig aan stelplicht is voldaan, is opzegging kennelijk onredelijk. Zaak wordt niet aangehouden in afwachting van oordeel in artikel 7:658 BW-procedure

Werkneemster is in dienst geweest van thuiszorgorganisatie Mosae als verzorgende. Haar arbeidsovereenkomst is tegen 1 april 2012 opgezegd wegens langdurige arbeidsongeschiktheid. Ten tijde van de opzegging was zij 54 jaar. In de onderhavige procedure stelt werkneemster dat de opzegging kennelijk onredelijk is op grond van het gevolgcriterium. In een andere procedure heeft werkneemster Mosea op grond van artikel 7:658 BW en 7:611 BW aansprakelijk gesteld voor haar schade als gevolg van een arbeidsongeval. Zij heeft een achterovervallende cliënte met de linkerarm proberen op te vangen en daarbij een lumbale wervelfractuur opgelopen, waarna een langdurig hersteltraject is gevolgd en werkneemster arbeidsongeschikt is geworden. Aan werkneemster is een WIA-uitkering toegekend.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Werkneemster heeft haar vordering niet van een hecht fundament voorzien en in tal van opzichten niet voldaan aan haar gemotiveerde stelplicht. Werkneemster heeft er begin juli 2013, toen deze zaak al voor vonnis stond, voor gekozen om een louter op aansprakelijkheid van Mosae ex artikel 7:658 en 7:611 BW stoelende vordering afzonderlijk van deze zaak aanhangig te maken. Daarom acht de kantonrechter het aangewezen zijn oordeel over de thans voorliggende vordering ex artikel 7:681 BW niet afhankelijk te maken van het antwoord op de (ook in die zaak) aan de orde gestelde vragen van aansprakelijkheid en verzekeringsplicht.

Ten aanzien van het beroep op het gevolgcriterium had werkneemster heel precies en waar mogelijk gedocumenteerd de nadelen moeten schetsen. Zij maakt daar echter hoogstens een begin mee, maar faalt opzichtig in de afwerking, zowel op hoofdpunten als in de details. Met voorbijgaan aan deze tekorten in de naleving van de stelplicht aan de zijde van werkneemster resteert de vraag of de opzegging in dit concrete geval op basis van louter de combinatie van

een leeftijd van 54 jaar (door werkneemster niet eens als factor aangevoerd), de duur van het dienstverband (ongeveer 21 jaar) en de ten tijde van de opzegging bestaande (en in de uitoefening van de arbeid ontstane) arbeidsongeschiktheid van een ongewisse duur de opzegging kennelijk onredelijk maakt, nu Mosae daar geen financiële tegemoetkoming aan verbond. Het antwoord daarop is alleen al daarom bevestigend dat uit het met de opzegging als zodanig geen verband houdende aanbod van de twee betrokken WA-verzekeraars tot vergoeding van (inkomens)schade tot een bedrag van € 10.000 blijkt dat wel degelijk enige inkomensschade naar billijkheid (volgens de verzekeraars uit 'coulance', zonder erkenning van aansprakelijkheid en onder het beding van finale kwijting) aan de arbeidsrelatie, het ongeval en de fysieke/psychische gevolgen daarvan gerelateerd kan worden. Gelet op het oordeel van het UWV, zal werkneemster nog enige jaren nadelige gevolgen in haar inkomen ondervinden van de nasleep van het arbeidsongeval. Onder deze omstandigheden is de opzegging zonder financiële tegemoetkoming van Mosae, zelfs als zij niet aansprakelijk zou zijn op de voet van artikel 7:658 en/of artikel 7:611 BW, kennelijk onredelijk. De schade die redelijkerwijs geacht kan worden uit de opzegging voortgevloeid te zijn, kan met de verschaft loon- en uitkeringsgegevens in de verste verte niet exact begroot worden. Bij wijze van schatting (art. 6:97 BW) zal daarom bij een verder tot uitgangspunt te nemen driejarig verlies aan inkomen van een kleine 20% sprake zijn van schade ten belope van om en nabij € 25.000 bruto. Dit bedrag wordt als schadevergoeding aan werkneemster toegekend.

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 25-09-2013

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2013:7314

Zaaknummer: 497208 CV EXPL 12-4209

Rechters: H.W.M.A. Staal

Advocaten: I. Wudka en M.M.J.F. Sijben

Wetsartikelen: 7:611 BW, 7:658 BW en 7:681 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgeefster

Beveiligingsmedewerker re-integreert in eigen functie, waarbij hij gelet op zijn beperkingen voortaan geen nachtdiensten meer draait en niet solitair werkt. Passende arbeid is bedongen arbeid geworden op grond waarvan nieuwe loondoorbetalingsverplichting is ontstaan

Werknemer is sinds 2003 in dienst als beveiligingsmedewerker. Sinds 2003 is hij werkzaam als objectbeveiligers bij het Centraal Orgaan opvang Asielzoekers (hierna: COA). Hij is op 1 maart 2009 arbeidsongeschikt geworden. Werknemer is begonnen met re-integratie in zijn eigen functie, rekening houdend met de beperkingen dat hij geen nachtdiensten mag draaien en evenmin solitair mag werken. Aan werkgeefster is op 21 januari 2011 een loonsanctie opgelegd. De re-integratie-inspanningen van werkgeefster zijn als onvoldoende beoordeeld, omdat werkgeefster onvoldoende eerstespooronderzoek heeft verricht waaruit blijkt of werknemer herplaatst zou kunnen worden in eigen werkzaamheden zonder nachtdiensten en niet solitair. Vanaf 18 juli 2011 hervat werknemer volledig zijn werk, zonder nachtdiensten, en wordt voor 100% ingeroosterd op het object COA. Op 20 april 2012 is werknemer overgeplaatst in de functie winkelsurveillant, omdat collega's bij COA onevenredig worden belast doordat zij meer nachtdiensten moeten draaien. Op 22 april 2012 heeft werknemer zich ziek gemeld. Werkgeefster heeft vanaf die datum geen loon betaald. Centrale vraag is of de passende arbeid bij COA (beveiligers zonder nachtdiensten) de bedongen arbeid is geworden, waardoor een nieuwe loondoorbetalingsverplichting is ontstaan.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Werknemer is vanaf oktober 2009 gaan re-integreren in zijn eigen functie, rekening houdend met de beperkingen (geen nachtdiensten en geen solitaire diensten). In de loop der tijd is het aantal uren dat werknemer per week werkte uitgebreid en vanaf 22 september 2010 kon hij volgens de bedrijfsarts zijn werkzaamheden, met beperkingen, volledig hervatten. Op uitdrukkelijk verzoek van de gemachtigde heeft werkgeefster bij brief van 9 maart 2012 laten weten dat werknemer per 19 maart 2012 voor 100% arbeidsgeschikt gemeld zal worden en dat de spoor twee-activiteiten per die datum zullen worden beëindigd. Afgesproken wordt dat werknemer structureel zal worden ingeroosterd voor al zijn contracturen op het object COA Alkmaar. Gelet op deze

omstandigheden, in onderlinge samenhang bezien, is de kantonrechter van oordeel dat indien met de brief van 9 maart 2012 door werkgeefster al geen nieuwe arbeidsovereenkomst is beoogd, werknemer er vanaf die datum in ieder geval op mocht vertrouwen dat het – aangepaste – werk zoals werknemer dat bij COA Alkmaar al gedurende geruime tijd verrichtte de bedongen arbeid was geworden. Weliswaar heeft werkgeefster in haar brief van 9 maart 2012 als voorwaarden gesteld dat de indeling van werknemer er niet toe mag leiden dat de overige teamleden onevenredig worden belast omdat zij meer nachtdiensten moeten draaien en voorts de indeling kan voortduren zolang de herplaatsing uit bedrijfsoogpunt wenselijk worden geacht, maar deze voorwaarden staan er niet aan in de weg dat de aangepaste arbeid de bedongen arbeid kon worden. Werknemer had niet zonder meer in de functie winkelsurveillant overgeplaatst mogen worden. Nu de arbeidsovereenkomst per 1 mei 2013 is ontbonden, wordt de loonvordering tot deze datum toegewezen.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 20-09-2013

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2013:7287

Zaaknummer: 2014872 CV EXPL 13-12365

Rechters: E.F.A. van Buitenen

Advocaten: C.C. Neering en L. van Bijsterveld

Wetsartikelen: 7:629 BW en 7:658a BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/werkgeefster

Ontslag op staande voet docent is disproportioneel en kennelijk onredelijk op grond van het gevolgencriterium. Vernietiging van het ontslag is vanwege de niet-toepasselijkheid van het BBA op onderwijzend personeel niet mogelijk. Herstel dienstbetrekking op grond van artikel 7:682 BW

Werkneemster is sinds 2003 in dienst als docent. Op de arbeidsovereenkomst is de CAO HBO van toepassing. Op 29 mei 2013 is zij op staande voet ontslagen, nadat zij een leugen van een van de studenten had 'gedekt'. De studente, die stage liep bij een grote mediaonderneming, had aan haar leidinggevende op de stageplek laten weten dat zij de betreffende dag, vanwege het inleveren van een opdracht voor school eerder dan te doen gebruikelijk was weg moest. De studente heeft telefonisch contact opgenomen met werkneemster, met het verzoek of zij wilde beamen richting de stagewerkgeefster dat de studente een opdracht diende in te leveren. De studente gaf richting werkneemster aan dat er persoonlijke omstandigheden aan haar verzoek ten grondslag lagen, waarover zij niet in detail wilde treden. De stagewerkgeefster heeft telefonisch contact opgenomen met werkneemster, waarbij werkneemster heeft bevestigd dat de studente een opdracht diende in te leveren. De leugen van de studente is dezelfde dag uitgekomen bij de stageplek en werkgeefster, waardoor ook bekend werd dat werkneemster de leugen van studente had gedekt. Werkneemster betwist de dringende reden. Thans stelt werkneemster dat sprake is van een kennelijk onredelijke en onregelmatige opzegging. Zij vordert herstel van de dienstbetrekking op grond van artikel 7:682 BW.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Op onderwijzend personeel is het BBA niet van toepassing, zodat vernietiging van het ontslag niet aan de orde kan zijn. Niet onaannemelijk is dat de bodemrechter zal oordelen dat de gevolgen voor werkneemster te ernstig zijn in vergelijking met het belang van werkgeefster bij de opzegging. Het behoeft geen betoog dat het handelen van werkneemster afkeurenswaardig is. Achteraf gezien, maar dat erkent zij ook, had zij het anders moeten aanpakken. Zij heeft zich loyaal opgesteld ten opzichte van een studente, terwijl van een leerkracht nu juist verwacht mag worden dat deze, geconfronteerd met leugenachtig gedrag van een student, corrigerend optreedt. In de omstandigheid dat

werknemster een en ander ook inziet, in een gesprek haar excuses heeft willen aanbieden, het overigens naar het schijnt ook geen blijvende gevolgen voor de onderlinge verhouding heeft gehad en werknemster een vlekkeloos dienstverband van tien jaar heeft, is de maatregel van ontslag op staande voet disproportioneel en zijn de gevolgen voor werknemster daarom te ernstig. Werknemeester wil graag weer aan het werk. Zij heeft een betrekkingssomvang van acht uur. Vooralsnog komt het de kantonrechter voor dat door dit eenmalige voorval het vertrouwen van werkgeefster in een goede leerkracht niet onherstelbaar kan zijn beschadigd, zodat de vordering van herstel dienstbetrekking in een bodemprocedure een goede kans maakt. Volgt toewijzing van de vordering tot wedertewerkstelling.

Instantie: Rechtbank Zeeland-West-Brabant

Datum uitspraak: 24-07-2013

Zaaknummer: 2144138 VV EXPL 13-382

RECHTSPRAAK

werkgeefster/werkneemster

Ontslag op staande voet docent. Omdat het BBA op een docent niet van toepassing is, kan geen sprake zijn van een vernietigbaar ontslag. Werkgeefster is niet-ontvankelijk in voorwaardelijk ontbindingsverzoek

Werkneemster is sinds 2003 in dienst als docent. Op de arbeidsovereenkomst is de CAO HBO van toepassing. Op 29 mei 2013 is zij op staande voet ontslagen, nadat zij een leugen van een van de studenten had 'gedekt'. De studente, die stage liep bij een grote mediaonderneming, had aan haar leidinggevende op de stageplek laten weten dat zij de betreffende dag, vanwege het inleveren van een opdracht voor school eerder dan te doen gebruikelijk was weg moest. De studente heeft telefonisch contact opgenomen met werkneemster, met het verzoek of zij wilde beamen richting de stagewerkgeefster dat de studente een opdracht diende in te leveren. De studente gaf richting werkneemster aan dat er persoonlijke omstandigheden aan haar verzoek ten grondslag lagen, waarover zij niet in detail wilde treden. De stagewerkgeefster heeft telefonisch contact opgenomen met werkneemster, waarbij werkneemster heeft bevestigd dat de studente een opdracht diende in te leveren. De leugen van de studente is dezelfde dag uitgekomen bij de stageplek en werkgeefster, waardoor ook bekend werd dat werkneemster de leugen van studente had gedekt. Thans verzoekt werkgeefster voorwaardelijke ontbinding, primair wegens een dringende reden. Werkneemster stelt dat werkgeefster niet-ontvankelijk is in haar verzoek, omdat het BBA op grond van artikel 2 BBA niet op de docent van toepassing is. Dat impliceert dat er geen sprake kan zijn van een vernietigbaar ontslag.

De kantonrechter oordeelt dat het primaire verweer van werkneemster doel treft en verklaart werkgeefster niet-ontvankelijk in haar verzoek. Nu het BBA niet van toepassing is, kan er van vernietigbaarheid van een onregelmatig gegeven ontslag geen sprake zijn, zodat er ook voorwaardelijk niets valt te ontbinden.

Instantie: Rechtbank Zeeland-West-Brabant

Datum uitspraak: 23-07-2013

Zaaknummer: 2176228 VZ VERZ 13-4953

RECHTSPRAAK

werknemer/Sligro Food Group Nederland B.V.

Uitleg afspraken over prepensioen. De weigering om het werknemersdeel van de basispensioenpremie op de maandelijkse levensloopuitkeringen in te houden is in strijd met goed werkgeverschap

Werknemer is in 1989 in dienst getreden van (een rechtsvoorganger van) Sligro in de functie van hoofd administratie. Een basispensioenregeling wordt uitgevoerd door de Stichting Pensioenfonds Sligro Food Group. In 2007 hebben partijen afspraken gemaakt over de wens van werknemer om op 59-jarige leeftijd, meer in het bijzonder op 1 april 2009, vervroegd te stoppen met werken. Werknemer is met ingang van 1 april 2009 gebruik gaan maken van de levensloopregeling. Zijn actieve dienstverband bij Sligro is toen beëindigd. Dit hield in dat werknemer nog wel formeel in dienst was bij Sligro, maar geen werkzaamheden meer verrichtte en geen salaris meer ontving. Wel ontving hij via Sligro een maandelijkse uitkering uit het door hem opgebouwde levenslooppensioenfonds. Op deze maandelijkse betalingen werd tot 1 november 2012 een werknemersdeel pensioenregeling ingehouden. Daarnaast heeft Sligro tot 1 november 2012 maandelijks het werkgeversdeel basispensioenregeling betaald. Tussen partijen is in geschil of zij met elkaar hebben afgesproken, dan wel of werknemer ervan uit had mogen gaan, dat partijen met elkaar hebben afgesproken dat de opbouw van het basispensioen ten behoeve van werknemer zou doorlopen tot zijn 65e jaar.

De kantonrechter oordeelt als volgt. De afspraken tussen partijen dienen te worden uitgelegd conform de Haviltex-norm. In de pensioenberekening in 2007 is een fout gemaakt. Met ingang van een maand na aanvang van de levensloopuitkering wordt, zo is althans de hoofdregel, immers geen basispensioen meer opgebouwd. Ondanks deze fout mocht werknemer er niet op vertrouwen dat hij tot aan datum pensionering, dan wel gedurende de gehele levenslooperiode nog basispensioenrechten zou opbouwen. Van belang is onder meer dat partijen bij de uiteindelijk gemaakte afspraken zijn afgeweken van de uitgangspunten die bij de berekening werden gehanteerd. In de berekening wordt er immers van uitgegaan dat tot 2015 van de levensloopregeling gebruik zal worden gemaakt, terwijl dit nadien 2012 is geworden.

In 2009 hebben partijen een afwijkende afspraak gemaakt. Deze afspraak houdt in dat op de levensloopuitkeringen van werknemer in ieder geval de werknemerspremie voor de basisregeling zou worden ingehouden. Dat een dergelijke afspraak ook is gemaakt voor wat betreft het werkgeversdeel volgt niet uit de stellingen van partijen. Dat Sligro desondanks het werkgeversdeel van de basispensioenpremie ook heeft betaald, maakt dat niet anders. Gebleken is dat werknemer (kennelijk eenzijdig) heeft besloten de levenslooperiode te verlengen. Sligro heeft niet aangevoerd dat en op grond waarvan het voor haar bezwaarlijk zou zijn om ook tijdens de verlenging van de levensloopregeling het werknemersgedeelte te blijven inhouden. De kantonrechter gaat er, nu een nadere toelichting dat dit anders zou zijn ontbreekt, van uit dat het inhouden van het werknemersdeel basispensioenpremie op kosten van werknemer zal plaatsvinden en dat Sligro hier, behoudens wellicht een geringe administratieve inspanning, geen nadeel van zal ondervinden. Het is dan ook niet redelijk en in strijd met een goed werkgeverschap als Sligro zou weigeren het werknemersdeel van de basispensioenregeling op de voortgezette levensloopuitkeringen van werknemer in te houden. Nu Sligro dit vanaf 1 november 2012 weigert te doen, zal de vordering, voor zover deze ziet op inhouding van het werknemersdeel van de basispensioenpremie op de maandelijkse levensloopuitkeringen, worden toegewezen. Voor wat betreft het werkgeversdeel is echter niet gebleken dat een in rechte afdwingbare verplichting bestaat voor Sligro om harerzijds aan een verdere opbouw van het basispensioen bij te dragen.

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 18-07-2013

ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2013:4940

Zaaknummer: 867763 12-11245

Rechters: N.W.A. Stegeman-Kragting

Advocaten: C.H.J. Voncken-Crijns, P. van Rijsbergen en R. Buijs

Wetsartikelen: 3 Pensioenreglement en 7:611 BW

RECHTSPRAAK

Ondernemingsraad van de Stichting Cordaid/Stichting Cordaid

Nieuwe samenwerking tussen Cordaid en Enviu is adviesplichtig op grond van artikel 25 WOR, nu sprake is van een duurzame en exclusieve samenwerking (lid 1 sub b WOR)

Cordaid is een ontwikkelingsorganisatie actief in 34 landen. Van de in totaal bijna 130 miljoen euro inkomsten in 2012, is ruim 70 miljoen afkomstig van de overheid. Dit geld komt uit het budget Medefinancieringsstelsel 2011-2015 (hierna: MFS). Omdat het MFS per 2015 ophoudt, is Cordaid genooddaakt zich te oriënteren op de toekomst. In dat verband heeft Cordaid verschillende aanpassingen en reorganisaties doorgevoerd. In april 2013 heeft Cordaid aan de OR een conceptovereenkomst inzake de samenwerking met Enviu voorgelegd. De OR heeft aangegeven hierover een adviesaanvraag te verwachten. De bestuurder en de OR verschillen van mening over het antwoord op de vraag of en wanneer een samenwerking met een derde leidt tot een adviesaanvraag. De OR heeft de Ondernemingskamer verzocht te oordelen dat het besluit tot samenwerking met Enviu niet redelijk is, nu geen advies is gevraagd. Cordaid stelt zich op het standpunt dat de OR te prematuur heeft gehandeld, nu partijen nog in overleg zijn met elkaar om criteria vast te stellen wanneer sprake is van adviesplichtigheid. Voorts meent Cordaid dat geen sprake is van adviesplichtigheid.

De Ondernemingskamer oordeelt als volgt. Allereerst kan niet geoordeeld worden dat sprake is van prematuur handelen van de OR. Nu Cordaid de samenwerking met Enviu was aangegaan, diende de OR rekening te houden met de termijn van artikel 26 WOR en derhalve in actie te komen. De OR had niet hoeven te verzoeken om aanhouding van de zaak, daar hij zelf mag beslissen of hij het standpunt inneemt dat sprake is van adviesplichtigheid.

Nu voorts uit de conceptovereenkomst en de toelichting blijkt dat de samenwerking wordt vormgegeven in een aparte rechtspersoon en dat sprake is van een duurzame en exclusieve samenwerking waarbij financiële middelen en arbeidskrachten ter beschikking worden gesteld, is sprake van een 'duurzame samenwerking' in de zin van artikel 25 lid 1 sub b WOR. Het feit dat Cordaid tal van samenwerkingsverbanden aangaat en in het verleden nooit advies

heeft gevraagd, doet aan het voorgaande niet af.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 01-10-2013

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2013:3789

Zaaknummer: 200.128.625/01 OK

Wetsartikelen: 25 WOR

RECHTSPRAAK

**Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor het Schilders-,
Afwerkings- en Glaszetbedrijf/werkgever**

In beginsel rust op het Bedrijfstakpensioenfonds de bewijslast aan te tonen dat werkgever onder werkingssfeer Verplichtstellingsbesluit valt. Indien gegevens waarover enkel de werkgever beschikt, beslissend zijn, kan werkgever niet volstaan met blote ontkenning maar dient hij te motiveren aan de hand van dergelijke stukken. Uitleg werkingssfeerbepaling Bedrijfstakpensioenregeling voor het Schilders-, Afwerkings- en Glaszetbedrijf

Vanaf 1 januari 1999 tot 27 juni 2008 hebben X en zijn zoon als vennoten een (klussen)bedrijf uitgeoefend, waarin geen andere werknemers werkzaam waren. De bedrijfsomschrijving in het handelsregister luidde: 'Het verrichten van kleine reparaties en onderhoudswerkzaamheden t.b.v. derden. Schilderwerk.' Vanaf 1 januari 2006 ontvangt X nota's van het Bedrijfstakpensioenfonds. X heeft bezwaar gemaakt tegen de nota's omdat hij meent dat de bedrijfsactiviteiten van het klusbedrijf niet onder de verplichtstelling van het Bedrijfstakpensioenfonds vallen. Het Bedrijfstakpensioenfonds heeft op 20 juli 2011 een dwangbevel uitgevaardigd tegen X in verband met door het klusbedrijf onbetaald gelaten pensioenpremies vanaf 1 januari 2007 tot 27 juni 2008 ter hoogte van € 6.049. De centrale vraag is of X onder de reikwijdte van het litigieuze Bedrijfstakpensioenfonds viel.

Het hof oordeelt als volgt. Het hof deelt het uitgangspunt van de kantonrechter dat het op de weg van het pensioenfonds ligt om voldoende feiten te stellen, en zo nodig te bewijzen, waaruit kan worden afgeleid dat X als vennoot van het klusbedrijf verplicht diende deel te nemen aan het fonds en daarom de premienota's diende te betalen. Dat ligt echter anders wanneer komt vast te staan dat X akkoord is gegaan met aansluiting vanaf 1 januari 2006, zoals het fonds heeft aangeboden te bewijzen. In dat geval had X, als hij later tot de conclusie zou zijn gekomen dat hij, c.q. X, kon worden uitgeschreven, desgevraagd met bewijs moeten komen dat van verplichte deelneming geen sprake (meer) was. Indien niet komt vast te staan dat X akkoord ging met de aansluiting, maar het Bedrijfstakpensioenfonds voldoende heeft

onderbouwd waarom het meent dat hij verplicht diende deel te nemen, kan X in een geval als dit, waarbij gegevens beslissend zijn die zich uitsluitend in zijn domein bevinden en die niet toegankelijk zijn voor het fonds, niet volstaan met een blote ontkenning, maar dient hij zijn verweer te motiveren aan de hand van dergelijke gegevens.

Het hof stelt voorts vast dat de werkingssfeer van het bedrijfstakpensioen ziet op de situatie 'wanneer er uitsluitend of in hoofdzaak schilders werkzaam zijn'. Het hof acht niet aannemelijk dat in dit geval geoordeeld kan worden dat er in hoofdzaak (meer dan 50%) schilders werkzaam waren binnen het bedrijf. Omdat het Bedrijfstakpensioenfonds onvoldoende terzake heeft gesteld, wordt de zaak aangehouden.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 01-10-2013

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2013:7363

Zaaknummer: 200.108.354/01

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

Advocaten: P. van der Mersch en M.A. Jansen

Wetsartikelen: Verplichtstellingsbesluit Bedrijfstakpensioenfonds voor het Schilders-, Afwerkings- en Glaszetbedrijf

RECHTSPRAAK

werknemer/Océ-Technologies B.V.

Functiewijziging wegens slecht leidinggeven voldoet niet aan de eisen van Stoof/Mammoet indien niet eerst een verbetertraject is doorlopen. Wijziging op grond van artikel 7:660 BW faalt

Werknemer is sinds 1 augustus 1986 in dienst bij Océ. In de loop der jaren heeft werknemer in de functie van medewerker R&D de rol van Kritisch Functieverantwoordelijke op functieniveau 24 bereikt. Van R&D-medewerkers op functieniveau 23 wordt verwacht dat zij een zelfstandige bijdrage leveren aan lopende onderzoeken en daarbinnen tevens vernieuwend zijn. Een werknemer op functieniveau 24 heeft extra verantwoordelijkheden in het proces, te weten het coördineren van de werkzaamheden van zijn of haar team en het onderhouden van contacten met derden. In diverse beoordelingsgesprekken vanaf 2007 is werknemer gewezen op zijn rol en functie als leidinggevende, in het bijzonder in het coachen van zijn teamleden en tijdig signaleren van problemen. Bij brief van 25 oktober 2012 heeft Océ aan werknemer alternatieve activiteiten aangeboden en hem bericht dat hij met ingang van 1 januari 2013 wordt ingeschaald in salarisgroep 23. Als reden wordt vermeld dat de in de beoordelings- en MM-gesprekken besproken verbeterpunten cruciale faalfactoren zijn gebleken. Ter compensatie van de hieruit voortvloeiende inkomensachteruitgang wordt, met verwijzing naar de cao van Océ, een financiële regeling voorgesteld die erop neerkomt dat het verschil in huidig en toekomstig salaris in de vorm van een Persoonlijke Toeslag SchaalSalaris (PTSS) wordt opgevangen. De PTSS wordt in vijf jaar in gelijke delen afgebouwd. Dit houdt in dat werknemer per 1 januari 2018 het salaris overeenkomstig salarisgroep 23 zal ontvangen. De interne Commissie van Beroep van Océ heeft geoordeeld dat de functiewijziging te snel en zonder goed overleg is doorgevoerd. Werknemer vordert thans wedertewerkstelling in zijn oude functie (schaal 24).

Het hof oordeelt als volgt. Allereerst toetst het hof of is voldaan aan de voorwaarden van Stoof/Mammoet. Naar het oordeel van het hof had Océ in dit geval geen aanleiding tot het doen van een voorstel tot wijziging. In de beoordelingen en de MM-formulieren over 2007 t/m 2011 blijkt weliswaar van specifieke aandachtspunten met betrekking tot het functioneren van werknemer, maar niet blijkt hieruit dat tijdens de beoordelings- of ontwikkelgesprekken

duidelijke afspraken zijn gemaakt over het verbeteren van deze punten. De stellingen van Océ dat in 2008 is geopperd dat werknemer een specifiek op de beïnvloeding van de organisatie gerichte opleiding ('NLP-opleiding') zou volgen maar dat werknemer van deze mogelijkheid geen gebruik heeft gemaakt, en dat werknemer ook geen andere door Océ aangeboden 'middelen' heeft benut om te werken aan zijn verbeterpunten, doen hieraan niet af. Inderdaad blijkt uit de MM-formulieren dat aan werknemer mogelijkheden zijn geboden om te werken aan zijn 'leer- en ontwikkelpunten', maar niet blijkt hieruit dat de urgentie van verbetering is benadrukt, dat in dat verband afspraken zijn gemaakt over de wijze waarop aan verbetering gewerkt diende te worden (zoals het – verplicht – volgen van een bepaalde opleiding of het krijgen van begeleiding) en binnen welk tijdstraject verbetering gerealiseerd diende te worden. Dit klemmt temeer nu het functioneren van werknemer over de periode 2007 t/m 2011 is beoordeeld met 'zeer goed' tot 'goed'. De functiewijziging kan evenmin gestoeld worden op artikel 7:66o BW. De stelling dat werknemer de functiewijziging zou hebben geaccepteerd, wordt eveneens verworpen. Volgt toewijzing vordering werknemer.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 01-10-2013

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2013:4424

Zaaknummer: HD 200.125.133/01

Rechters: C.E.C.J. Ponsioen, M.J.H.A. Venner-Lijten en W.H.B. den Hartog Jager

Advocaten: W.H.A. Bos en Ph.C. van der M Ven

Wetsartikelen: 7:611 BW en 7:66o BW

RECHTSPRAAK

Horizon Meat Services/werknemer

Uitleg 'loon' en 'variabel loon' CAO Vleessector met betrekking tot arbeidsongeschikte werknemer die voorheen stukloon ontving. Dat de toeslag niet is aan te merken als 'het naar tijdruimte vastgestelde loon' in de zin van artikel 7:629 lid 1 BW, neemt niet weg dat de cao doorbetaling expliciet voorschrijft

Werknemer is op 6 juli 2004 op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd als uitbener bij Horizon in dienst getreden. Op deze arbeidsovereenkomst was in de periode van 1 april 2007 tot 1 april 2009 de Collectieve Arbeidsovereenkomst voor de Vleessector 2007/2009 (hierna: cao I) en in de periode van 1 april 2009 tot en met 31 maart 2011 de Collectieve Arbeidsovereenkomst voor de Vleessector 2009/2011 (hierna: cao II) van toepassing. Horizon heeft werknemer tewerkgesteld bij Vion Scherpenzaal op stuks. Met ingang van 26 november 2008 heeft werknemer zijn werkzaamheden in verband met ziekte nog slechts gedeeltelijk verricht. Werknemer maakt op grond van artikel 45 in verbinding met artikel 1b lid 17 van cao II over zijn ziekteperiode bij Horizon aanspraak op nabetaling van de gemiddeld in de maanden daarvoor door hem ontvangen stukstoeslag.

Het hof oordeelt als volgt. Tussen partijen is niet in geschil dat Horizon de stukstoeslag heeft uitbetaald voor iedere gerealiseerde eenheid, die uitsteeg boven het gemiddelde aantal bewerkte producten dat per werknemer per tijdseenheid moest worden behaald. Voorts staat vast dat werknemer de toeslag, zij het met een variabele omvang, maandelijks heeft ontvangen. Met de rechtbank is het hof van oordeel dat de stukstoeslag gelet op deze feiten op grond van voornoemde cao-norm is aan te merken als 'structurele looncomponent' in de zin van artikel 45 lid 2 van cao I, en als een 'vaste toeslag (...)' op grond van een in de onderneming geldend beloningssysteem' in de zin van artikel 1 lid 17 van cao II, zodat de stukstoeslag op grond van artikel 45 lid 1 van de cao in beginsel ook tijdens ziekte aan werknemer had moeten worden voldaan. Dat de toeslag niet is aan te merken als 'het naar tijdruimte vastgestelde loon' in de zin van artikel 7:629 lid 1 BW leidt, anders dan Horizon heeft gesteld, niet tot een ander oordeel, nu in artikel 45 lid 1 van de cao juist expliciet van artikel 7:629 lid 1 BW is afgeweken. De stelling van Horizon dat het stukloon beschouwd moet worden als 'variabel loon' in de zin

van de cao (met als gevolg dat dit deel van het loon na 20 weken ziekte niet meer verschuldigd is), faalt.

Weliswaar heeft Horizon gesteld dat zij in een gewijzigde werkwijze van Vion (afschaffen van stukloon) aanleiding heeft kunnen vinden het recht van haar werknemers op stuktoeslag te beëindigen, maar gesteld noch gebleken is dat zij ter beëindiging van de toeslag een voorstel aan werknemer heeft gedaan. Nu (reeds) gelet daarop niet kan worden beoordeeld of aan voornoemde norm van goed werkgeverschap is voldaan, moet ervan worden uitgegaan dat Horizon, overeenkomstig de stelling van werknemer, haar verplichting jegens werknemer stuktoeslag te betalen niet (eenzijdig) had mogen beëindigen. De door Horizon overgelegde verklaring van haar accountant dat de werknemers die voordien stuktoeslagen ontvingen geen vervangende loonsverhoging hebben ontvangen, behoeft dan ook geen verdere bespreking.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 13-08-2013

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2013:6008

Zaaknummer: 200.110.014

Rechters: I.A. Katz-Soeterboek, G.P.M. van den Dungen en A.A. van Rossum

Advocaten: J.R.O. Dantuma en L.T.M. den Teuling-Caarl's

Wetsartikelen: CAO Vleessector

RECHTSPRAAK

werkneemster/Action Nederland B.V.

Nadat het bezwaar van werkneemster tegen verkorting van de loonsanctie door het UWV gegrond is verklaard, is de verkorting van de loonsanctie komen te vervallen. Werkgever is alsnog verplicht tot loondoorbetaling gedurende de resterende periode van de loonsanctie

Werkneemster is sinds 2005 in dienst van Action als winkelmedewerkster. Op 3 juni 2009 is zij wegens ziekte uitgevallen voor haar werk. Het UWV heeft een loonsanctie aan Action opgelegd wegens het niet voldoen aan re-integratieverplichtingen. Bij beslissing van 25 november 2011 heeft het UWV de loonsanctie verkort en aan Action meegedeeld dat het loon van werkneemster tijdens ziekte tot 17 december 2011 moet worden doorbetaald. Na verkregen toestemming is de arbeidsovereenkomst op 4 april 2012 tegen 1 juni 2012 opgezegd. Werkneemster heeft bezwaar gemaakt tegen het verkorten van de loonsanctie. Dit bezwaar heeft het UWV op 23 mei 2012 gegrond verklaard. Werkneemster heeft een beroep gedaan op de vernietigbaarheid van de opzegging. De arbeidsovereenkomst is per 1 maart 2013 voorwaardelijk ontbonden. Thans vordert werkneemster loondoorbetaling vanaf 19 december 2011.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Door het besluit van het UWV van 23 mei 2012 is de verkorting van de loonsanctie komen te vervallen. Aan Action kan worden toegegeven dat het UWV in zijn besluit op bezwaar van 23 mei 2012 de beslissing van 25 november 2011 tot verkorting van de loonsanctie niet heeft vernietigd. Gelet op artikel 7:11 Awb had het UWV strikt genomen niet mogen volstaan met het enkel gegrond verklaren van het bezwaar, maar had het de beslissing van 25 november 2011 ook nog moeten herroepen. Echter, het enkele ontbreken van de woorden 'herroepen' of 'vernietigen' in het besluit van het UWV van 23 mei 2012 doet niet af aan de duidelijke bedoeling en strekking van dat besluit, namelijk dat de verkorting van de loonsanctie niet wordt gehandhaafd en dat die verkorting dus komt te vervallen. Gevolg is dat de aan Action opgelegde loonsanctie niet is verkort tot 17 december 2011 en dus tot 30 mei 2012 heeft voortgeduurd. Dit betekent dat ook de loondoorbetalingsverplichting en het opzegverbod tijdens ziekte tot die datum hebben voortgeduurd. Anders dan Action stelt, is de loonsanctie niet met terugwerkende kracht

opgelegd. De loonvordering wordt tot 30 mei 2012 toegewezen. Voor matiging van de loonvordering ex artikel 7:680a BW is geen aanleiding, nu de loonvordering niet is toegewezen op grond van de vernietigbaarheid van de opzegging, maar op grond van artikel 7:629 lid 1 BW.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 22-04-2013

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2013:CA3583

Zaaknummer: 421394 CV EXPL 12-4461

Rechters: P.J. Jansen

Advocaten: C.M. de Wijs en L. Bijl

Wetsartikelen: 7:629 BW, 7:670 lid 10 BW, 7:680a BW, 25 lid 9 Wet WIA en 7:11 Awb

RECHTSPRAAK

X/Norkem B.V.

Commercieel directeur is geen statutair bestuurder. Uit notulen bestuursvergadering blijkt geen rechtsgeldige benoeming tot statutair bestuurder. Arbeidsovereenkomst is niet rechtsgeldig geëindigd. Toewijzing loonvordering

X is sinds 2005 in dienst van Norkem. Sinds juni 2011 is hij commercieel directeur. Bij 'Resolution of the Shareholders of Norkem BV' van 23 januari 2013 is de benoeming van X als 'director' van Norkem met onmiddellijke ingang beëindigd. De centrale vraag die in deze zaak speelt is of X bij Norkem werkzaam was als statutair directeur of dat hij bij Norkem werkzaam was/is als gevolmachtigd directeur. Niet alleen omdat het antwoord daarop bepalend is voor de vraag of de kantonrechter als voorzieningenrechter bevoegd is van dit geschil kennis te nemen, maar ook voor de vraag of X thans nog in (loon)dienst bij Norkem is en daarom aanspraak kan blijven maken op betaling van loon.

De kantonrechter oordeelt als volgt. X is geen statutair directeur, maar een 'gewone' werknemer. De stelling van Norkem dat de benoeming door de algemene vergadering van aandeelhouders uit de door Norkem overgelegde notulen van de bestuursvergadering van Norkem Holding blijkt, wordt niet gevolgd. Een duidelijke en ondubbelzinnige benoeming ontbreekt. Dit temeer omdat in dezelfde notulen beslissingen staan over andere vennootschappen dan (alleen) Norkem. Wellicht dat de in Engeland gevestigde aandeelhouder (met Engelssprekende bestuursleden) hebben bedoeld X te benoemen tot (statutair) bestuurder, maar voorlopig is niet gebleken dat de betreffende bestuursleden (tevens bestuursleden van Norkem) dit zonneklaar aan X duidelijk hebben gemaakt. Dat X zich bewust was dat hij statutair bestuurder zou worden kan evenmin worden aangenomen doordat hij na zijn benoeming op het inschrijfformulier voor de Kamer van Koophandel heeft laten invullen dan wel voor akkoord heeft ondertekend dat hij statutair bestuurder zou worden. Gesteld noch gebleken is dat X specifieke kennis bezit waardoor hij wist wat de gevolgen waren van hetgeen hij ondertekende. De kantonrechter is bevoegd kennis te nemen van dit geschil. Geoordeeld wordt dat de arbeidsovereenkomst vanwege het ontbreken van een ontslagvergunning (of een gerechtelijke titel tot ontbinding) niet rechtsgeldig is geëindigd.

De loonvordering wordt toegewezen.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 19-04-2013

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2013:4124

Zaaknummer: 433237 KG EXPL 13-16

Rechters: J.H. Gisolf

Advocaten: F.J.T. van Gelderen en W.D. Kootstra

Wetsartikelen: 2:242 BW, 6 BBA en 9 BBA

RECHTSPRAAK

werkneemster/VOF Mammoet Tuinmeubel

Werkneemster heeft haar arbeidsovereenkomst zonder inachtneming van de opzegtermijn opgezegd, waarmee werkgever heeft ingestemd. Loonvordering over opzegtermijn wordt afgewezen

Werkneemster is op 17 oktober 2011 bij Mammoet Tuinmeubel in dienst getreden. Op 29 mei 2012 heeft werkneemster bericht dat zij per 31 mei 2012 ontslag neemt. Op 1 juni 2012 heeft werkneemster Mammoet Tuinmeubel bericht dat de wettelijke opzegtermijn in acht moeten worden genomen. Zij heeft zich beschikbaar gesteld tot het verrichten van arbeid tot 1 juli 2012. Mammoet Tuinmeubel heeft het loon over de maand juni 2012 onbetaald gelaten. Werkneemster heeft een loonvordering ingesteld.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Mammoet Tuinmeubel heeft met de opzegging door werkneemster ingestemd en haar niet gehouden aan haar opzegtermijn. Geen wetsbepaling bepaalt dat een werkgever een werknemer aan een opzegtermijn moet houden. De arbeidsovereenkomst loopt door deze eenzijdige rechtshandeling af op 31 mei 2012. Voor zover werkneemster stelt dat zij later haar opzegging heeft gewijzigd door (bij brief d.d. 31 mei 2012) alsnog op te zeggen tegen 1 juli 2012 en dat daardoor de arbeidsovereenkomst is blijven doorlopen, is dat onjuist. Een eenzijdige rechtshandeling is slechts te herroepen met goedkeuring van de wederpartij. Daarvan is niet gebleken. Voor zover werkneemster bedoelt te stellen dat zij aan Mammoet Tuinmeubel heeft meegedeeld te willen opzeggen met een opzegtermijn van één maand, derhalve tegen 1 juli 2012, heeft zij onvoldoende aangevoerd om die stelling te onderbouwen. Volgt afwijzing van de vordering.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 08-04-2013

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2013:3268

Zaaknummer: 424029 CV EXPL 12-4819

Rechters: J.H. Gisolf

Advocaten: N. van der Kruk

Wetsartikelen: 7:667 BW en 7:672 BW

RECHTSPRAAK

X/Y

Au pair is werkzaam op basis van een arbeidsovereenkomst en heeft gedurende de eerste 52 weken bij ziekte recht op ten minste het wettelijk minimumloon

X (Bulgaarse nationaliteit) is sinds 2008 als au pair werkzaam voor Y. Zij ontving, naast kost en inwoning, van Y als vergoeding voor 130 gewerkte uren per maand een bedrag van € 340. Voor elk extra gewerkt uur ontving zij € 4,50. Na het aflopen van de overeenkomst is Y een maandelijkse vergoeding blijven betalen van ten minste € 340, welke vergoeding per 1 januari 2013 is verhoogd tot € 375. X is Y overzichten blijven verstrekken van de maandelijks door haar gewerkte uren. Op 22 februari 2013 heeft X zich ziek gemeld. Centrale vraag is of X werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst en of zij vanaf 15 maart 2009 recht heeft op het wettelijk minimumloon.

De kantonrechter oordeelt als volgt. X heeft onweersproken gesteld dat zij na afloop van de au-pairovereenkomst dezelfde werkzaamheden is blijven verrichten voor Y als ten tijde van de au-pairovereenkomst. X heeft zich wekelijks met de zorg voor de kinderen en huishoudelijke taken beziggehouden. Haar werd een maandelijkse vergoeding betaald van ten minste € 340. Naar het voorlopige oordeel van de kantonrechter is sprake van het gedurende zekere tijd verrichten van arbeid tegen betaling van loon in de zin van artikel 7:610 BW. Ook is de gezagsverhouding aanwezig. Het Gerechtshof Leeuwarden heeft in zijn arrest van 11 februari 2004 (JAR 2004/65) reeds overwogen dat de zorg en opvang van de kinderen en het verrichten van huishoudelijke werkzaamheden een zodanige onbepaaldheid heeft, dat zij zich moeilijk laat denken zonder insluiting van een instructiebevoegdheid. Hoewel de kantonrechter ervan overtuigd is dat Y zich niet bewust is geweest van de juridische kwalificatie van de verhouding tussen partijen, is voldoende aannemelijk dat de bodemrechter zal oordelen dat op 15 maart 2009, althans 1 oktober 2009, een arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen. Op grond van artikel 7:629 BW heeft X gedurende de eerste 52 weken ziekte recht op het geldende wettelijke minimumloon. De loonvordering vanaf 22 februari 2013 wordt toegewezen. De vordering tot betaling van achterstallig loon over de periode van 15 maart 2008 tot 22 februari 2013 wordt afgewezen, omdat de onderhavige procedure zich niet leent voor het vergaren van nadere

gegevens.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 02-10-2013

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2013:4707

Zaaknummer: 2257991 UV EXPL 13-348

Rechters: N.V.M. Gehlen

Advocaten: R.A. Korver en M.B. Bruinsma

Wetsartikelen: 7:610 BW, 7:629 BW en 7 WML

RECHTSPRAAK

X/Stichting Vooruit-Hart voor Zuid-Oost

Geen overgang van onderneming vanwege ontbreken identiteitsbehoud. Toepassing Spijkers-criteria. Sociaal-cultureel werk is inhoudelijk sterk gewijzigd

X is in dienst geweest van Stichting Cumulus als agogisch beheerder. De gemeente Utrecht heeft in 2013 besloten de subsidie per 1 augustus 2013 aan andere stichtingen dan Stichting Cumulus te gunnen. Een van deze stichtingen is Stichting Vooruit. De arbeidsovereenkomst van X is vanwege de ingetrokken subsidie per 1 augustus 2013 opgezegd. Zes van de acht werknemers van Stichting Cumulus zijn, met behoud van hun arbeidsvoorwaarden, overgegaan naar Stichting Vooruit. Thans stelt X dat er sprake is van een overgang van onderneming en dat zij van rechtswege in dienst is getreden van Stichting Vooruit.

Het sociaal-cultureel werk dat door Stichting Cumulus werd verricht, vormt naar het voorlopig oordeel van de kantonrechter een economische eenheid in de zin van artikel 7:662 lid 2 sub b van het BW. Uit de feiten, zoals deze door partijen zijn gepresenteerd, volgt immers dat Stichting Cumulus een georganiseerd geheel van werknemers was die speciaal en duurzaam met een gemeenschappelijke taak waren belast. Stichting Vooruit heeft betwist dat er sprake is van identiteitsbehoud, nu het sociaal-cultureel werk, zoals voor 1 augustus 2013 uitgevoerd door Stichting Cumulus, is versnipperd over drie nieuwe stichtingen, waaronder Stichting Vooruit. Daarnaast is het sociaal-cultureel werk per 1 augustus 2013 omgevormd en vernieuwd naar sociaal makelen, hetgeen inhoudt dat de sociaal-cultureel werkers zich niet meer bezighouden met het organiseren van activiteiten voor de buurtbewoners, maar dat de nieuwe sociaal-makelaars de buurtbewoners begeleiden in het zelf organiseren van activiteiten. Voor de beoordeling of er sprake is van identiteitsbehoud worden de Spijkers-criteria toegepast (HvJ EG 18 maart 1986, nr. 24/85, NJ 1987, 502). Stichting Vooruit heeft voldoende aannemelijk gemaakt dat de voor en na de overdracht verrichte activiteiten sterk van elkaar afwijken. Hoewel de functie agogisch beheerder ook bij Stichting Vooruit nog bestaat, is de inhoud van de functie sterk gewijzigd. Daarnaast is aannemelijk dat ook de inhoudelijke werkzaamheden sterk zijn gewijzigd. In deze zaak is de klantenkring van Stichting Vooruit weliswaar dezelfde als de klantenkring van Stichting Cumulus, maar is deze doelgroep niet een clientèle die een

waarde vertegenwoordigt die kan worden toegerekend aan de onderneming, zodat aan dit criterium geringe betekenis wordt toegekend met betrekking tot beantwoording van de vraag of er sprake is van overgang van onderneming. Nu evenwel de activiteiten niet ongewijzigd zijn voortgezet, kan het argument van de overname van een wezenlijk deel van de werknemers, qua aantal en deskundigheid, wat daar overigens ook van zij, omdat het aantal van vier voorshands door de kantonrechter niet als wezenlijk wordt ervaren, geen rol meer spelen. Aannemelijk is dat de bodemrechter zal oordelen dat geen sprake is van een overgang van onderneming. Volgt afwijzing van de vordering.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 25-09-2013

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2013:4684

Zaaknummer: 2236100 UV EXPL 13-334 LH/4460

Rechters: J.J.M. De Laat

Advocaten: A. van Doorn en N. Dullaert

Wetsartikelen: 7:662 BW

RECHTSPRAAK

Twente Milieu N.V./werknemer

Hoewel chauffeur van veegwagen de schijn over zich heeft afgeroepen dat hij tijdens werktijd betrokken is geraakt bij de exploitatie van een hennepplantage, is er onvoldoende grond voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst

Werknemer is sinds 1981 in dienst van Twente Milieu als chauffeur. Begin juni 2013 heeft Twente Milieu een anonieme tip ontvangen dat regelmatig een van haar veegwagens wordt gezien bij een gebouw in Enschede. De tipgever geeft daarbij aan dat zich in de buurt van het opgegeven adres een hennepplantage bevindt. Hoffmann Bedrijfsrecherche heeft na een onderzoek gerapporteerd dat werknemer, zowel in privétijd als onder werktijd, in en nabij een pand aanwezig is geweest waar een hennepkwekerij was gevestigd. De stiefzoon van werknemer is aangehouden op verdenking van het inrichten en exploiteren van de hennepplantage. Thans verzoekt Twente Milieu ontbinding van de arbeidsovereenkomst, primair wegens een dringende reden. Daaraan wordt onder meer de betrokkenheid bij de hennepplantage ten grondslag gelegd.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Werknemer heeft de schijn over zich afgeroepen dat hij tijdens werktijd en in werkkleding van Twente Milieu betrokken is geraakt bij de exploitatie van een hennepplantage. Deze gang van zaken kan werknemer worden verweten, maar daarbij moet worden aangetekend dat schijn soms bedrieglijk is en daarom is er geen aanleiding – ook niet wanneer de overige verwijten aan het adres van werknemer terecht zouden zijn – de arbeidsovereenkomst wegens een dringende reden te ontbinden. Eerst indien vorenbedoelde betrokkenheid onomstotelijk vast zou komen te staan, is dat anders. Een procedure als de onderhavige leent zich echter niet tot bewijslevering. Het standpunt van Twente Milieu dat werknemer kan worden verweten dat hij niet terstond heeft erkend dat de exploitant van de hennepplantage zijn stiefzoon is, wordt onderschreven. Ook kan werknemer worden verweten dat hij overigens niet onmiddellijk openheid van zaken heeft gegeven. Door het vervoeren van kleine kinderen met de veegwagen (hetgeen verboden is) en het voeren van een onnauwkeurige werkurenregistratie, is het vertrouwen van Twente Milieu ernstig beschadigd. Volgens werknemer is geen sprake van een onherstelbare vertrouwensbreuk.

Werknemer heeft vanaf 1981 voor Twente Milieu gewerkt en niet is naar voren gekomen dat hij, voordat de in dit geding aan de orde zijnde incidenten aan het licht kwamen, disfunctioneerde dan wel zijn werkwijze aanleiding gaf tot klachten. Twente Milieu had kunnen volstaan met het aan werknemer opleggen van een passende disciplinaire maatregel. Volgt afwijzing van het ontbindingsverzoek.

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 16-09-2013

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2013:2347

Zaaknummer: 2214719 EJ VERZ 6401/13

Rechters: M.H. van Rhijn

Advocaten: J.E. Middelveld en R.J.H. van der Wal

Wetsartikelen: 7:685 BW

ANNOTATIE

Boedeker/Schlecker: de laatste aflevering in een spannende trilogie

mr. dr. J.H. Even

Met dit arrest heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) een interessante trilogie afgesloten. Deze trilogie biedt een goed overzicht van de wijze waarop artikel 6 lid 2 van het Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (EVO) moet worden geïnterpreteerd. De drie uitspraken zijn eveneens van groot belang voor de uitleg van artikel 8 leden 2 tot en met 4 van de Verordening inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I), de bepalingen die artikel 6 lid 2 EVO opvolgen.

1. Het recht van toepassing op de arbeidsovereenkomst

Het staat ingevolge het EVO de contracterende partijen als hoofdregel vrij zelf te kiezen welk recht op de (arbeids)overeenkomst van toepassing is. Deze rechtskeuze moet op grond van artikel 3 lid 1 EVO uitdrukkelijk zijn gedaan of duidelijk blijken uit de bepalingen van de overeenkomst of de omstandigheden van het geval. Toch zijn er belangrijke uitzonderingen op deze vrijheid. De voor het arbeidsrecht meest relevante uitzondering volgt uit artikel 6 EVO. Deze uitzondering is in het leven geroepen om de zwakker geachte werknemer te beschermen. Dezelfde beschermingsgedachte is terug te vinden in Rome I.

Artikel 6 lid 1 EVO bepaalt dat de arbeidsovereenkomst weliswaar wordt beheerst door het recht dat de partijen hebben gekozen, maar dat deze keuze er niet toe mag leiden dat de werknemer de bescherming verliest die hij geniet op grond van bepalingen ten aanzien waarvan niet bij overeenkomst kan worden afgeweken van het recht dat bij gebreke van een rechtskeuze op de arbeidsovereenkomst van toepassing zou zijn (het objectief toepasselijke recht). De rechtskeuze kan er dus niet toe leiden dat de werknemer bescherming verliest die hem wordt verstrekt door dwingende bepalingen van het objectief toepasselijke recht. Artikel 8 lid 1 Rome I luidt hetzelfde.

Het objectief toepasselijke recht wordt vastgesteld door het getrapte systeem van artikel 6 lid 2

EVO. Dat bepaalt dat bij gebreke van een rechtskeuze de arbeidsovereenkomst beheerst wordt door: (a) het recht van het land waar de werknemer ter uitvoering van de overeenkomst gewoonlijk zijn arbeid verricht (het gewoonlijke werkland), zelfs wanneer hij tijdelijk in een ander land te werk is gesteld; of (b) het recht van het land waar zich de vestiging bevindt die de werknemer in dienst heeft genomen, wanneer deze niet in eenzelfde land gewoonlijk zijn arbeid verricht, tenzij uit het geheel der omstandigheden blijkt dat de arbeidsovereenkomst nauwer is verbonden met een ander land, in welk geval het recht van dat andere land toepasselijk is (de exceptieclausule). Ditzelfde getrapte systeem is terug te vinden in artikel 8 leden 2 tot en met 4 Rome I.

Voor genoemd systeem oogt bij eerste lezing vrij eenvoudig. Uit de tekst volgt reeds dat sub b uitsluitend aan de orde komt als geen gewoonlijk werkland kan worden vastgesteld. Sub a gaat dus voor sub b. De exceptieclausule kan echter derogeren aan beide aanknopingscriteria (zowel sub a als sub b), als blijkt dat de arbeidsovereenkomst nauwer is verbonden met een ander land. Ondanks de ogenschijnlijke duidelijkheid, bleven tot voor kort vragen bestaan over de uitleg van artikel 6 lid 2 EVO. Veel van die vragen zijn inmiddels beantwoord in de arresten Koelzsch/Luxemburg (HvJ EU 15 maart 2011, C-29/10) en Voogsgeerd/Navimer (HvJ EU 15 december 2011, C-384/10). Deze arresten hebben duidelijkheid gegeven over de reikwijdte van artikel 6 lid 2 sub a, respectievelijk sub b EVO, en hun verhouding tot elkaar. Kort gezegd komt het erop neer dat het begrip ‘het land waar de werknemer ter uitvoering van de overeenkomst gewoonlijk zijn arbeid verricht’ van artikel 6 lid 2 sub a EVO ruim moet worden uitgelegd, dit mede in verband met de bescherming van de werknemer. Deze brede toepasselijkheid van sub a gold volgens het HvJ EU ‘als een waarborg dat eerder het recht van de staat waarin hij zijn beroepswerkzaamheden verricht van toepassing is dan dat van de staat van de zetel van de werkgever’ (Koelzsch/Luxemburg, punt 41). De werknemer oefent namelijk zijn economische en sociale functie in eerstgenoemde staat uit en zijn arbeid ondergaat volgens het HvJ EU in die staat de invloed van het politieke en het bedrijfsklimaat. Het in sub b genoemde criterium van de plaats van ‘de vestiging die de werknemer in dienst heeft genomen’ kan slechts toepassing vinden wanneer de aangezochte rechter niet in staat is te bepalen in welk land de arbeid gewoonlijk werd verricht. Bovendien heeft het HvJ EU uitgelegd wat precies onder het begrip vestiging dient te worden verstaan: ‘elke vaste inrichting van een onderneming’ (Voogsgeerd/Navimer, punt 54).

Het was nog niet duidelijk hoe sub a en sub b van artikel 6 lid 2 EVO zich verhouden tot de exceptieclausule: wanneer kan deze exceptieclausule derogeren aan de hoofdregels van sub a en sub b? Hier staan, zoals A-G Wahl dit in punt 42 van de conclusie samenvat (zie ook punt 30 van het HvJ EU), twee opvattingen tegenover elkaar. Volgens een eerste uitlegmethode bestaat er, toegepast op de onderhavige zaak, tussen sub a en de exceptieclausule een

verhouding van 'beginsel en uitzondering', waarbij slechts in uitzonderlijke gevallen kan worden onderzocht of de overeenkomst nauwer is verbonden met een ander land, namelijk wanneer op basis van de vermoedens een recht wordt aangewezen dat kennelijk niet geschikt is voor de overeenkomst. Volgens een tweede uitlegmethode bestaat er geen rangorde tussen de betrokken bepalingen en beschikt de rechter over een zekere beoordelingsmarge bij het bepalen van het recht waarmee de betrokken overeenkomst het nauwst is verbonden. Eveneens bestond discussie over het antwoord op de vraag of, bij het bepalen van het toepasselijke recht, rekening zou mogen worden gehouden met het materieel voor de werknemer gunstigste recht. Er is wel betoogd dat het beschermingsbeginsel van artikel 6 EVO ertoe zou moeten leiden dat de vaststelling welk recht de werknemer het meeste bescherming biedt, relevant is bij beantwoording van de vraag welk rechtsstelsel de arbeidsovereenkomst beheerst. Anders gezegd, in de verhouding tussen sub a en de exceptieclausule zou een rol spelen welk rechtsstelsel de werknemer de meeste bescherming biedt: dat rechtsstelsel zou (een zekere) voorrang moeten krijgen. Dit standpunt is geponeerd door V. van den Eeckhout in 'Enkele beschouwingen naar aanleiding van diverse recente Europese en Nederlandse uitspraken in het internationaal arbeidsrecht (Koelzsch, Voogsgeerd, Vicoplus, Nuon-rechtspraak en zaak FNV/De Mooij). Welke (nieuwe) argumentatiemogelijkheden voor werknemers tot opeisen van (meer) arbeidsrechtelijke bescherming in internationale situaties?', *ARBAC* 2012, p. 3-8.

2. Feiten en verwijzingsarrest

De feiten in de onderhavige zaak laten zich als volgt samenvatten. Boedeker was aanvankelijk van 1 december 1979 tot 1 januari 1994 bij Schlecker in Duitsland in dienst geweest. Daarna was zij in de eerste helft van 1995 opnieuw bij Schlecker in dienst getreden als 'Geschäftsführerin/Vertrieb' in Nederland. Bij brief van 19 juni 2006 had Schlecker Boedeker meegedeeld dat haar functie in Nederland zou ophouden te bestaan. Zij zou als bedrijfsleider in Dortmund te werk worden gesteld. Naar Duits recht betrof dit een zogenoemde *Änderungskündigung*. Boedeker maakte hiertegen bezwaar. Zij vorderde in rechte onder meer de vaststelling dat Nederlands recht op de arbeidsovereenkomst van toepassing was. Deze vordering werd in beide feitelijke instanties toegewezen. Voor het vaststellen van het toepasselijke recht knoopten de feitenrechters aan bij het aanwijzingscriterium van artikel 6 lid 2 sub a EVO: Nederland was het gewoonlijke werkland. Schlecker ging hiertegen in cassatie en voerde aan dat de arbeidsovereenkomst was onderworpen aan Duits recht. Zij deed in dit verband onder meer een beroep op de exceptieclausule. Ter onderbouwing hiervan beriep Schlecker zich op het gegeven dat het salaris vóór de invoering van de euro in Duitse marken werd betaald, dat de werkgever een Duitse rechtspersoon was, dat de pensioenvoorziening bij een Duitse pensioenverzekeraar was ondergebracht, dat Boedeker in Duitsland woonde, dat

de sociale premies in Duitsland werden betaald, dat in de arbeidsovereenkomst naar dwingendrechtelijke bepalingen uit het Duitse recht werd verwezen en dat Schlecker de reiskosten van Boedeker naar Nederland vergoedde. Deze omstandigheden kwamen er volgens A-G Strikwerda samengevat op neer dat de arbeidsovereenkomst van partijen in alle (relevante) opzichten, behalve voor zover het gaat om de plaats waar Boedeker ter uitvoering van de overeenkomst gewoonlijk haar arbeid verrichtte, met Duitsland was verbonden.

A-G Strikwerda merkte op dat, als de verwijzingsregel van artikel 6 lid 2 sub a EVO niet op het beschermingsbeginsel, maar uitsluitend op het beginsel van de nauwste verbondenheid zou zijn gebaseerd, het hof zou moeten hebben concluderen dat de arbeidsovereenkomst nauwer met Duitsland was verbonden dan met Nederland. Het hof zou dan de exceptieclausule hebben moeten toepassen. De verwijzingsregel van artikel 6 lid 2 sub a EVO is echter niet uitsluitend gebaseerd op het beginsel van de nauwste betrokkenheid, maar ook op het beschermingsbeginsel, aldus de A-G. Dit betekende volgens hem dat bij de toepassing van de exceptieclausule niet alleen beslissend was of met een ander land dan het land waar de werknemer gewoonlijk zijn arbeid verricht een feitelijk-geografisch aanknopingsoverzicht bestaat, maar ook of door toepassing van het recht van dat andere land afbreuk werd gedaan aan de strekking van het beschermingsbeginsel. In dat verband maakte de A-G duidelijk dat het beschermingsbeginsel er uitsluitend toe strekt de werknemer de bescherming te verlenen die geldt in zijn werkomgeving, en niet om hem de toepassing te garanderen van het recht dat voor hem tot het gunstigste resultaat leidt. Er mocht dus geen betekenis worden toegekend aan de omstandigheid dat het recht van het ene land voor de werknemer tot een materieel gunstiger resultaat leidde dan het recht van het andere land. Dit toepassende, kwam de A-G tot de conclusie dat in het onderhavige geval, waarin vaststond dat Boedeker permanent en ruim elf jaar haar werk voor Schlecker had verricht in Nederland, het hof terecht had geoordeeld dat niet eenvoudig van het beschermende hoofdbeginsel van artikel 6 lid 2 sub a EVO mocht worden afgeweken. Het hof had daardoor op goede gronden geoordeeld dat de door Schlecker aangevoerde aanknopingspunten van de arbeidsovereenkomst met Duitsland, geen grond opleverden met toepassing van de exceptieclausule Duits recht op de arbeidsovereenkomst toe te passen.

De Hoge Raad stelde in rechtsoverweging 3.6 van het verwijzingsarrest vast dat in cassatie tot uitgangspunt diende te worden genomen dat het Nederlandse recht in dit geval een verdergaande bescherming bood aan Boedeker tegen de door Schlecker gehanteerde 'Änderungskündigung' dan het Duitse recht. De Hoge Raad leek dus niet uit te sluiten dat dit gegeven relevant was. Verder twijfelde de Raad aan de uitleg van de exceptieclausule. Als in het geval dat alle relevante aanknopingspunten verwijzen naar een en hetzelfde andere land dan het gewoonlijke werkland toch het recht van het werkland van toepassing is, zou de

exceptieclausule volgens de Raad aan betekenis verliezen. Die conclusie kon niet buiten gerede twijfel als juist worden aanvaard. In het licht daarvan stelde de Hoge Raad de volgende prejudiciële vragen:

1. Dient het bepaalde in artikel 6 lid 2 EVO aldus te worden uitgelegd, dat indien een werknemer de arbeid ter uitvoering van de overeenkomst niet alleen gewoonlijk maar ook langdurig en zonder onderbreking verricht in hetzelfde land, in alle gevallen het recht dient te worden toegepast van dat land, ook al wijzen alle overige omstandigheden op een nauwe verbondenheid van de arbeidsovereenkomst met een ander land?
2. Is voor een bevestigend antwoord op vraag 1 vereist dat de werkgever en de werknemer bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst, althans bij de aanvang van de arbeid, hebben beoogd, althans zich ervan bewust zijn geweest dat de arbeid langdurig en zonder onderbreking in hetzelfde land zouden worden verricht?

3. Het HvJ EU

Het HvJ EU greep eerst terug op de arresten Koelzsch/Luxemburg en Voogsgeerd/Navimer. Hij herhaalde dat het aanwijzingscriterium van het gewone werkland voor het criterium gaat van de plaats van de vestiging die de werknemer in dienst heeft genomen. Het eerste aanwijzingscriterium moet in verband met de werknemersbescherming ruim worden opgevat. Deze doelstelling moet volgens het HvJ EU verzekeren dat op de arbeidsovereenkomst het recht van het land wordt toegepast waarmee deze overeenkomst de nauwste banden schept. Deze uitlegging hoefde er volgens het HvJ EU echter niet noodzakelijkerwijs toe te leiden dat in alle situaties het gunstigste recht voor de werknemer werd toegepast.

Vervolgens ging het HvJ EU in op de verhouding tussen de aanwijzingscriteria van artikel 6 lid 2 sub a en b enerzijds en de exceptieclausule anderzijds. Hierover merkte het HvJ EU op dat uit de letterlijke bewoording van artikel 6 lid 2 EVO blijkt dat de rechter eerst aan de hand van de aanwijzingscriteria van artikel 6 lid 2 sub a en b moet bepalen welk recht van toepassing is. Dat brengt de rechtszekerheid mee. Niettemin kan de exceptieclausule aan de toepasselijkheid van sub a en b van artikel 6 lid 2 EVO derogeren, als de arbeidsovereenkomst nauwer is verbonden met een ander land dan dat waartoe toepassing van de sub a en b leidt. Deze uitlegging staat op één lijn met het bepaalde in artikel 8 Rome I. Het HvJ EU vervolgde: 'Blijkens het voorgaande dient de verwijzende rechter het op de overeenkomst toepasselijke recht te bepalen op basis van de aanknopingscriteria van artikel 6, lid 2, eerste zinsdeel, EVO, en in het bijzonder op basis van het in dit lid 2, sub a, bedoelde criterium van de plaats waar de arbeid gewoonlijk wordt verricht. Wanneer een overeenkomst evenwel nauwer is verbonden met een ander land dan dat waar de arbeid gewoonlijk wordt verricht, dient krachtens het

laatste zinsdeel van dat lid het recht van het land waar de arbeid wordt verricht, buiten toepassing te worden gelaten en het recht van dat andere land te worden toegepast.'

De rechter diende volgens het HvJ EU bij het toepassen van de exceptieclausule rekening te houden met alle factoren die de arbeidsbetrekking kenmerken, en te bepalen welke factor of factoren daarvan volgens hem het zwaarste wegen. De rechter mocht echter niet automatisch tot de conclusie komen dat de regel van artikel 6, lid 2, sub a, EVO buiten toepassing moet worden gelaten louter omdat de andere relevante omstandigheden, buiten de plaats waar de arbeid daadwerkelijk wordt verricht, door hun *aantal* een ander land aanwijzen. Het gaat immers ook om de importantie van de factoren. Onder de belangrijke factoren voor de aanknoping bij de exceptieclausule diende volgens het HvJ EU allereerst rekening te worden gehouden met het land waar de werknemer belastingen en heffingen op inkomsten uit arbeid betaalt en het land waar hij is aangesloten bij de sociale zekerheid en de verschillende pensioen-, ziektekostenverzekerings- en invaliditeitsregelingen. Bovendien diende de nationale rechter volgens het HvJ EU rekening te houden met alle omstandigheden van de zaak, zoals met name de criteria betreffende de vaststelling van het salaris en de andere arbeidsvoorwaarden.

Hieruit volgde, aldus het HvJ EU, dat artikel 6 lid 2 EVO zo moet worden uitgelegd dat de nationale rechter, zelfs indien een werknemer de arbeid ter uitvoering van de arbeidsovereenkomst gewoonlijk, gedurende lange tijd en zonder onderbreking in hetzelfde land verricht, ingevolge het laatste zinsdeel van deze bepaling het in dat land toepasselijke recht buiten toepassing kan laten indien uit het geheel der omstandigheden blijkt dat die overeenkomst nauwer is verbonden met een ander land. Met dat antwoord hoefde het HvJ EU niet op de tweede prejudiciële vraag in te gaan.

4. Analyse

In feite is de exceptieclausule van artikel 6 lid 2 EVO overbodig: sub a en sub b van artikel 6 lid 2 EVO dekken immers het gehele spectrum van mogelijke gevallen af. Dat rechtvaardigt de vraag waarom ook die exceptieclausule is opgenomen. A-G Trstenjak beantwoordde die vraag in punt 47 van de conclusie bij Voogtsgeerd/Navimer met de opmerking dat de regelingen (sub a, sub b en de exceptieclausule) van artikel 6 lid 2 EVO op de grondgedachte berusten dat 'in het belang van de beschermingswaardige werknemer het recht moet worden toegepast dat nauwer verbonden is met de arbeidsovereenkomst'. Een soortgelijke gedachte is terug te vinden bij A-G Strikwerda, waar hij stelt dat het beschermingsbeginsel een rol speelt bij het interpreteren van artikel 6 lid 2 sub a EVO en de exceptieclausule (conclusie bij Schlecker/Boedeker, punt 21). A-G Strikwerda bepleitte in dit verband dat het werkland geacht dient te worden de werknemer het meest bescherming te geven, zodat bij een 'duidelijk

werkland' niet snel kan worden teruggevallen op de exceptieclausule. A-G Wahl was het met dat laatste niet eens in zijn conclusie in de onderhavige zaak. Wahl meende met Strikwerda dat werknemersbescherming weliswaar een belangrijke rol speelt bij het interpreteren van artikel 6 lid 2 EVO, maar die bescherming moet worden gevonden door het recht van het land toe te passen waarmee de arbeidsovereenkomst het nauwst is verbonden (punt 54 van zijn conclusie). Hij ziet daarbij, anders dan A-G Strikwerda, geen ruimte voor een rangorde tussen het gewone werkland en de exceptieclausule van artikel 6 lid 2 EVO (punten 42 en 44 van de conclusie van A-G Wahl). Dat standpunt lijkt ook het uitgangspunt van het HvJ EU te zijn gezien punt 34 van het arrest: '[a]angezien de doelstelling van artikel 6 EVO een passende bescherming van de werknemer is, moet deze bepaling verzekeren dat op de arbeidsovereenkomst het recht van het land wordt toegepast waarmee deze overeenkomst de nauwste banden schept.' Het HvJ EU zag met A-G Wahl in deze zaak geen reden bij een 'duidelijk werkland' niet te kunnen overstappen op de exceptieclausule. Wel zal daadwerkelijk sprake moeten zijn van nauwere banden. Hierbij gaat het niet zo zeer om het aantal factoren dat naar een ander land wijst, maar veel meer om de importantie van die factoren. Belangrijke factoren zijn volgens het HvJ EU (waarmee vrijwel letterlijk de door de A-G in punten 68 en 69 opgesomde factoren worden herhaald) het land waar de werknemer belastingen en heffingen op inkomsten uit arbeid betaalt en het land waar hij is aangesloten bij de sociale zekerheid en de verschillende pensioen-, ziektekostenverzekerings- en invaliditeitsregelingen. De nationale rechter dient volgens het HvJ EU voorts rekening te houden met alle omstandigheden van de zaak, zoals met name de criteria betreffende de vaststelling van het salaris en de andere arbeidsvoorwaarden. Anders dan het HvJ EU lichtte de A-G dit laatste ook toe. Het gaat er hierbij volgens de A-G in het bijzonder om dat de rechter kan onderzoeken aan de hand van welke overeenkomst of nationale schaal het loon en de andere arbeidsvoorwaarden zijn vastgesteld. Dit kan de rechter volgens de A-G doen aan de hand van de gegevens in de arbeidsovereenkomst en de eventueel daaraan gehechte documenten of de documenten waarnaar in deze overeenkomst uitdrukkelijk wordt verwezen. Anders dan het HvJ EU noemde de A-G verder ook factoren die volgens hem van minder groot belang zijn voor de toepassing van de exceptieclausule (punt 70). Het gaat daarbij om de omstandigheden dat de contractspartijen de overeenkomst in een bepaald land hebben gesloten, een bepaalde nationaliteit hebben of ervoor hebben gekozen in een bepaald land te wonen. Evenmin mag aan de taal waarin de arbeidsovereenkomst is opgesteld of het feit dat hierin naar een bepaalde vreemde valuta wordt verwezen, ook al kunnen zij relevante gegevens zijn, volgens de A-G een doorslaggevend belang worden toegekend.

Eigenlijk was iedereen in de zaak Schlecker/Boedeker die zich er expliciet over had uitgelaten – Strikwerda, Wahl en het HvJ EU – het erover eens dat het beschermingsbeginsel formeel moest worden toegepast: het beschermingsbeginsel strekt er uitsluitend toe de werknemer

bescherming te verlenen door het recht van het land toe te passen waarmee de overeenkomst de nauwste banden schept, en niet om hem de toepassing te garanderen van het recht dat voor hem tot het gunstigste resultaat leidt.

5. Wat betekent dit concreet voor de interpretatie van artikel 6 lid 2 EVO?

Artikel 6 lid 2 EVO moet worden geïnterpreteerd aan de hand van het doel werknemersbescherming. Die bescherming dient te worden gevonden door het recht toe te passen waarmee de arbeidsovereenkomst de nauwste banden heeft, zonder dat hierbij acht hoeft te worden geslagen op het voor de werknemer materieel gunstigste recht (HvJ EU Schlecker/Boedeker, punt 34). Het is inmiddels bekend dat het gewoonlijke werkland van artikel 6 lid 2 sub a EVO een nauwere band schept dan het land waar zich de vestiging bevindt die de werknemer in dienst heeft genomen van sub b. Daarom is sub a eerder van toepassing dan sub b en dient sub a ruim te worden geïnterpreteerd ten koste van sub b. Niettemin mag telkens worden overgestapt naar de uitzonderingsclausule, als de arbeidsovereenkomst maar nauwer is verbonden met het recht van een ander land. Daarbij maakt het niet uit dat er bijvoorbeeld een 'duidelijk werkland' is. Anders gezegd: de exceptieclausule komt niet slechts in beeld als artikel 6 lid 2 sub a en b EVO geen werkelijke aanknopingswaarden geven (zie HvJ EU Schlecker/Boedeker, punt 30), de exceptieclausule wordt in de woorden van A-G Wahl niet gemarginaliseerd (conclusie Schlecker/Boedeker, punt 49). Dat wil echter geenszins zeggen dat er zo maar mag worden overgestapt naar de exceptieclausule, bijvoorbeeld omdat een aantal criteria verwijst naar het recht van een ander land. Een dergelijke 'makkelijke' overstap naar de exceptieclausule zou namelijk in strijd komen met de rechtszekerheid (HvJ EU Schlecker/Boedeker, punt 35). Er moeten belangrijke indicaties zijn dat het recht van een ander land in het geding is. Hierbij moet met name worden gekeken naar het fiscale heffingsland, het land waar de werknemer is aangesloten bij de sociale zekerheid en de verschillende pensioen-, ziektekostenverzekerings- en invaliditeitsregelingen, en naar criteria betreffende de vaststelling van het salaris en de andere arbeidsvoorwaarden. Bij dat laatste kan naar ik meen bijvoorbeeld worden gedacht aan toepassing van een specifieke nationale collectieve arbeidsovereenkomst.

Ik kan mij nog steeds voorstellen dat bij het wel of niet toepassen van de exceptieclausule, een zekere weging wordt gemaakt tussen de aanknopingspunten van de verwijzingsregel van sub a of b enerzijds, en de aanknopingspunten van de exceptieclausule anderzijds (zie mijn 'Het toepasselijke recht op arbeidsovereenkomsten. Artikel 6 EVO en 8 Rome I steeds verder ontrafeld', *NIPR* 2013, p. 22-24). Het gaat er immers om het land te vinden waarmee de arbeidsovereenkomst het nauwst is verbonden. Dat vraagt om een weging tussen twee of meer verschillende rechtssystemen. Dat blijkt ook uit de tekst van de exceptieclausule: de arbeidsovereenkomst moet 'nauwer' (een vergelijking dus van het een met het ander) zijn

verbonden met een ander land dan aangewezen onder de verwijzingsregels van sub a of b. De balans van het toepasselijke recht zal moeten doorslaan naar het land waarmee de arbeidsovereenkomst het nauwst is betrokken. Hier heeft de rechter een zekere beoordelingsmarge (zie de A-G Wahl in Schlecker/Boedeker, punt 42). Hierbij geldt evenwel steeds dat de rechter de verwijzingsregels van artikel 6 lid 2 sub a of b EVO moet toepassen, zelfs als deze geen geschikte aanknopingswaarden geven, als er nauwelijks indicaties zijn om de exceptieclausule toe te passen. Er moet, in verband met de tekst van artikel 6 lid 2 EVO en de rechtszekerheid, wel een bepaalde drempelwaarde worden behaald om over te kunnen stappen naar die exceptieclausule.

Het voorgaande betekent mijn inziens dat, als een werknemer al sinds lange tijd gewoonlijk werkt in een bepaald land én hij daar volledig ingebed is in een arbeidsorganisatie, dat veel gewicht in de schaal legt voor toepassing van de verwijzingsregel van sub a. Het zal dan lastiger zijn – maar gezien het onderhavige arrest niet onmogelijk, als maar voldoende belangrijke criteria verwijzen naar een exceptieland – onder die omstandigheden over te stappen naar de exceptieclausule. Als daarentegen de werknemer wel vanuit een bepaald land gewoonlijk werkt, maar daar niet is ingebed in een arbeidsorganisatie, is de binding met sub a al minder sterk. Er kan dan eerder worden overgestapt naar de exceptieclausule. Een zelfde soort exercitie kan ten aanzien van de verwijzingsregel van sub b worden doorlopen. Is het evident dat de werknemer door een bepaalde vestiging in dienst is genomen, en is hij daar ook effectief tewerkgesteld, dan legt dat meer gewicht in de schaal om sub b te blijven toepassen. Lopen deze beide omstandigheden uiteen, zoals het geval was in de zaak Voogsgeerd/Navimer, dan is de binding aan sub b minder sterk. Bovendien, omdat het aanknopingspunt van sub b niet geacht wordt een werkelijke nauwe verbinding met de arbeidsovereenkomst te hebben (anders dan het gewone werkland van sub a), weegt deze verwijzingsregel mijns inziens minder zwaar dan de verwijzingsregel van sub a. Dat betekent dat eerder bij sub b dan bij sub a kan worden overgestapt naar de exceptieclausule.