

## Nieuwsbrief AR Updates - Nummer 45, 2013

Nummer 45, 2013

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

### INHOUDSOPGAVE

#### Hoge Raad

**Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2013:1134** 08-11-2013

Vereniging van gepensioneerden van de Delta Lloyd Groep/Delta Lloyd N.V.

**Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2013:1139** 08-11-2013

Gemeente Amsterdam/ondernemingsraad Gemeente Amsterdam

#### Hof

**Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2013:8304** 05-11-2013

werknemster/Beeuwkes Thuiszorg BV

**Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2013:5200** 05-11-2013

werknemster/Autoverhuur Limburg BV

**Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2013:8289** 05-11-2013

werknemster/werkgever

**Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2013:5247** 05-11-2013

Grafische Projecten en Roto/werknemers

**Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2013:5096** 29-10-2013

werknemster/Vodafone Libertel

**Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2013:3889** 22-10-2013

ARS Traffic & Transport Technology B.V./werknemer

**Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2013:2589** 20-08-2013

werknemer/werkgever

**Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2013:2516** 13-08-2013

Detailresult Productie BV/werknemer

**Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2013:2347** 23-07-2013

EMC Computersystems Benelux/werknemer en CommVault Systems

**Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2013:1601** 28-05-2013

werknemer/Graphit B.V.

**Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2013:1552** 21-05-2013

werknemer/werkgever

**Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2013:1459** 07-05-2013

B-Street B.V./Trend Uitzendburo B.V.

### **Rechtbank**

**Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2013:5440** 06-11-2013

werknemer/werkgeefster

**Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2013:5404** 30-10-2013

werkneemster/Albert Heijn B.V.

**Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2013:7284** 30-10-2013

Dell B.V./werknemer

**Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2013:6610** 30-10-2013

werkneemster/X Verzekeringen B.V.

**Rechtbank Zeeland-West-Brabant, ECLI:NL:RBZWB:2013:7901** 28-10-2013

Media Participatie B.V./werkneemster

**Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2013:8418** 25-10-2013

werkgeefster/werknemer

**Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2013:5500** 18-10-2013

werknemer/Global Security Education B.V.

**Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2013:6127** 16-10-2013

werkgeefster/werknemer

**Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2013:7286** 14-10-2013

Stichting VU-VUMC/werknemer

**Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2013:7942** 28-08-2013

werkgeefster/werknemer

### **Uitspraken zonder ECLI**

**Hof van Justitie van de Europese Unie** 07-11-2013

Sneller/DAS

*Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI*

**Rechtbank Overijssel** 19-09-2013

werknemer/werkgeefster

*Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI*

**Rechtbank Den Haag** 28-10-2013

werkneemster/C1000 Filialen B.V.

*Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI*

**Rechtbank Den Haag** 28-10-2013

C1000 filialen B.V./werkneemster

*Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI*

**Hof van Justitie van de Europese Unie** 07-11-2013

Isbir/DB Services GmbH

*Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI*

RECHTSPRAAK

**werknemer/werkgeefster**

***In beëindigingsovereenkomst wordt bevestigd dat de in de arbeidsovereenkomst opgenomen regeling van variabele beloning pro rata tot de beëindigingsdatum zal worden toegepast. Werknemer heeft geen recht op variabele beloning, omdat targets niet zijn behaald***

Werknemer is sinds 1 januari 2002 in dienst, laatstelijk in de functie van directeur van de afdeling Business & Markets. In de arbeidsovereenkomst is in artikel 3 een variabel salaris opgenomen, waarbij een bandbreedte van 10 tot 40% van het vaste jaarsalaris bij het realiseren van de targets geldt. Over de jaren 2008 tot en met 2010 is de variabele beloning vastgesteld op 40% van het brutojaarsalaris. Tussen partijen is op 19 september 2011 een beëindigingsovereenkomst gesloten. Thans is in geschil of werknemer over 2011 in aanmerking komt voor de variabele beloning. Werknemer stelt dat werkgeefster hem op 1 september 2011 heeft geschreven dat zij bereid is in de regeling van het vertrek van werknemer op te nemen dat werknemer in aanmerking komt voor de variabele beloning over 2011, pro rata berekend tot de beëindigingsdatum 1 oktober 2011. Desalniettemin weigert werkgeefster de pro rata bonus over 2011 van € 43.469,44 uit te keren. Werkgeefster stelt dat de variabele beloning altijd afhankelijk is gesteld van het ondernemingsresultaat en het persoonlijke functioneren. In 2011 liet het functioneren van werknemer te wensen over en maakte de onderneming een zwaar jaar door, zodat werknemer geen recht heeft op de variabele beloning.

De kantonrechter oordeelt als volgt. De toezegging van werkgeefster dat werknemer in aanmerking komt voor de variabele beloning over 2011 pro rata berekend tot de beëindigingsdatum 31 december 2011 is niet meer dan de bevestiging dat de in de arbeidsovereenkomst opgenomen regeling van het variabele loon zal worden toegepast. De vraag of die aanspraak leidt tot een betalingsverplichting van werkgeefster wordt beantwoord na de vaststelling of aan de voorwaarden voor toekenning van variabel loon is voldaan.

In de arbeidsovereenkomst is bepaald dat partijen jaarlijks afspraken zullen maken over 'welk variabel inkomen' van kracht zal zijn bij het behalen van de vastgestelde targets voor dat jaar. Uit de toelichting van werkgeefster volgt dat zij en werknemer nimmer volgens deze in de

arbeidsovereenkomst opgenomen regeling hebben gehandeld in de zin dat zij vooraf met elkaar in overleg gaan over het te hanteren percentage en de te hanteren targets. Dit betekent dat voor het antwoord op de vraag of en tot welk bedrag in 2011 een variabele beloning moet worden uitbetaald moet worden aangesloten bij de wijze waarop partijen met die vraag in de praktijk omgingen. Hiervoor wordt het Performance Contract (PFC) gehanteerd. Uit het PFC zijn de volgende targets te herleiden: return on sales, estate budget en estate/endstate, SSCH-samenvoeging, klanttevredenheid en audit. Geoordeeld wordt dat werknemer vier van deze vijf targets niet heeft gehaald. Werknemer heeft de kantonrechter onvoldoende aangereikt om de conclusie gerechtvaardigd te achten dat met het halen van één target toch aanspraak op uitbetaling van het variabele loon bestaat. Volgt afwijzing van de vorderingen.

---

**Instantie:** Rechtbank Midden-Nederland

**Datum uitspraak:** 06-11-2013

**ECLI:** ECLI:NL:RBMNE:2013:5440

**Zaaknummer:** 833350 AC EXPL 12-6145 MJ(4221)

**Rechters:** M.J. Slootweg

**Advocaten:** S.A. Tan en M.J.M.T. Keulaerds

RECHTSPRAAK

## **Vereniging van gepensioneerden van de Delta Lloyd Groep/Delta Lloyd N.V.**

### ***Omzetting onvoorwaardelijke indexering in voorwaardelijke indexering toegestaan naar (oud) pensioenrecht. Uitleg pensioenreglement en rechtsverhouding met gewezen werknemers conform cao-norm***

(Cassatieberoep van AR 2012-0572.) De gepensioneerden en gewezen deelnemers waarvan de Vereniging de pensioenbelangen behartigt, zijn in dienst geweest bij Delta Lloyd. Delta Lloyd heeft haar pensioenregeling ondergebracht bij het Pensioenfonds. De pensioenregeling is steeds onderwerp van gesprek tijdens de ondernemings-cao-onderhandelingen welke cao door incorporatie van toepassing is op de arbeidsovereenkomsten. Daarnaast geldt een personeelshandboek waarin het pensioenreglement en de statuten van het Pensioenfonds zijn opgenomen. Dit personeelshandboek bevat tevens een eenzijdig wijzigingsbeding. In de arbeidsovereenkomst is dit personeelshandboek van toepassing verklaard en is tevens gewezen op het eenzijdig wijzigingsbeding dat daarin is opgenomen. In artikel 10 van de statuten van het Pensioenfonds is bepaald dat het pensioenreglement niet in strijd mag zijn met de statuten van het Pensioenfonds. Bij brief van 27 november 2006 zijn de (gewezen) deelnemers en gepensioneerden door het Pensioenfonds geïnformeerd dat de onvoorwaardelijke indexering – althans de regeling zoals die van toepassing was op gewezen deelnemers en gepensioneerden in de pensioenregeling die gold vóór 1 augustus 2000 – met ingang van 1 januari 2011 zou worden gewijzigd in een voorwaardelijke indexering (in verband met de economische crisis en de opgelegde verplichting reserves aan te leggen voor onvoorwaardelijke aanspraken). De Vereniging vordert een verklaring voor recht dat pensioenreglement 2000, 2001, 2002 en 2003 een recht op onvoorwaardelijke indexatie van ingegane pensioenen bevatten en dat zij die na 1 augustus 2000 gewezen deelnemer en/of gepensioneerde van het Pensioenfonds zijn geworden ook na 1 januari 1999 recht hebben op een onvoorwaardelijke indexatie van hun ingegane pensioenen. Zij vorderen voorts dat het Harmonisatiebesluit (omzetting onvoorwaardelijke in voorwaardelijke aanspraken) ongedaan wordt gemaakt. De Vereniging c.s. hebben hun vorderingen hierop gegrond, kort gezegd, dat

vóór 1 januari 1999 een onvoorwaardelijke indexeringsregeling gold, dat de wijziging van het pensioenreglement in het jaar 2000 niet tot gevolg heeft gehad dat voor de (gewezen) deelnemers en gepensioneerden die op of na 1 augustus 2000 in dienst waren bij Delta Lloyd een voorwaardelijke indexeringsregeling is gaan gelden, dat het Harmonisatiebesluit van 2006 er evenmin toe heeft geleid dat de indexatiebepalingen – die een onvoorwaardelijk karakter hadden – voor gewezen deelnemers en gepensioneerden een voorwaardelijk karakter hebben gekregen en dat het Delta Lloyd en het Pensioenfonds in dat kader niet vrijstond de wijze van financiering van de indexeringsregeling in die zin te wijzigen dat niet langer Delta Lloyd de kosten van indexering betaalde maar het Pensioenfonds dit uit eigen middelen diende te doen. De kantonrechter heeft de vorderingen grotendeels afgewezen. De kantonrechter en het hof hebben de vorderingen afgewezen.

De advocaat-generaal (Wesseling-van Gent) concludeert als volgt. De klacht dat het hof bij de uitleg van de bepalingen van het pensioenreglement niet de objectieve cao-maatstaf had moeten hanteren, maar (ook) betekenis had moeten toekennen aan de bedoeling van de opstellers van dat reglement stuit op hetgeen is overwogen in HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1427. Bij een pensioenregeling past in beginsel de cao-norm. Zonder kenbare bedoeling van partijen, dient de tekst van de regeling doorslaggevend te zijn. De Vereniging c.s. hebben in dit verband allereerst aangevoerd dat zij, althans de leden van de Vereniging, toen zij nog werknemer waren van Delta Lloyd, met Delta Lloyd zijn overeengekomen dat zij recht hebben op een pensioen met een onvoorwaardelijke indexatie en dat de werkgever (deels) de kosten draagt voor deze indexatie, dat een eenmaal gemaakte afspraak in beginsel slechts kan worden gewijzigd indien beide partijen het met die wijziging eens zijn en dat zij zich niet akkoord hebben verklaard met de door Delta Lloyd in dit geval voorgestelde wijziging, zodat sprake is van een eenzijdige wijziging van de kant van Delta Lloyd die daarom niet rechtsgeldig is. Dit betoog faalt, reeds omdat uit het voorgaande volgt dat het Pensioenfonds krachtens artikel 22 van zijn statuten jo. artikel 7 lid 1 aanhef en sub i PSW (onder de daarin bepaalde voorwaarden) in beginsel bevoegd was wijzigingen aan te brengen in de statuten en het pensioenreglement en, naar vaststaat (zie hiervoor onder 3.1 sub (v)26), (a) de pensioenregeling altijd onderdeel is geweest van de op de arbeidsovereenkomsten tussen Delta Lloyd en haar werknemers toepasselijke cao, (b) die cao standaard was geïncorporeerd in de arbeidsovereenkomsten die Delta Lloyd als werkgever sloot met haar personeel, (c) daarnaast bij Delta Lloyd een personeelshandboek bestond waarin het pensioenreglement en de statuten van het Pensioenfonds waren opgenomen en dat tevens een eenzijdig wijzigingsbeding bevatte, en (d) de inhoud van dit personeelshandboek in de arbeidsovereenkomst van toepassing was verklaard, waarbij tevens werd gewezen op het eenzijdig wijzigingsbeding dat daarin was opgenomen. In cassatie moet derhalve uitgangspunt zijn dat het (bestuur van het) Pensioenfonds in 2006 krachtens artikel

22 van de statuten in verbinding met artikel 7 lid 1 aanhef en onder i PSW bevoegd was – na het inwinnen van advies van de deelnemersraad – tot wijziging van die statuten en van het pensioenreglement, met name ook wat betreft wijziging van de rechten en verplichtingen van de deelnemers, gewezen deelnemers en andere belanghebbenden in gevallen waarin de financiële toestand van het fonds daartoe aanleiding geeft. Voorts staat in cassatie vast dat bedoelde wijzigingen in de statuten en het pensioenreglement ook konden worden aangebracht ten opzichte van de leden van de Vereniging, die, toen zij nog werknemer waren van Delta Lloyd, met Delta Lloyd zijn overeengekomen dat zij recht hebben op een pensioen met een onvoorwaardelijke indexatie, zodat de door Delta Lloyd voorgestelde wijziging rechtsgeldig is. Daar komt bij dat de Hoge Raad inmiddels bij arrest van 6 september 2013 (ECLI:NL:HR:2013:CA0566) – voor zover hier van belang – heeft beslist dat de – ook op de onderhavige zaak van toepassing zijnde – Pensioen- en Spaarfondsenwet niet in enige maatstaf voorzag voor de beoordeling van een eenzijdige wijziging in pensioenreglementen, zodat, voor zover de pensioenreglementen de bevoegdheid tot wijziging geven, het gebruikmaken van die bevoegdheid in beginsel geoorloofd is. De in dat verband door de Hoge Raad genoemde uitzondering komt hierna aan de orde. De stelling dat bij een wijziging van een pensioenregeling in feite artikel 7:613 BW heeft te gelden als maatstaf, wordt inhoudelijk niet beoordeeld, daar de Vereniging niet is opgekomen tegen de vaststelling van hof dat er op andere gronden reeds een wijziging kon plaatsvinden. De A-G concludeert tot verwerping van het cassatieberoep.

De Hoge Raad oordeelt als volgt. De in het middel aangevoerde klachten kunnen niet tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien artikel 81 lid 1 Wet RO, geen nadere motivering nu de klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

---

**Instantie:** Hoge Raad

**Datum uitspraak:** 08-11-2013

**ECLI:** ECLI:NL:HR:2013:1134

**Zaaknummer:** 12/04500

**Rechters:** E.J. Numann, A.M.J. van Buchem-Spapens, C.A. Streefkerk, M.A. Loth en A.H.T. Heisterkamp

**Advocaten:** P.S. Kamminga en R.A.A. Duk

**Wetsartikelen:** 7 lid 1 aanhef en sub i PSW



RECHTSPRAAK

**Gemeente Amsterdam/ondernemingsraad Gemeente Amsterdam**

***Ruime uitleg ‘politiek primaat’ ex artikel 46d WOR. Omstandigheid dat Stadsdeel Zuid bij uitsluiting bevoegd is tot vaststelling begroting, maakt kredietaanvraag tot renovatie De Mirandabad een ‘besluit van een democratisch gecontroleerd overheidsorgaan’ dat zich onttrekt aan de toetsing van de WOR***

(Cassatieberoep van AR 2012-1089.) Op 27 maart 2012 heeft het dagelijks bestuur van Stadsdeel Zuid omtrent het onderwerp ‘Kredietaanvraag renovatie De Mirandabad’ besloten om aan de deelraad van Stadsdeel Zuid voor te stellen om ‘[i]n te stemmen met het ter beschikking stellen van het krediet van € 4.060.000 voor de renovatie van het De Mirandabad’. Op 30 mei 2012 heeft de deelraad die kredietaanvraag ‘aangenomen’. De ondernemingsraad heeft zich op het standpunt gesteld dat sprake is van een adviesplichtig voorgenomen besluit in de zin van artikel 25 lid 1 aanhef en sub h respectievelijk sub i WOR (belangrijke investering/krediet). Het Stadsdeel Zuid heeft evenwel geweigerd advies te vragen, omdat zij van mening was dat geen sprake is van een adviesplichtig voorgenomen besluit. Voorts voerde het stadsdeel een artikel 46d-verweer (politiek primaat). De Ondernemingskamer verwierp het artikel-46d WOR-verweer en oordeelde dat Stadsdeel Zuid in redelijkheid niet tot haar besluit had kunnen komen. Tegen dit oordeel – en met name de verwerping van het politiek primaat-verweer – keert Stadsdeel Zuid zich in cassatie.

De Hoge Raad oordeelt als volgt. Voor zover hier relevant is in de rechtspraak van de Hoge Raad met betrekking tot artikel 46d aanhef en sub b WOR als volgt overwogen. Uit de parlementaire geschiedenis van artikel 46d WOR blijkt onmiskenbaar dat de wetgever ‘met het oog op de bescherming van het primaat van de politiek’ (Kamerstukken II 1993/94, 23 551, nr. 3, p. 6) de in dat artikel onder b omschreven besluiten die door democratisch gecontroleerde organen worden genomen van de medezeggenschap ingevolge de WOR heeft willen uitsluiten. De in artikel 46d aanhef en sub b WOR neergelegde uitsluiting van het adviesrecht van de ondernemingsraad geldt naar de bedoeling van de wetgever mede om te

voorkomen dat besluiten van democratische organen in het kader van het beroepsrecht ingevolge de WOR in aanmerking komen voor toetsing door de rechter (vgl. HR 26 januari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4735, NJ 2000, 223). De met artikel 46d aanhef en sub b WOR beoogde onttrekking van besluiten van democratische organen aan het adviesrecht van de ondernemingsraad en daarmee aan rechterlijke toetsing ingevolge de WOR, geldt niet alleen voor besluiten die tot stand komen als onderdeel van het politieke proces in democratische organen met (mede-)wetgevende bevoegdheid, maar ook voor de desbetreffende besluiten van andere democratisch gecontroleerde overheidsorganen (vgl. HR 1 maart 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9856, NJ 2002, 295). Uit de parlementaire geschiedenis van artikel 46d aanhef en sub b WOR volgt dat niet alleen van belang is welk (soort) orgaan het besluit heeft genomen doch dat ook de aard van het betrokken besluit meeweegt. Tevens blijkt uit de wetsgeschiedenis dat de wetgever niet heeft beoogd de ruimte voor de medezeggenschap bij de overheid verder te beperken dan strikt genomen nodig is met het oog op de bescherming van het primaat van de politiek. Het standpunt dat in beginsel ieder (voorgenomen) besluit dat afkomstig is van een democratisch gecontroleerd orgaan aan de medezeggenschap is onttrokken, is daarmee in strijd (vgl. HR 20 mei 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS5953, NJ 2005, 380). Een besluit dat als zodanig van dien aard is dat het een politieke afweging vergt van de daaraan verbonden voor- en nadelen, is volgens artikel 46d aanhef en sub b WOR aan het adviesrecht van de ondernemingsraad onttrokken (vgl. HR 9 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ1647, NJ 2007, 102).

In cassatie dient tot onbestreden uitgangspunt dat Stadsdeel Zuid ingevolge hoofdstuk V, paragraaf 2 Gemeentewet en artikel 26 van de Amsterdamse Verordening op de stadsdelen, bij uitsluiting bevoegd is, binnen de door de Gemeente Amsterdam vastgestelde kaders, tot het inrichten en vaststellen van de begroting van Stadsdeel Zuid en tot het nemen van de daarmee samenhangende krediet- en investeringsbesluiten. Het onderhavige besluit, dat is genomen door de deelraad van Stadsdeel Zuid op voorstel van zijn dagelijks bestuur, is een besluit van een democratisch gecontroleerd overheidsorgaan. Het onderhavige besluit heeft rechtstreeks betrekking op het inrichten en vaststellen van de begroting van Stadsdeel Zuid en op de daarmee samenhangende terbeschikkingstelling van financiële middelen door middel van een krediet, in dit geval ten behoeve van de renovatie van een door Stadsdeel Zuid geëxploiteerd zwembad. Anders dan de Ondernemingskamer in r.o. 3.5 van haar beschikking heeft geoordeeld, is een dergelijk besluit onmiskenbaar van dien aard dat het een politieke afweging vergt van de daaraan verbonden voor- en nadelen. Reeds daarom is sprake van een besluit als bedoeld in artikel 46d aanhef en sub b WOR. Gezien de aard van het besluit heeft de Ondernemingskamer in r.o. 3.6 en 3.7 van haar beschikking ten onrechte geoordeeld dat Stadsdeel Zuid ertoe was gehouden om concrete feiten en omstandigheden te stellen en, aan de hand daarvan, aannemelijk te maken dat en op welke wijze het besluit noopte tot politieke

afwegingen en keuzes. Waar reeds de aard van het besluit meebracht dat Stadsdeel Zuid met succes een beroep kon doen op het bepaalde in artikel 46d aanhef en sub b WOR, was voor een dergelijke verplichting geen plaats. Toepassing van het bepaalde in artikel 46d aanhef en sub b WOR brengt mee dat de ruimte voor de medezeggenschap bij Stadsdeel Zuid wordt beperkt. Deze beperking gaat evenwel niet verder dan strikt genomen nodig is met het oog op de bescherming van het primaat van de politiek dat geldt ten aanzien van de uitoefening door Stadsdeel Zuid van zijn bevoegdheid tot het inrichten en vaststellen van zijn begroting en tot het nemen van daarmee samenhangende krediet- en investeringsbesluiten. De Hoge Raad kan zelf de zaak afdoen, nu na verwijzing geen andere beslissing kan volgen dan afwijzing van de verzoeken van de ondernemingsraad, op de grond dat het besluit een aangelegenheid betreft als bedoeld in artikel 46d aanhef en sub b WOR.

---

**Instantie:** Hoge Raad

**Datum uitspraak:** 08-11-2013

**ECLI:** ECLI:NL:HR:2013:1139

**Zaaknummer:** 13/00490

**Rechters:** E.J. Numann, C.A. Streefkerk, M.A. Loth, A.H.T. Heisterkamp en M.V. Polak

**Advocaten:** F.E. Vermeulen, B.F. Assink en R.A.A. Duk

**Wetsartikelen:** 46d WOR

RECHTSPRAAK

## **Sneller/DAS**

***Verzekeringsnemer van rechtsbijstandverzekeraar heeft recht op vrije advocaatkeuze, ook als de gerechtelijke procedure niet verplicht is (in casu een kennelijk onredelijk ontslag). De voorwaarde dat een advocaat slechts dan ingezet mag worden, indien de rechtsbijstandverzekeraar van mening is dat het aan een externe rechtshulpverlener mag worden uitbesteed is in strijd met de richtlijn. Beperkingen aan de hoogte van de vergoedingen zijn wel toelaatbaar***

Sneller heeft een rechtsbijstandverzekering gesloten bij Reaal Schadeverzekeringen NV. De verzekeringsovereenkomst bepaalt dat DAS is aangewezen als de vennootschap die de dekking van de rechtsbijstand uitvoert. In deze overeenkomst is tevens bedongen dat zaken worden behandeld door de eigen medewerkers van DAS. Indien een zaak echter krachtens de overeenkomst of naar de mening van DAS aan een externe rechtshulpverlener uitbesteed moet worden, heeft de verzekerde het recht een advocaat of deskundige naar eigen keuze aan te wijzen. Sneller wil tegen zijn voormalige werkgever een gerechtelijke procedure om schadevergoeding voeren omdat die hem kennelijk onredelijk heeft ontslagen. Daartoe wil hij zich laten bijstaan door een door hemzelf gekozen advocaat, waarbij zijn rechtsbijstandverzekeraar de kosten van die rechtsbijstand zou moeten dragen. DAS heeft ermee ingestemd dat Sneller een gerechtelijke procedure voert, maar heeft gesteld dat de door Sneller gesloten overeenkomst in een dergelijk geval geen dekking biedt voor de kosten van rechtsbijstand door een advocaat naar keuze van de verzekerde. DAS is daarom slechts bereid om zelf rechtsbijstand aan Sneller te verlenen door middel van een eigen werknemer, die geen advocaat is. Sneller heeft tot aan de Hoge Raad vergoeding van de advocaatkosten gevorderd. De Hoge Raad wenst in wezen te vernemen of artikel 4 lid 1 sub a van Richtlijn 87/344/EEG (rechtsbijstandverzekering) aldus moet worden uitgelegd dat het zich ertegen verzet dat een rechtsbijstandverzekeraar die in zijn verzekeringsovereenkomsten regelt dat rechtsbijstand in beginsel wordt verleend door zijn werknemers, tevens bedingt dat de kosten van rechtsbijstand van een door de verzekerde vrij gekozen advocaat of rechtshulpverlener slechts vergoed kunnen worden indien de verzekeraar van mening is dat de behandeling van

de zaak aan een externe rechtshulpverlener moet worden uitbesteed.

Het Hof van Justitie EU oordeelt als volgt. In dat verband zij opgemerkt dat blijkens zowel de elfde overweging van de considerans van Richtlijn 87/344 als artikel 4 lid 1 ervan het belang van de voor rechtsbijstand verzekerde inhoudt dat deze in het kader van gerechtelijke of administratieve procedures zelf zijn advocaat moet kunnen kiezen of elke andere persoon met kwalificaties die door het nationale recht worden erkend (arrest Stark, punt 28). Aldus vloeit uit artikel 4 lid 1 sub a van Richtlijn 87/344 in samenhang met de elfde overweging van de considerans ervan voort dat de vrije advocaatkeuze van de verzekeringnemer niet kan worden beperkt tot de situaties waarin de verzekeraar besluit dat een externe rechtsbijstandverlener in de arm moet worden genomen. In de tweede plaats moet worden vastgesteld, zoals de Europese Commissie aanvoert, dat de doelstelling die door Richtlijn 87/344 en inzonderheid artikel 4 ervan wordt nagestreefd, namelijk de belangen van de verzekerden ruim te beschermen (zie in die zin arrest Eschig, punt 45), niet verenigbaar is met een restrictieve uitlegging van artikel 4 lid 1 sub a van deze richtlijn, zoals door DAS bepleit. In dat verband moet eraan worden herinnerd dat artikel 4 lid 1 van Richtlijn 87/344 met betrekking tot de vrije keuze van de rechtshulpverlener een algemene strekking en een bindend karakter heeft (zie arresten Eschig, punt 47, en Stark, punt 29). In de derde plaats moet met betrekking tot de kwestie van de hoogte van de verzekeringspremies worden gepreciseerd dat de verschillende manieren waarop de verzekerde zijn recht op vrije keuze van rechtshulpverlener kan uitoefenen, niet uitsluiten dat in bepaalde gevallen beperkingen kunnen worden gesteld aan de kosten die door de verzekeraars worden vergoed. Overeenkomstig de rechtspraak van het Hof betekent de keuzevrijheid in de zin van artikel 4 lid 1 van Richtlijn 87/344 niet dat de lidstaten in elk geval aan de verzekeraars de volledige dekking van de kosten van de verdediging van een verzekerde moeten opleggen, voor zover deze vrijheid niet van haar inhoud wordt beroofd. Dat zou het geval zijn indien het door de beperking van de vergoeding van deze kosten voor de verzekerde in de praktijk onmogelijk werd, een redelijke keuze te maken wat zijn vertegenwoordiger betreft. In ieder geval staat het aan de dienaangaande eventueel aangezochte nationale rechterlijke instanties om na te gaan of sprake is van zodanige beperking (zie in die zin arrest Stark, punt 33). Bovendien blijven de overeenkomstsluitende partijen vrij om een hoger niveau van vergoeding van de kosten van rechtsbijstand overeen te komen, eventueel tegen betaling van een hogere premie door de verzekerde (zie in die zin arrest Stark, punt 34). Het maakt geen verschil of rechtsbijstand voor de desbetreffende gerechtelijke of administratieve procedure naar nationaal recht verplicht is.

**Instantie:** Hof van Justitie van de Europese Unie

**Datum uitspraak:** 07-11-2013

**Zaaknummer:** C-442/12

RECHTSPRAAK

## **Grafische Projecten en Roto/werknemers**

***Een in de cao opgenomen bevoegdheid arbeidsvoorwaarden op decentraal niveau nader uit te werken en te wijzigen (samenspraak werkgever en medezeggenschapsorgaan) valt niet onder de reikwijdte van artikel 7:613 BW, omdat geen sprake is van een eenzijdige wijziging maar uitwerking van cao-recht***

Roto en Grafische Projecten maken deel uit van Roto S Groep N.V. (hierna: RSG), een grafimedia-onderneming. RSG is lid van het Koninklijk Verbond van Grafische Ondernemingen (KVGO), de ondernemingsvereniging voor werkgevers in de communicatie-industrie. Voor de werkmaatschappijen van RSG zijn verschillende ondernemingsraden ingesteld. Daarnaast beschikt RSG over een Centrale Ondernemingsraad (COR). Werknemers 2 t/m 12 hebben een arbeidsovereenkomst met Roto en werknemer 1 heeft een arbeidsovereenkomst met Grafische Projecten. Op de arbeidsovereenkomsten van werknemers van RSG is de Grafimedia CAO (hierna ook: de cao) van toepassing. Het KVGO en de vakbonden FNV en CNV zijn als partij bij deze cao betrokken. In deze cao staat dat werkgever en werknemers(vertegenwoordiging) zogenoemde 'decentrale afspraken' dienen te maken. In de cao staat beschreven hoe de procedure werkt en welke OR'en, GOR'en en COR'en bevoegd zijn. Omdat de resultaten van RSG al een aantal jaren onder druk staan heeft zij de afgelopen jaren diverse kostenbesparende maatregelen moeten treffen. Een van deze maatregelen betrof het met onmiddellijke ingang laten vervallen van de jubileumuitkeringen. Deze uitkering valt binnen het bereik van de zogenoemde 'decentrale afspraken' uit de cao. Werknemers stellen zich op het standpunt dat geen sprake is van een rechtsgeldige eenzijdige wijziging, temeer daar instemming van de COR ontbreekt. Nadat de vonnissen waarvan beroep zijn gewezen heeft RSG met de COR overeenstemming bereikt over een overgangsregeling omtrent de afschaffing van de jubileumuitkeringen. Deze regeling is niet door werknemers geaccepteerd; zij houden vast aan de oude jubileumuitkering. Volgens werknemer(s) kan de nieuwe regeling een reeds uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis niet regarder en verzet het goed werkgeverschap zich hiertegen.

Het hof oordeelt als volgt. Het is toegestaan om in hoger beroep een novum in de zin van een

verandering van omstandigheden na de behandeling in eerste aanleg aan te dragen. Dat de vordering reeds voor het sluiten van de nieuwe regeling opeisbaar was, doet niet ter zake. In hoger beroep kan immers ook een opeisbare vordering, die bij (uitvoerbaar bij voorraad verklaard) vonnis was toegewezen alsnog worden afgewezen. Met de nieuwe regeling heeft Roto klaarblijkelijk het door de kantonrechter geconstateerde gebrek, te weten het ontbreken van de vereiste instemming van de COR met de eerdere regeling, willen repareren. Dat bij de nieuwe regeling dezelfde ingangsdatum is gehanteerd als bij de eerdere regeling is zonder nadere toelichting, die ontbreekt, niet te kwalificeren als naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar of in strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel en/of het gerechtvaardigd vertrouwen. Voor zover werknemers zich op het standpunt stellen dat deze 'wijzigingsregeling' ook inhoudelijk aan de criteria van artikel 7:613 moet voldoen, waaronder 'zwaarwichtigheid', oordeelt het hof als volgt. Alle partijen gaan er in hoger beroep vanuit dat de cao een wijzigingsbeding in de zin van artikel 7:613 BW bevat en dat de nieuwe regeling aldus moet worden getoetst. In de cao is in artikel 1.4.4. lid 6 verder bepaald dat decentrale afspraken bindend zijn voor werkgever en werknemer indien zij tot stand zijn gekomen op de voorgeschreven wijze. Niet in geschil is tussen partijen dat de in de cao voorgeschreven procedure bij de nieuwe regeling inzake de jubileumuitkering is gevolgd. Dit betekent dat de nieuwe regeling als gebaseerd op en voortvloeiend uit de cao in de vorenbedoelde zin bindend is voor geïntimeerden. De in die cao vastgelegde regeling creëert aldus geen bevoegdheid voor de werkgever om eenzijdig arbeidsvoorwaarden te kunnen wijzigen, maar vormt een aanvulling op die cao en maakt daarvan aldus tevens onderdeel uit, in die zin dat de bij die cao betrokken onderhandelingspartners op het niveau van een onderneming hun bevoegdheid om over bepaalde onderwerpen nadere afspraken te maken overlaten aan de onder de werkingssfeer van de cao vallende onderneming enerzijds en de werknemersvertegenwoordiging in die onderneming anderzijds. Een toets van deze nadere (in de cao geoorloofde) afspraak tussen werkgever en werknemers op basis van artikel 7:613 BW is naar het voorlopig oordeel van het hof dan ook niet aan de orde. De zaak wordt aangehouden voor nadere stellingname.

---

**Instantie:** Gerechtshof 's-Hertogenbosch

**Datum uitspraak:** 05-11-2013

**ECLI:** ECLI:NL:GHSHE:2013:5247

**Zaaknummer:** HD 200.120.838

**Rechters:** C.E.L.M. der Smeenk-van Weijden, C.M. Aarts en M. van Ham

**Advocaten:** H.H.G. Theunissen, C.I.M. Molenaar en I.J.L. Daemen

**Wetsartikelen:** 7:613 BW en CAO Grafimedia



RECHTSPRAAK

**werkneemster/Autoverhuur Limburg BV**

***Verkeersongeval tussen twee opdrachten door met bedrijfsauto op weg naar huis, is ‘op één lijn te stellen met vervoer dat plaatsvindt krachtens de verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst’***

Werkneemster (28 jaar) is sinds 2008 in dienst van AVL in de functie van taxichauffeuse. AVL is een middelgroot vervoersbedrijf dat personenvervoer ‘op maat’ verzorgt in Limburg. Op 21 oktober 2008 heeft werkneemster een ongeval met de taxibus gekregen (frontale botsing met een tegemoetkomende auto). Werkneemster is sinds het ongeval arbeidsongeschikt. Zij is per 16 november 2008 tijdens haar proeftijd ontslagen. De WAM-verzekeraar van de andere bestuurder heeft niet uitgekeerd. Werkneemster heeft zich op het standpunt gesteld dat op AVL, als goed werkgeefster, de verplichting rustte werkneemster adequaat te verzekeren tegen het risico van verkeersongevallen. Aangezien AVL niet dan wel onvoldoende aan deze verplichting heeft voldaan, dient zij de schade die werkneemster als gevolg van deze tekortkoming heeft geleden te vergoeden. AVL stelt zich op het standpunt dat werkneemster de schade heeft geleden in privétijd, althans een privérit. Het debat spitst zich toe op de feitelijke discussie waar werkneemster op 21 oktober 2008 feitelijk woonachtzaam was. Volgens de cao is namelijk de rit tussen werk en thuis indien de auto wordt meegenomen tussen twee klussen in, te beschouwen als ‘diensttijd’ en daarmee op één lijn te stellen met ‘in de uitoefening van de werkzaamheden’. Naar het oordeel van het hof is dat in casu ook het geval, omdat werkneemster tussen twee ritten door naar huis reed. De werkgever diende derhalve een ‘behoorlijke verzekering’ af te sluiten. Teneinde vast te kunnen stellen of AVL is tekortgeschoten in haar verplichting zorg te dragen voor een behoorlijke verzekering als hiervoor bedoeld dient AVL het hof duidelijkheid te verschaffen over de vraag of in 2008 een verzekering was afgesloten waaronder werkneemster was verzekerd en zo ja, waarom werkneemster geen uitkering op grond van die verzekering heeft ontvangen en verder of die verzekering alsnog dekking zal verlenen op grond van dit arrest. AVL dient daartoe in ieder geval de polis(sen) over te leggen en (een) schriftelijke verklaring(en) van de verzekeraar(s) waaruit een en ander kan blijken. De zaak zal (uitsluitend) met het hiervoor omschreven doel worden verwezen naar de rol voor nadere memorie aan de zijde van AVL.

**Instantie:** Gerechtshof 's-Hertogenbosch

**Datum uitspraak:** 05-11-2013

**ECLI:** ECLI:NL:GHSHE:2013:5200

**Zaaknummer:** HD 200.113.545/01

**Rechters:** C.E.L.M. der Smeenk-van Weijden, M.J.H.A. Venner-Lijten en M. van Ham

**Advocaten:** H.G.M. Hilkens en J.A. Bloo

**Wetsartikelen:** 7:658 BW en 7:611 BW

RECHTSPRAAK

**werkneemster/Beeuwkes Thuiszorg BV**

***Alfahulp is werkzaam op basis van een arbeidsovereenkomst met de zorgbemiddelaar***

(Hoger beroep van AR 2012-0077.) Werkneemster is sinds februari/maart 2007, na daartoe door Beeuwkes te zijn geworven, werkzaam als ‘alfahulp’. Omstreeks december 2008 verrichtte zij in die hoedanigheid huishoudelijke werkzaamheden bij negen hulpbehoevenden. Van 18 december 2008 tot en met 30 januari 2009 was zij arbeidsongeschikt. Nadien was zij alleen ’s middags werkzaam, waarbij zij per week 14,5 uur werkte. Beeuwkes is een organisatie gericht op het verlenen van thuiszorg. Beeuwkes heeft met de gemeente Harderwijk, na een aanbestedingsprocedure in het kader van de Wet maatschappelijke ondersteuning (Wmo), een ‘raamovereenkomst voor het leveren van hulp bij huishouden in het kader van de wet maatschappelijke ondersteuning’, gedateerd 28 november 2006, gesloten. Beeuwkes is verplicht de gegarandeerde zorg – zoals met de gemeente overeengekomen – aan te bieden. Dit doet Beeuwkes door middel van inzet van alfahulpverleners. Naar het oordeel van Beeuwkes is er geen arbeidsovereenkomst tussen haar en de alfahulpverlener, maar tussen de hulpbehoevende en de alfahulp. Beeuwkes beschouwt zichzelf als bemiddelaar. Daarnaast betaalde Beeuwkes namens cliënten het loon en deed zij verschillende administratieve handelingen. In deze procedure heeft werkneemster jegens Beeuwkes over de periode van haar arbeidsongeschiktheid – 18 december 2008 tot en met 30 januari 2009 – doorbetaling van (70% van haar) loon gevorderd op grond van artikel 7:629 BW, primair op grond van een volgens werkneemster met Beeuwkes bestaande arbeidsovereenkomst. Subsidiar heeft zij gesteld dat Beeuwkes krachtens haar ‘kassiersfunctie’ gehouden is aan werkneemster te voldoen, hetgeen de cliënten uit hoofde van hun uit artikel 7:629 lid 2 BW voortvloeiende loondoorbetalingsverplichting aan haar zijn verschuldigd. De kantonrechter heeft de vorderingen afgewezen.

Het hof oordeelt als volgt. Het hof is van oordeel dat de verhouding tussen werkneemster en Beeuwkes gelet op alle omstandigheden van het geval als een arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:610 BW dient te worden aangemerkt. Het hof wijst daarbij, alles overziend, in het bijzonder op de volgende, hiervoor besproken, omstandigheden:

- dat Beeuwkes de alfahulpen werft in het kader van de uitvoering van (het pakket van) de zorgtaken die Beeuwkes jegens de gemeente op zich heeft genomen;
- dat de organisatie van Beeuwkes feitelijk en juridisch (raamovereenkomst) is (in)gericht op het uitvoeren van haar verplichtingen jegens de gemeente, door middel van (o.m.) alfahulpen, waartoe zij alfahulpen werft en deze koppelt aan hulpgeïndiceerde cliënten;
- dat Beeuwkes wel enige instructiebevoegdheid heeft jegens de alfahulpen, bijvoorbeeld ten aanzien van het ondertekenen en laten ondertekenen door de cliënt van de ‘arbeidsovereenkomst’; het inleveren van het urenbriefje, hoe te handelen bij ziekte/verhinderings;
- dat de verhouding tussen alfahulp en cliënt voor het overgrote deel (tevorens) is vastgelegd in door Beeuwkes opgestelde contracten;
- dat na de bemiddeling door Beeuwkes sprake blijft van een voortdurende inhoudelijke en administratieve betrokkenheid van Beeuwkes bij de door de alfahulp verrichte werkzaamheden;
- dat de hoogte van het loon wordt bepaald in de verhouding tussen de alfahulpen en Beeuwkes en de loonbetaling in overwegende mate (feitelijk) door Beeuwkes geschiedt en die betaling slechts een verwijderd en indirect verband heeft met de afdracht van de eigen bijdrage van cliënten aan het CAK.

Dat de feitelijke instructiebevoegdheid over het werk overwegend bij de cliënt ligt en het gezag van Beeuwkes ten opzichte van de alfahulp (dus) een meer algemeen karakter heeft, legt tegenover de hiervoor genoemde omstandigheden onvoldoende gewicht in de schaal. Dat de UWV en Belastingdienst zich met betrekking tot de zogenoemde modelovereenkomst alfahulpen op het standpunt hebben gesteld dat niet de thuiszorginstelling maar de cliënt werkgever is, doet aan dit oordeel omtrent de civielrechtelijke verhoudingen tussen partijen niet af. Het geheel overziend, moet de verhouding tussen werkneemster en Beeuwkes worden aangemerkt als een arbeidsovereenkomst waarbij zij, ter uitvoering van een daartoe (na verwijzing door de gemeente) door de cliënt(en) aan Beeuwkes verstrekte opdracht, aan die cliënten ter beschikking wordt gesteld (vgl. art. 7:690 BW). Een zieke alfawerker heeft recht op loon ex artikel 7:629 BW.

**Instantie:** Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

**Datum uitspraak:** 05-11-2013

**ECLI:** ECLI:NL:GHARL:2013:8304

**Zaaknummer:** 200.109.711

**Rechters:** M.F.J.N. van Osch, H.M. Wattendorff en B.J. Lenselink

**Advocaten:** M.A.C. Vijn en H.C.W. Geffroy

**Wetsartikelen:** 7:610 BW en 7:690 BW

RECHTSPRAAK

**werkneemster/werkgever**

***Ontslag op staande voet wegens verduistering kassagelden terecht verleend, ondanks vrijspraak door de politierechter van hetzelfde feit. Kantonrechter mogelijk buiten rechtsstrijd van partijen getreden door niet de opgegeven maar de feitelijke reden van ontslag op staande voet te toetsen***

Werkneemster is op 15 maart 2007 in dienst getreden van werkgever en vervulde daar laatstelijk de functie van bedrijfsleidster. Op 2 juni 2010 is werkneemster op staande voet ontslagen wegens het wederrechtelijk toe-eigenen van gelden van de cafetaria. Bij vonnis van 16 maart 2012 is werkneemster door de politierechter te Assen vrijgesproken van verduistering in dienstbetrekking. Werkneemster vordert wedertewerkstelling en loon. Werkgever heeft aanspraak gemaakt op de door haar accountant geraamde schade (omzetverlies) van € 25.843. De kantonrechter heeft, na het bekijken van videobeelden tijdens de comparitie van partijen, de vordering van werkneemster afgewezen gelet op de verklaringen die tegenover de politie zijn afgelegd, waaruit volgt dat zij handelingen heeft verricht of laten verrichten die niet anders dan nadelig kunnen zijn voor werkneemster en waarmee zij het vertrouwen van haar werkgever zo ernstig heeft geschonden, dat dit ontslag op staande voet rechtvaardigde. Tegen dit oordeel keert werkneemster zich in hoger beroep.

Het hof oordeelt als volgt. Volgens vaste rechtspraak wordt de te toetsen grond voor het verleende ontslag op staande voet bepaald door de gelijktijdig met het ontslag op te geven reden(en) die aanleiding vormen voor dat ontslag. Redenen die niet bij dat ontslag zijn meegedeeld blijven bij de beoordeling in beginsel buiten beschouwing (ECLI:NL:HR:1985:AG5023, ECLI:NL:HR:1991:ZC0151 en – met toepassing van art. 81 Wet RO – ECLI:NL:HR:2011: BP5606). Tussen partijen staat vast dat de opgegeven ontslaggrond is: het wederrechtelijke toe-eigenen van gelden. Naar het oordeel van het hof wekt de motivering van de kantonrechter inderdaad op zijn minst de schijn dat de kantonrechter aan een niet-opgegeven ontslaggrond heeft getoetst en buiten de rechtsstrijd van partijen is getreden, ook al kan de overweging omtrent het geschonden vertrouwen in verband worden gebracht met het door werkgever ingeroepen artikel 7:678 lid 2 sub d BW, dat als voorbeeld van een grond

voor ontslag op staande voet van een werknemer noemt: wanneer hij zich schuldig maakt aan diefstal, verduistering, bedrog of andere misdrijven, waardoor hij het vertrouwen van de werkgever onwaardig wordt. Desalniettemin oordeelt het hof dat – een en ander afwegend na diverse getuigenverhoren – werkgever terecht in twijfel heeft getrokken of werknemer de gehele opbrengst, verminderd met daadwerkelijke uitgaven ten behoeve van de snackbar, heeft afgedragen, dat de gegrondheid van dit vermoeden voldoende bevestiging vindt in de verklaringen van getuigen, waartegenover werknemer zelf een ongeloofwaardige verklaring heeft afgelegd en een getuige heeft gemanipuleerd. Het hof acht op grond van het voorgaande bewezen dat werknemer zich wederrechtelijk gelden van haar werkgever heeft toegeëigend. Daaraan doet niet af dat zij in de strafzaak is vrijgesproken. In strafzaken gelden immers andere bewijsnormen dan in civiele zaken. Het hof neemt in zijn beoordeling mee dat de eigenaar van de cafetaria bepaald geen goed voorbeeld heeft gegeven van correcte verantwoording van inkomsten en uitgaven in zijn bedrijf (hij haalde zelf immers regelmatig ‘zwart geld’ uit de kassa). Het is ook kwalijk dat hij dit in zijn aanvankelijke verklaringen verdoezelde. Dit vormt echter geen vrijbrief voor werknemer om geld van de cafetaria, na aftrek van uitgaven voor het bedrijf, niet af te dragen aan de eigenaar.

De vordering in reconventie wordt afgewezen. Werkgever heeft het hof niet in staat gesteld om een redelijk betrouwbaar beeld van haar schade te krijgen. Voor zover zij zich beroept op vergelijking van haar omzetresultaten, is het, gelet op de bedrijfscultuur onder eigenaar, maar de vraag of de gegevens over 2009 een getrouw beeld geven. Eigenaar heeft bovendien niet duidelijk gemaakt of hij het door werknemer aan hem afgedragen omzetbedrag controleerde aan de hand van de kassastrook en de hem bekende contante betaling voor de schoonmaakster.

---

**Instantie:** Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

**Datum uitspraak:** 05-11-2013

**ECLI:** ECLI:NL:GHARL:2013:8289

**Zaaknummer:** 200.106.555/01

**Rechters:** K.E. Mollema, M.E.L. Fikkers en A.M. Koene

**Advocaten:** J. Dam-de Haan en J. Dekens

**Wetsartikelen:** 7:677 BW en 7:678 BW

RECHTSPRAAK

**werkneemster/Albert Heijn B.V.**

***Albert Heijn niet aansprakelijk voor schade werkneemster als gevolg van val over rolly. Beleid voor gebruik van rolly's is gericht op het voorkomen van een ongeval en wordt in de praktijk ook uitgevoerd. Geen schending zorgplicht***

Werkneemster is sinds 1989 in dienst van Albert Heijn, laatstelijk in de functie van algemeen medewerkster. Bij het vullen van de winkelschappen wordt gebruik gemaakt van 'rolly's'. Een rolly is een stalen frame op wieltjes waarop kunststoffen kratten kunnen worden opgestapeld. Op 7 december 2010 is werkneemster gevallen over een rolly die voor de koeling stond in het niet voor het publiek toegankelijke gedeelte van de afdeling deli/kaas. Werkneemster heeft als gevolg van haar val letsel opgelopen. Zij heeft Albert Heijn aansprakelijk gesteld voor het ongeval, primair op grond van artikel 7:658 BW, subsidiair op grond van artikel 6:170 BW.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Albert Heijn hanteert een beleid waaruit blijkt dat zij zich er bewust van is dat een rolly het gevaar van struikelen met zich kan brengen en de gevolgen van een val kan vergroten. De door haar gehanteerde uitgangspunten zijn erop gericht dit gevaar te voorkomen. Met de maatregel dat lege rolly's worden weggebracht wordt voorkomen dat rolly's zonder noodzaak op de afdeling staan. Met het aanwijzen van een vaste plek voor het opstellen van de rolly's wordt bewerkstelligd dat de werknemers op die plaats bedacht kunnen zijn op de aanwezigheid van een rolly. Daarbij is er ook rekening mee gehouden dat de rolly in voorkomende gevallen korte tijd onbeheerd op de afdeling staat. Juist de aangewezen vaste plek is bedoeld om in zo'n geval een ongeval te voorkomen. Voorts volgt de kantonrechter Albert Heijn in haar stelling dat ook een uitgeladen rolly waar lege kratten op staan, voldoende zichtbaar is. Uit diverse getuigenverklaringen blijkt voorts dat Albert Heijn in de praktijk uitvoering heeft gegeven aan het beleid voor het gebruik van de rolly. Albert Heijn heeft voldoende aan haar zorgplicht voldaan, zodat het beroep op artikel 7:658 BW faalt.

Ook het beroep op artikel 6:170 BW faalt. De rolly stond op de vaste en bij de medewerkers bekende plaats, zodat collega X erop mocht vertrouwen dat een andere werknemer op de aanwezigheid van de rolly bedacht kon zijn. Dat werkneemster zelf van mening is dat deze



aangewezen plek niet ideaal was, laat onverlet dat zij er rekening mee diende te houden dat de rolly daar regelmatig werd neergezet. Voor X was dan ook niet voorzienbaar dat werknemster over de rolly zou struikelen, zodat er voor haar ook geen reden was om extra te waarschuwen toen zij zag dat werknemster naar de afdeling deli/kaas liep.

---

**Instantie:** Rechtbank Midden-Nederland

**Datum uitspraak:** 30-10-2013

**ECLI:** ECLI:NL:RBMNE:2013:5404

**Zaaknummer:** 2161321 AE VERZ 13-151 SM/4183

**Rechters:** D. Wachter

**Advocaten:** S.J. de Groot en H.C. Tonino

**Wetsartikelen:** 6:170 BW en 7:658 BW

RECHTSPRAAK

## **Dell B.V./werknemer**

### ***Afwijzing ontbindingsverzoek. Het tijdens een verbetertraject veranderen van de spelregels is in strijd met goed werkgeverschap***

Werknemer is sinds 2010 in dienst van Dell, laatstelijk als Inside Product Specialist II. Werknemer heeft diverse officiële waarschuwingen gekregen, onder meer voor te laat komen en niet bereikbaar zijn. Werknemer en Dell zijn overeengekomen dat werknemer op 6 mei 2013 met een Personal Improvement Plan (hierna: PIP) voor de duur van drie maanden zou starten. De voornaamste verbeterpunten waren dat hij zich aan de werktijden zou houden en zich aan de afspraken betreffende afwezigheid in geval van ziekte zou houden. Op 10 juli 2013 was werknemer afwezig. Na een woordenwisseling met zijn direct leidinggevende op 11 juli 2013 over die afwezigheid heeft hij zich op 12 juli 2013 ziek gemeld. Thans verzoekt Dell ontbinding van de arbeidsovereenkomst, primair wegens een dringende reden. Gesteld wordt dat van Dell niet meer gevraagd kan worden dat zij tolereert dat werknemer de met hem gemaakt afspraken met de voeten treedt en haar redelijke opdrachten naast zich neerlegt. Na de waarschuwing van 12 juli 2013 is de maat voor Dell vol.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Niet althans onvoldoende aannemelijk is geworden dat dat gedrag van werknemer in overwegende mate samenhangt met zijn arbeidsongeschiktheid. Dell is dus ontvankelijk in haar verzoek. Terecht en op goede gronden heeft Dell besloten aan werknemer de gelegenheid te geven door middel van een PIP aan zijn – op zijn minst genomen storende – gedrag te werken. Hem wordt een laatste kans geboden. De eerste drie weken houdt werknemer zich aan de gemaakte afspraken. Op 11 juli 2013 hebben partijen een gesprek over ongeoorloofde afwezigheid op 10 juli. In het eindverslag van het PIP vermeldt zijn leidinggevende de afwezigheid van werknemer op 10 juli 2013 best te willen zien als miscommunicatie. De brief van 12 juli 2013 is daarmee in overeenstemming. Werknemer krijgt in die brief een allerlaatste kans. Dell stelt evenwel dat zij heeft besloten ‘dat de maat vol was’. Bezien in het licht van de bewoordingen van de brief van 12 juli heeft Dell onvoldoende onderbouwd en aannemelijk gemaakt waarom haar geen andere keuze overbleef. Van enig ‘misconduct’ na 12 juli is niet gebleken. Dell heeft gaande de (PIP-)procedure en na de waarschuwing van 12 juli 2013 de spelregels veranderd. Dat is in strijd met goed

werkgeverschap. De aangevoerde redenen kunnen dan ook het verzoek niet dragen. Volgt afwijzing van het ontbindingsverzoek.

---

**Instantie:** Rechtbank Amsterdam

**Datum uitspraak:** 30-10-2013

**ECLI:** ECLI:NL:RBAMS:2013:7284

**Zaaknummer:** EA VERZ 13-1000

**Rechters:** A.J.M. Breedveld-van Beeck Calkoen

**Advocaten:** R.C.M. Andriessen en E. Nagtegaal

**Wetsartikelen:** 7:611 BW en 7:685 BW

RECHTSPRAAK

## **werkneemster/X Verzekeringen B.V.**

***Ontbinding arbeidsovereenkomst op verzoek werkneemster wegens verstoorde arbeidsrelatie. Bij aftopping ontbindingsvergoeding op grond van Aanbeveling 3.5 wordt de door de werkgever betaalde bijdrage aan de pensioenopbouw van werkneemster tot aan het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd meegewogen***

Werkneemster is als administratief medewerkster in dienst van X Verzekeringen. Sinds maart 2012 is zij arbeidsongeschikt. Thans verzoekt werkneemster ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Werkneemster is, zo stelt zij, niet langer in staat om haar dienstverband met X Verzekeringen te continueren. Door de opstelling van X Verzekeringen is werkneemster gedurende anderhalf jaar arbeidsongeschikt (geweest) en heeft ze te kampen met ernstige psychische klachten. Werkneemster stelt ten aanzien van de vergoeding dat, gelet op haar leeftijd, Aanbeveling 3.5 van belang is. Zij stelt dat er bijzondere omstandigheden zijn op grond waarvan van Aanbeveling 3.5 moet worden afgeweken. Zij verzoekt om toekenning van een vergoeding van € 40.000 bruto.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Nu beide partijen aangeven dat de arbeidsverhouding zodanig verstoord is dat terugkeer van werkneemster niet meer mogelijk is, wordt de arbeidsovereenkomst ontbonden. Er is sprake van enige mate van verwijtbaarheid aan de zijde van X Verzekeringen bij het ontstaan van de verstoorde arbeidsrelatie. X Verzekeringen heeft namelijk verzuimd de gesprekken met werkneemster schriftelijk vast te leggen, waarmee een belangrijke bijdrage is geleverd aan het tussen partijen in geschil blijven van wat er tijdens die gesprekken aan de orde is gekomen en wat daarbij is gezegd. Het ontstaan van het arbeidsconflict is in zodanige (beperkte) mate aan X Verzekeringen te wijten dat – indien zou worden geabstraheerd van Aanbeveling 3.5 – er in beginsel aanleiding zou zijn om een vergoeding met  $C = 0,5$  toe te kennen. Gezien het feit dat werkneemster over ongeveer een jaar met pensioen zou gaan, wordt de toe te kennen vergoeding gemaximeerd op haar inkomstenderving tot aan de pensioengerechtigde leeftijd. Er zijn geen bijzondere omstandigheden die afwijken van Aanbeveling 3.5 zouden rechtvaardigen. Deze inkomstenderving bestaat in ieder geval uit haar verlies aan loon verminderd met haar

(verwachte) aanspraken op een uitkering krachtens de socialeverzekeringswetten. Gezien het feit dat Aanbeveling 3.5. is ingegeven door de gedachte dat de redelijkheid en billijkheid meebrengen dat een werknemer geen hogere vergoeding dient te krijgen dan hetgeen hij zonder ontbinding aan inkomsten zou hebben ontvangen, dient bij de beantwoording van de vraag welke ‘aftopping’ van de reguliere AxBxC vergoeding onder de kantonrechtersformule redelijk is, de door de werkgever betaalde bijdrage aan de pensioenopbouw van de werknemer tot aan het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd te worden meegewogen. Daaraan doet niet af dat deze bijdrage niet meeweegt bij de bepaling van de B-factor onder de formule. Er wordt een vergoeding van in totaal € 8.000 toegekend.

---

**Instantie:** Rechtbank Noord-Nederland

**Datum uitspraak:** 30-10-2013

**ECLI:** ECLI:NL:RBNNE:2013:6610

**Zaaknummer:** 2355742 - VZ VERZ 13-237

**Rechters:** E.T.M. Zwart-Sneek

**Advocaten:** E.W. Kingma en A.T. Slofstra

**Wetsartikelen:** 7:685 BW en Aanbeveling 3.5

RECHTSPRAAK

## **werkneemster/Vodafone Libertel**

***Wijziging openingstijden callcenter Vodafone leidt tot aanzienlijke salarisverlaging wegens mislopen inconveniënte uren. Vodafone heeft als goed werkgever gehandeld door compensatieregeling. Eenzijdige wijziging gerechtvaardigd. Geen sprake van stilzwijgende instemming werknemer***

Werkneemster is sinds 1999 werkzaam bij (de rechtsvoorganger van) Vodafone. Vodafone kent een regeling voor het werken op inconveniënte uren, te weten: maandag tot en met vrijdag tussen 21.00-07.00 uur 150% uurloon; zaterdag tussen 08.00-17.00 uur 150% uurloon; zaterdag tussen 17.00-24.00 uur 200% uurloon; en zondag en feestdagen tussen 00.00-24.00 uur 200% uurloon. Vóór 1 februari 2008 was het callcenter van Vodafone geopend van maandag tot en met zondag van 07.00 tot 23.00 dan wel 02.00 uur. Omdat er met name tijdens de avonden/nachten en in het weekend weinig werd gebeld, heeft Vodafone besloten de openingstijden per 1 februari 2008 terug te brengen. De sluitingstijd van de afdeling waar werkneemster werkzaam is, is per 1 februari 2008 vastgesteld op 20.00 uur. Ter compensatie van het door de betrokken medewerkers daardoor geleden inkomensverlies is aan deze medewerkers een afbouwregeling aangeboden. In het kader van deze afbouwregeling heeft werkneemster in maart 2008 een brutobedrag ontvangen van € 1.158,55 en in oktober 2008 nog een nadere compensatie van € 1.016,93 bruto. Werkneemster heeft nadien een officiële waarschuwing ontvangen omdat zij klanten die in de wacht stonden na 20.00 uur niet meer wilde helpen. Werkneemster stelt zich op het standpunt dat haar arbeidsvoorwaarden per 1 februari 2008 niet rechtmatig eenzijdig zijn gewijzigd. Voorts stelt zij zich op het standpunt dat Vodafone haar niet kan dwingen klanten na 20.00 uur te helpen.

Het hof oordeelt als volgt. Het enkele feit dat werkneemster de compensatie zonder enig voorbehoud in ontvangst heeft genomen en conform de nieuwe werktijden is gaan werken, brengen niet met zich dat werkneemster stilzwijgend de wijziging van arbeidsvoorwaarden heeft geaccepteerd. Het hof stelt voorop dat voor het aannemen van stilzwijgende instemming en (in het verlengde daarvan) van rechtsverwerking enkel tijdsverloop of enkel stilzitten onvoldoende is. Vereist is de aanwezigheid van bijzondere omstandigheden als gevolg

waarvan hetzij bij de wederpartij het gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt dat de gerechtigde zijn aanspraak niet (meer) geldend zal maken, hetzij de wederpartij in zijn positie onredelijk zou worden benadeeld in geval de gerechtigde alsnog zijn aanspraak geldend zou maken (vgl. HR 26 maart 1999, NJ 1999, 445; HR 29 september 1995, NJ 1996, 89; HR 24 april 1998, NJ 1998, 621). Zeker nadat werkneemster in een brief heeft aangegeven het niet eens te zijn met de aanzienlijke salarisverlaging van gemiddeld € 500 per maand, kan van een gerechtvaardigd vertrouwen aan de zijde van Vodafone geen sprake zijn. Het hof komt evenwel tot de slotsom dat Vodafone werkneemster afdoende heeft gecompenseerd voor de wijziging van de inconveniente uren en verwijst daartoe naar de volgende feiten en omstandigheden. Voor zover werkneemster bedoeld heeft te stellen dat het hier ‘indirect’ een aanpassing van haar arbeidsvoorwaarden betrof, is het hof van oordeel dat Vodafone zich jegens werkneemster als goed werkgever in de zin van artikel 7:611 BW heeft gedragen. Ook hier verwijst het hof naar de volgende feiten en omstandigheden:

- Vodafone had als ondernemer (in beginsel) de vrijheid om de openingstijden van het callcenter, waar werkneemster werkzaam is, te wijzigen;
- werkneemster heeft jegens Vodafone geen rechtens afdwingbare aanspraak op inroostering tijdens de inconveniente uren;
- werkneemster heeft als gevolg van de wijziging van de openingstijden van het callcenter in 2008 8 à 9% minder kunnen verdienen;
- de ondernemingsraad van Vodafone heeft ingestemd met de door Vodafone gehanteerde afbouwregeling;
- op grond van deze afbouwregeling heeft werkneemster van Vodafone in totaal € 2.175,48 ontvangen.

Naar het oordeel van de rechter is er geen reden in te grijpen in de beoordeling van werkgever.

---

**Instantie:** Gerechtshof 's-Hertogenbosch

**Datum uitspraak:** 29-10-2013

**ECLI:** ECLI:NL:GHSHE:2013:5096

**Zaaknummer:** HD 200.113.913/01

**Rechters:** M.J.H.A. Venner-Lijten, A.P. Zweers-van Vollenhoven en P.S. Kamminga

**Advocaten:** B. van Meurs en Ph.C.M. van der Ven

**Wetsartikelen:** 7:611 BW

RECHTSPRAAK

## **Media Participatie B.V./werkneemster**

***Ontbinding arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Verstoorde arbeidsrelatie is volledig aan werkgever te wijten. Vergoeding ter hoogte van het loon dat werkneemster over de resterende periode van de arbeidsovereenkomst zou hebben ontvangen***

Werkneemster is met ingang van 4 juni 2013 voor de duur van drie maanden in dienst getreden bij Media Participatie in de functie van marketingassistent. Gedurende deze periode is werkneemster van 30 juli 2013 tot 12 augustus 2013 wegens ziekte afwezig geweest. Op 3 september 2013 is de arbeidsovereenkomst verlengd tot 4 maart 2014. De mogelijkheid van tussentijdse opzegging is niet overeengekomen. Van 4 tot 13 september 2013 is werkneemster wegens ziekte afwezig geweest. Op 16 september 2013 is werkneemster gesommeerd op het werk te verschijnen. Op 18 en 19 september 2013 heeft werkneemster zich op het werk gemeld. Media Participatie heeft haar niet toegelaten. Van 23 september tot 4 oktober 2013 was werkneemster afwezig wegens vakantie. Op 7 oktober 2013 heeft werkneemster zich ziek gemeld. Thans verzoekt Media Participatie ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Media Participatie voert aan dat primair sprake is van dringende redenen, gelegen in oncontroleerbaar en ongeoorloofd ziekteverzuim en in herhaalde werkweigering.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Niet is komen vast te staan dat werkneemster tussen 4 en 13 september 2013 niet heeft gereageerd op oproepen van Media Participatie danwel dat zij voorschriften van Media Participatie heeft geschonden. Werkneemster kan ten aanzien van deze ziektegeschiedenis dan ook geen verwijt worden gemaakt. Of zulks ten aanzien van de eerdere ziektegeschiedenis (van 30 juli 2013 tot 12 augustus 2013) ook het geval is, dient onbesproken te blijven nu Media Participatie de arbeidsovereenkomst met zes maanden heeft verlengd en die ziektegeschiedenis in elk geval geen reden is geweest om de arbeidsovereenkomst niet te verlengen. Werkneemster is op 13 september 2013 geconfronteerd met verwijten ten aanzien van de tweede ziektegeschiedenis die Media Participatie in deze procedure niet heeft kunnen onderbouwen. Er is geen enkele basis om de arbeidsovereenkomst voort te zetten, zodat de arbeidsovereenkomst wordt ontbonden. Nu Media Participatie het initiatief heeft genomen om de arbeidsovereenkomst te beëindigen en



de verstoorde arbeidsrelatie volledig aan Media Participatie te wijten is, wordt een vergoeding van € 7.642,74 bruto (het loon van € 1.950,00 bruto per maand van 16 november 2013 tot 4 maart 2014 te vermeerderen met 8% vakantietoeslag) toegekend.

---

**Instantie:** Rechtbank Zeeland-West-Brabant

**Datum uitspraak:** 28-10-2013

**ECLI:** ECLI:NL:RBZWB:2013:7901

**Zaaknummer:** 2389661 AZ VERZ 13-161

**Rechters:** H. de Ruijter

**Advocaten:** H.L.J. Walhain en M.H. den Otter

**Wetsartikelen:** 7:685 BW

RECHTSPRAAK

**ARS Traffic & Transport Technology B.V./werknemer**

***Voorkomen van tegenstrijdige uitspraken artikel 685-beschikking en dagvaardingsprocedure, is geen ‘fundamenteel rechtsbeginsel’. Het niet afwachten van de uitkomst in de dagvaardingsprocedure vormt dan ook geen schending van zo’n beginsel en derhalve is geen sprake van een doorbrekingsgrond in appel. Appel en cassatie hebben geen schorsende werking van de artikel 685-beschikking ten gevolge wegens de aard van de procedure***

Werknemer is op 1 april 2000 bij ARS in dienst getreden in de functie van Manager en Senior Consultant. In 2002 is werknemer op verzoek van ARS technisch directeur geworden; voorts bleef zijn functie Senior Consultant. In 2003 heeft werknemer op grond van de winstdelingsregeling € 35.000 ontvangen. In 2004 werd werknemer op verzoek van ARS algemeen directeur, terwijl tevens twee andere directeuren werden benoemd. In 2005 kreeg werknemer hartklachten, als gevolg waarvan hij is teruggetreden als algemeen directeur. Hij keerde terug in zijn functie van de aanvang van de arbeidsovereenkomst en bleef als zodanig deel uitmaken van het managementteam. Vanaf 2007 heeft werknemer geen winstdeling meer ontvangen. In 2010 ontstaat er een geschil over het in 2000 vastgestelde aandelenoptieplan. In een kort geding hierover, beticht ARS werknemer van ‘disfunctioneren’ in zijn functie van directeur. Inmiddels loopt over deze procedure een bodemzaak. Nadien verslechteren de arbeidsverhoudingen tussen partijen en worden de beoordelingen negatief. Vanaf september 2012 heeft ARS het loon van werknemer maandelijks verminderd met 4%. Werknemer heeft uiteindelijk ontbinding van de arbeidsovereenkomst verzocht. De kantonrechter heeft de arbeidsovereenkomst ontbonden met ingang van 1 mei 2013, onder toekenning van een vergoeding aan werknemer ten laste van ARS van € 306.350,42 bruto. Tegen dit oordeel keert ARS zich in hoger beroep. Volgens ARS dient eerst de uitkomst van de bodemzaak te worden afgewacht ter voorkoming van tegenstrijdige uitspraken.

Het hof oordeelt als volgt. Anders dan grief I kennelijk voorstaat was de kantonrechter in casu niet gehouden de beslissing aan te houden in afwachting van ‘beoordelingen van feiten en

omstandigheden in een andere bij het kantongerecht lopende complexe procedure' (het hof begrijpt: de zaak voor de rechtbank met rolnummer 1106707/11-28848) en heeft zij, door dat niet te doen, de grenzen van haar beoordelingsvrijheid niet overschreden. Terecht wijst werknemer in dit verband op HR 27 maart 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5564, NJ 1987, 882. Het HR-arrest van 14 februari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF1307 maakt het voorgaande niet anders nu in dat arrest niet is beslist dat er geen sprake mag zijn van tegenstrijdige beslissingen in een verzoekschrift- en een dagvaardingsprocedure, maar (slechts) dat '(...) de stukken van het geding [in de dagvaardingsprocedure, toev. hof] geen andere gevolgtrekking toelaten dan dat [werkneemster] niet heeft aangevoerd dat de door de kantonrechter aangenomen reden voor ontbinding niet overeenstemt met de reden die [werkgeefster] in werkelijkheid had om de arbeidsovereenkomst met [werkneemster] te ontbinden.' En A-G Spier moge in zijn conclusie voorafgaande aan dat arrest onder 3 gefulmineerd hebben tegen 'de maatschappelijk onwenselijke werking van art. 7:685 BW', de wetgever heeft daaraan nog steeds geen einde gemaakt. Ook het beroep van ARS op HR 11 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI6323, leidt niet tot een ander oordeel. Volgens r.o. 3.5.4 van dat arrest had het hof in die artikel 7:681-zaak als zijn oordeel tot uitdrukking gebracht dat het op het punt van het verband tussen de arbeidsongeschiktheid van de werknemer en zijn werkzaamheden zich zou conformeren aan zijn onherroepelijke uitspraak in de artikel 7:658-zaak. Door dat vervolgens niet te doen werd daarover in cassatie terecht geklaagd: '(...) zodat sprake is van een innerlijke tegenstrijdigheid in de redengeving in het bestreden arrest'. Aan ARS kan worden toegegeven dat tegenstrijdige uitspraken ongewenst en bij voorkeur te voorkomen zijn, vgl. ook de aanhef van de hiervoor gedeeltelijk geciteerde r.o. 3.5.4. Maar het is geen fundamenteel rechtsbeginsel.

Zoals dit hof in zijn beschikking van 2 april 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BZ5999, reeds heeft overwogen heeft een appel tegen een ontbindingsbeschikking ex artikel 7:685 BW geen schorsende werking; een en ander zou in strijd zijn met de aard/strekking van een dergelijke beschikking waarbij het juist de bedoeling is direct duidelijkheid te geven met betrekking tot het al dan niet voortduren van de arbeidsovereenkomst en discussies over de door de kantonrechter bij de af-/toewijzing van het ontbindingsverzoek gegeven motivering, uit te sluiten. Datzelfde geldt voor een eventueel cassatieberoep.

---

**Instantie:** Gerechtshof Den Haag

**Datum uitspraak:** 22-10-2013

**ECLI:** ECLI:NL:GHDHA:2013:3889

**Zaaknummer:** 200.129.463/01

**Rechters:** L.G. Verburg, J.W. van Rijkom en V. Disselkoen

**Advocaten:** J.C. Zevenberg en P. van Riessen

**Wetsartikelen:** 7:685 lid 11 BW

RECHTSPRAAK

**werknemer/Global Security Education B.V.**

***Werknemer schort werkzaamheden op nadat hij gedurende vier maanden heeft gewerkt zonder loon te hebben ontvangen. Niet verrichten van de overeengekomen arbeid komt gedurende twee maanden voor rekening en risico van werkgever***

Werknemer is op 17 april 2013 voor de duur van één jaar in dienst getreden van GSE, in de functie van opleider/trainer. Vanaf 22 april 2013 heeft GSE geen betalingen meer aan werknemer gedaan. Sinds 16 augustus 2013 heeft werknemer geen werkzaamheden meer verricht. Werknemer vordert loon vanaf 22 april 2013.

De kantonrechter oordeelt als volgt. GSE heeft erkend dat zij gehouden is het achterstallige loon te betalen tot 19 augustus 2013. De loonvordering tot 19 augustus wordt toegewezen. Ten aanzien van de loonvordering na 19 augustus wordt overwogen dat werknemer ten tijde van de opschorting van zijn werkzaamheden reeds vier maanden had gewerkt, zonder daarvoor enige vergoeding te ontvangen en dat GSE in die periode diverse toezeggingen over de loonbetaling heeft gedaan, maar deze niet is nagekomen. Bovendien heeft werknemer ter zitting onweersproken gesteld dat hij voor zijn levensonderhoud zijn spaartegoeden heeft moeten aanspreken, dat deze inmiddels zijn uitgeput, en dat hij inmiddels van bekenden heeft moeten lenen, en dat ook deze gelden zijn opgebruikt. De tijd die hij normaliter aan zijn werkzaamheden voor GSE zou hebben benut, moet hij thans benutten om door middel van sollicitaties andere inkomsten te verwerven. Naar het voorlopig oordeel van de kantonrechter is er daarom sprake van omstandigheden als bedoeld in artikel 7:628 BW en kan de vordering van werknemer in beginsel worden toegewezen. Van belang is in dat verband dat werknemer heeft gevorderd dat GSE wordt veroordeeld tot voldoening van het loon over de gehele resterende looptijd van de arbeidsovereenkomst (tot 17 april 2014). Voor een precieze bepaling van de periode waarin het risico van het niet-verrichten van de overeengekomen arbeid op de voet van artikel 7:628 BW in redelijkheid voor rekening van GSE behoort te komen is nader feitenonderzoek noodzakelijk, waarvoor deze procedure zich niet leent. Toewijzing van de loonvordering tot het einde van het dienstverband is niet proportioneel. Een loondoorbetalingsverplichting op de voet van artikel 7:628 BW is redelijk voor een periode van

twee maanden, dus tot 19 oktober 2013. De wettelijke verhoging over het loon tot 19 augustus wordt gematigd tot 25%. Over het in de periode van 19 augustus tot 19 oktober 2013 verschuldigde loon wordt de wettelijke verhoging gematigd tot 10%.

---

**Instantie:** Rechtbank Midden-Nederland

**Datum uitspraak:** 18-10-2013

**ECLI:** ECLI:NL:RBMNE:2013:5500

**Zaaknummer:** 2362828 UV EXPL 13-392

**Rechters:** P. Krepel

**Advocaten:** E.M. Hetterscheidt en K.J.C.P. de Weert

**Wetsartikelen:** 7:627 BW en 7:628 W

RECHTSPRAAK

**werkgeefster/werknemer**

***Afwijzing ontbindingsverzoek. Werknemer is arbeidsongeschikt  
geraakt als gevolg van omstandigheden die verband houden met het  
werk. Bedrijfseconomische noodzaak tot reorganisatie niet  
aannemelijk. Reflexwerking opzegverbod***

Werknemer is sinds 2010 in dienst van werkgeefster, een orthodontisch laboratorium. Het transport van de werken van en naar klanten wordt uitgevoerd door werknemer. Werkgeefster is eind 2012 toegetreden tot de internationale overkoepelende organisatie Elysee Dental Group. Op 27 mei 2013 heeft werkgeefster werknemer meegedeeld dat zij zich in verband met kostenbesparing en harmonisatie van beleid met de Elysee Dental Group genoodzaakt ziet om de nachtdistributie uit te besteden en dat de functie van werknemer als gevolg hiervan komt te vervallen. Op 30 mei 2013 is werknemer tijdens het werk – door het oppakken van een bak – door zijn rug gegaan als gevolg waarvan hij zich die dag heeft ziek gemeld en later geopereerd is aan een hernia. Werknemer is thans nog steeds arbeidsongeschikt. Werkgeefster verzoekt ontbinding van de arbeidsovereenkomst.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Voldoende aannemelijk is geworden dat werknemer arbeidsongeschikt is geraakt als gevolg van omstandigheden die verband houden met het werk. Ten aanzien van de reflexwerking van het opzegverbod tijdens ziekte, beroept werkgeefster zich op de uitzondering van artikel 7:670b lid 2 BW. Voorts stelt zij dat er sprake is van een bedrijfseconomische noodzaak tot reorganisatie. Dit standpunt wordt niet gevolgd. Gesteld noch gebleken is dat sprake is van een algehele bedrijfssluiting of sluiting van het onderdeel waar werknemer werkzaam is, dan wel dat voor werkgeefster een bedrijfseconomische noodzaak tot reorganisatie bestaat. Werkgeefster heeft ter zitting juist aangegeven dat het financieel goed gaat met het bedrijf. Nu vaststaat dat voor werkgeefster geen bedrijfseconomische noodzaak tot reorganisatie geldt, maar zij slechts de wens heeft om de functie van werknemer te laten vervallen, leidt dit ertoe dat deze uitzondering op de reflexwerking van het opzegverbod niet van toepassing is in dit geval. Het opheffen van de arbeidsplaats van de werknemer wordt niet als een zodanige uitzondering aangemerkt (Kamerstukken II 1996/97, 25 263, nr. 3). Hoewel de door werkgeefster genoemde aanleiding

van het verzoek dan wel bedrijfseconomisch van aard is en het (in beginsel) ook tot de beleidsvrijheid van een werkgever hoort om dergelijke beslissingen te nemen, geldt dat een werkgever bij het maken van haar keuzes in het bijzonder rekening dient te houden met werknemers die ziek zijn. Indien sprake is van een zieke werknemer, brengt dit een strenge zorgplicht voor de werkgever mee. Gelet op de reflexwerking van het opzegverbod tijdens ziekte, wordt het ontbindingsverzoek afgewezen.

---

**Instantie:** Rechtbank Noord-Nederland

**Datum uitspraak:** 16-10-2013

**ECLI:** ECLI:NL:RBNNE:2013:6127

**Zaaknummer:** 2263841 - EJ VERZ 13-5102

**Rechters:** G.J.J. Smits

**Advocaten:** S.B. Bouthoorn en D.S. Verkerk

**Wetsartikelen:** 7:670 BW en 7:685 BW



RECHTSPRAAK

**Stichting VU-VUMC/werknemer**

***Ontbinding arbeidsovereenkomst staflid VUmc wegens verstoorde arbeidsrelatie. Hoewel werknemer aanspraak maakt op een bovenwettelijke uitkering, wordt naar billijkheid een vergoeding van € 20.000 bruto toegekend***

Werknemer is in dienst van Stichting VU-VUMC (hierna: VUmc). In ieder geval in 2011 zijn er problemen op de afdeling Klinische genetica ontstaan. VUmc heeft verzocht de arbeidsovereenkomst van werknemer wegens een verstoorde arbeidsrelatie te ontbinden. Bij beschikking van 16 september 2013 is een voortgezette mondelinge behandeling gelast, welke is bepaald op 9 oktober 2013.

De kantonrechter oordeelt als volgt. VUmc stelt dat de werkrelatie tussen X en werknemer ernstig is verstoord. X ervaart de opstelling van werknemer in 2012/2013 zo dat zij door werknemer niet gerespecteerd wordt en dat hij haar gezag niet aanvaard. Externen concluderen een verstoorde werkrelatie tussen werknemer en X. Het hoofd van de divisie II en III kwalificeert eind 2012 de ontstane situatie tussen beiden als onwerkbaar. In deze context kan werknemer niet volstaan met een betwisting/ontkenning van een door X ervaren verstoorde werkrelatie. Van hem mocht – mede gezien zijn positie binnen VUmc, zijn leeftijd en zijn werkervaring (ook als voormalig leidinggevende) – worden verwacht dat hij ten minste zou erkennen dat zijn gedragingen bij X anders overkomen dan hij bedoelt en dat hij bereid is zijn gedragingen aan te passen. Door dit na te laten, zelfs te betwisten dat X op grond van zijn gedragingen kan veronderstellen dat hij haar als leidinggevende ondermijnde en slechts aandacht te vragen voor de buiten zijn persoon staande problemen op de afdeling is een situatie ontstaan waarin de basis ontbreekt om tot een normalisatie van de verhoudingen te komen. Nu een vruchtbare samenwerking niet meer mogelijk is, wordt de arbeidsovereenkomst ontbonden.

De voor werknemer geldende nadelige financiële gevolgen van het einde van het dienstverband worden in belangrijke mate beperkt door de WW-uitkering en de bovenwettelijke uitkering (BWUMC-uitkering). Bij de weging van het verwijt betreft de

kantonrechter onder meer ten nadele van VUmc dat de opstelling van werknemer – mede gezien de houding van enkele andere stafleden – kennelijk mede was ingegeven doordat werknemer (en enkele andere stafleden) zich binnen VUmc niet veilig voelde om individuele gesprekken met X aan te gaan. Ook weegt mee dat beide partijen zich (lange tijd) weinig coöperatief hebben opgesteld. Mede gelet op het goede functioneren tot en met 2011, de leeftijd van werknemer (42 jaar) en de duur van het dienstverband (ca. 15 jaar) wordt naar billijkheid een vergoeding van € 20.000 toegekend.

---

**Instantie:** Rechtbank Amsterdam

**Datum uitspraak:** 14-10-2013

**ECLI:** ECLI:NL:RBAMS:2013:7286

**Zaaknummer:** EA VERZ 13-819

**Rechters:** D.H. de Witte

**Advocaten:** mr. O. van der Kind en A. Versteeg

**Wetsartikelen:** 7:685 BW

RECHTSPRAAK

**werkgeefster/werknemer**

***Dat functie van werknemer als gevolg van reorganisatie is komen te vervallen en de oorspronkelijke werkzaamheden en taken behorende bij de functie van Food en Beverage Manager niet zijn blijven bestaan, is onvoldoende komen vast te staan. Afwijzing ontbindingsverzoek***

Werknemer is per 1 juni 2009 voor onbepaalde duur in dienst getreden van werkgeefster (een hotel) en was laatstelijk werkzaam in de functie van Food en Beverage Manager (hierna: F&B Manager). Als gevolg van de overname door X Hotels BV is de arbeidsovereenkomst van werknemer overgegaan naar werkgeefster. Thans verzoekt werkgeefster ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens bedrijfseconomische redenen en voert daartoe het volgende aan. Besloten is de functie van F&B Manager, die een unieke functie betreft, op te heffen en de taken en verantwoordelijkheid behorende bij de functie volledig onder te brengen bij de General Manager. Dientengevolge komt de positie van werknemer per 1 september 2013 te vervallen. Er is geen alternatieve passende functie voor werknemer beschikbaar en een dergelijke functie zal ook binnen korte termijn niet beschikbaar zijn. Werkgeefster is bereid een vergoeding van € 20.403,36 bruto toe te kennen.

De kantonrechter is van oordeel dat werkgeefster de aan haar verzoek ten grondslag gelegde bedrijfsorganisatorische noodzaak als gevolg waarvan de functie van werknemer is komen te vervallen onvoldoende heeft onderbouwd. In dit verband wordt overwogen dat werkgeefster enerzijds stelt dat de taken en verantwoordelijkheden van de F&B manager volledig worden ondergebracht bij de General Manager, maar anderzijds blijkt uit het door werkgeefster overgelegde (definitieve) organigram van X Hotels BV, zoals dit bekend is gemaakt binnen de gehele organisatie via Crew Mail van 24 juli 2013, dat de functie van F&B Manager ook onderdeel uitmaakt van de nieuwe organisatie, zij het dat de functie van F&B Manager naast de Hotel Manager en de Sales en Marketing Manager direct valt onder de aansturing van de General Manager. Werknemer heeft aangevoerd dat twee personen zijn aangetrokken ter ondersteuning van food & beverage managementtaken. Werkgeefster heeft deze stellingen niet, althans niet voldoende weersproken. Onder deze omstandigheden is onvoldoende vast komen te staan dat de functie van werknemer is komen te vervallen en de oorspronkelijke

werkzaamheden en taken behorende bij de functie van F&B Manager niet zijn blijven bestaan.  
Volgt afwijzing van het ontbindingsverzoek.

---

**Instantie:** Rechtbank Rotterdam

**Datum uitspraak:** 28-08-2013

**ECLI:** ECLI:NL:RBROT:2013:7942

**Zaaknummer:** 2162999 VZ VERZ 13-4862

**Rechters:** K.J. Bezuijen

**Advocaten:** E.M.Y. Sørensen en R.P. Gasseling

**Wetsartikelen:** 7:685 BW

RECHTSPRAAK

**werknemer/werkgever**

***Werknemer heeft geen recht op 100% ziekgeld (7:629 BW) indien de werkgever dit per abuis betaalt en de arbeidsovereenkomst uitdrukkelijk 70% bepaalt***

In deze zaak gaat het om een geschil over de hoogte van het loon (onder meer bij ziekte). Naar het oordeel van het hof heeft werknemer in het licht van artikel 9.3 van de arbeidsovereenkomst en zijn in eerste aanleg op dit punt gedane erkenning, in hoger beroep onvoldoende duidelijk gemaakt waarom werkgever gehouden zou zijn hem tijdens zijn ziekte 100% (en niet 70%) van het overeengekomen brutoloon van € 2.195,35 per maand te betalen. De enkele omstandigheid dat werkgever, destijds (ten onrechte) uitgaande van een brutoloon van € 1.633,27 per maand, in haar visie gedurende de periode van 1 augustus 2011 tot 1 maart 2012 per abuis 100% van het loon aan werknemer heeft doorbetaald, betekent – anders dan werknemer meent – niet dat het haar thans niet meer zou vrijstaan met een beroep op artikel 9.3 van de arbeidsovereenkomst aan te voeren dat zij in de periode van 1 augustus 2011 tot 1 maart 2012 slechts gehouden was werknemer 70% van het brutoloon van € 2.195,35 per maand te betalen. Werknemer heeft niet weersproken dat het hem te dezen feitelijk door werkgever betaalde met die 70% correspondeert. Dit betekent dat de loonvordering terecht is afgewezen en evenmin zoals in hoger beroep gewijzigd toewijsbaar is.

---

**Instantie:** Gerechtshof Amsterdam

**Datum uitspraak:** 20-08-2013

**ECLI:** ECLI:NL:GHAMS:2013:2589

**Zaaknummer:** 200.119.875/01

**Rechters:** S.F. Schütz, R.J.M. Smit en W.H.F.M. Cortenraad

**Advocaten:** J.W.L. Vader en B. Coskun

**Wetsartikelen:** 7:629 BW

RECHTSPRAAK

## **Detailresult Productie BV/werknemer**

### ***Ontslag op staande voet wegens seksuele intimidatie niet onverwijld verleend. Werkgever heeft eigen onderzoek in mei gedaan, cao-commissie doet onderzoek in november, waarna ontslag volgt***

Werknemer is sinds 1996 in dienst van Detailresult. Op 3 mei 2012 is hij, zonder behoud van bezoldiging, geschorst in verband met een klacht van een vrouwelijke collega over seksuele intimidatie door werknemer. De schorsing gold voor de duur van het vanwege voornoemde klacht door Detailresult ingestelde onderzoek (hierna: het interne onderzoek). Werknemer heeft tegen de schorsing geprotesteerd, ontkend wat hem werd verweten en zich beschikbaar gehouden voor zijn werkzaamheden. Op 8 mei 2012 heeft Detailresult werknemer gemeld dat het interne onderzoek was afgerond. Werknemer werd overgeplaats naar de door Detailresult geëxploiteerde slagerij, omdat hij het onderzoek zou hebben gefrustreerd door daarover met collega's te spreken, met – aldus Detailresult – een onhoudbare werksituatie in de bakkerij als gevolg. Over (op basis van het interne onderzoek getrokken conclusies omtrent) de al dan niet gegrondheid van de tegen hem ingediende klacht heeft Detailresult zich tegenover werknemer niet uitgesproken. Werknemer heeft tegen de overplaatsing geprotesteerd en weersproken dat hij het onderzoek had gefrustreerd. Hij is onder protest in de slagerij gaan werken.

Werknemer heeft vervolgens in kort geding terugplaatsing naar de bakkerij gevorderd. Dit kort geding heeft geen doorgang gevonden, omdat partijen overeenkwamen dat werknemer in afwachting van de uitkomst van een op de voet van de bakkers-cao te entameren onderzoek (hierna: het externe onderzoek) weer in de bakkerij kon werken. In een brief van 8 juni 2012 van de advocaat van Detailresult aan de raadsman van werknemer staat hierover: 'Ten aanzien van de vraag in hoeverre de overplaatsing terecht is geschied en of uw cliënt recht heeft op betaling van toeslagen, bericht ik u dat cliënte instemt met uw voorstel om de kwestie voor te leggen aan de externe Klachtencommissie (ex artikel 13 CAO)'. De klachtencommissie heeft bij uitspraak van 6 november 2012 overwogen 'tot de overtuiging (te zijn) gekomen dat mevrouw (...) een gegronde reden tot klagen had' en heeft de klacht 'daarom gegrond verklaard'. Detailresult heeft werknemer op 7 november 2012, onder verwijzing naar voornoemde uitspraak, op staande voet ontslagen en dit bij brief van 8 november 2012 bevestigd. Werknemer heeft de nietigheid van ontslag ingeroepen. In de onderhavige

procedure vordert hij – kort gezegd – wedertewerkstelling en loondoorbetaling. De kantonrechter heeft die vorderingen toegewezen.

Het hof oordeelt als volgt. Een ontslag op staande voet dient onverwijld gegeven te worden. Werknemer heeft zich in deze procedure op het standpunt gesteld dat (naast dat geen sprake was van een dringende reden) aan deze voorwaarde niet is voldaan. Het hof volgt werknemer in die visie: Detailresult heeft werknemer op 3 mei 2012 geschorst en had haar eigen (interne) onderzoek op 8 mei 2012 afgerond, waarna zij werknemer – onvoorwaardelijk – heeft overgeplaatst naar de slagerij. Zij kan werknemer dan niet vanwege een uitspraak van de klachtencommissie (eerst) op 6 november 2012 op staande voet ontslaan op grond van een (vermeend) feitencomplex dat al begin mei 2012 speelde. Dat zou mogelijk anders zijn als Detailresult in het kader van (de onderhandelingen met betrekking tot) het intrekken door werknemer van het kort geding uitdrukkelijk en met succes zou hebben bedongen dat zij bij gegronde verklaring van de bewuste klacht door meerbedeelde klachtencommissie werknemer alsnog op staande voet zou kunnen ontslaan. Een dergelijke afspraak (die voor wat werknemer betreft ook allerminst voor de hand zou hebben gelegen) is gesteld noch gebleken.

---

**Instantie:** Gerechtshof Amsterdam

**Datum uitspraak:** 13-08-2013

**ECLI:** ECLI:NL:GHAMS:2013:2516

**Zaaknummer:** 200.121.848/01

**Rechters:** S.F. Schütz, M.A. Goslings en W.H.F.M. Cortenraad

**Advocaten:** B.A.M. Dubois-van Kleef en R.J. Stoop

**Wetsartikelen:** 7:677 BW

RECHTSPRAAK

**EMC Computersystems Benelux/werknemer en  
CommVault Systems**

***Ingrijpende wijziging van de arbeidsverhouding (functie) bij oude functie met geen managementverantwoordelijkheid en nieuwe functie met verantwoordelijkheid voor 20 personen. Feit dat voor deze functie intern en extern gesolliciteerd dient te worden, geeft aan dat geen sprake is van ‘voorzienbare carrièrestap’. Causaal verband tussen functiewijziging en ‘zwaarder drukken’ ontbreekt evenwel, nu beding algemeen is geformuleerd***

EMC is een bedrijf dat zich bezighoudt met IT-dienstverlening, in het bijzonder met het bewaren, beheren en analyseren van data ten behoeve van bedrijven. Werknemer is op 1 april 2011 voor onbepaalde tijd bij EMC in dienst getreden in de functie van ‘sales representative’ tegen een vast salaris van € 90.000 bruto per jaar en een variabel salaris van (maximaal) € 60.000 per jaar. Op de arbeidsovereenkomst is een concurrentiebeding van toepassing (temporeel bereik van 12 maanden na einde dienstverband). Werknemer is per 1 maart 2012 bij EMC aangesteld in de functie van ‘sales manager BRS Benelux’, welke functie hij feitelijk al vanaf 1 januari 2012 vervulde. Werknemer heeft de arbeidsovereenkomst bij brief van 27 september 2012 opgezegd tegen 1 november 2012. EMC heeft daarop aan hem laten weten hem te houden aan het concurrentiebeding. Werknemer is per 1 november 2012 in dienst getreden van CommVault in de functie van ‘sales manager’. CommVault houdt zich onder meer bezig met het bewaren en beveiligen van data. Haar activiteiten zijn (in elk geval gedeeltelijk) soortgelijk aan die van EMC. EMC houdt werknemer aan zijn concurrentiebeding. De kantonrechter heeft geoordeeld dat het beding is komen te vervallen op grond van het ‘zwaarder drukken’-criterium.

Het hof oordeelt als volgt. Voldoende aannemelijk is geworden dat sprake was van een ingrijpende functiewijziging. EMC betoogt dat werknemer in zijn nieuwe functie niet direct verantwoordelijk was voor het aannamebeleid, het personeelsbeleid en het financiële beleid van zijn afdeling maar slechts een schakel in de keten van verantwoordelijkheid was. Dat



neemt echter niet weg dat werknemer in zijn nieuwe functie leiding gaf aan twintig mensen terwijl hij in zijn oude functie geen managementverantwoordelijkheid had. EMC voert wat dat laatste betreft nog aan dat werknemer in zijn oude functie wel 'een soort coördinerende rol' had en 'als het ware een indirecte managementtaak' maar dat is te vaag om te concluderen dat hij een leidinggevende taak had van een voldoende relevant gewicht. Het hof is voorts voorshands van oordeel dat niet kan worden gezegd dat de carrièrestap voorzienbaar was. EMC heeft onvoldoende aangevoerd om te kunnen volhouden dat voor de gemiddelde verkoopmedewerker doorgroei naar een leidinggevende positie als hier aan de orde voor de hand lag. Dat sprake is van een niet-voorzienbare functiewijziging wordt temeer aannemelijk doordat de vacature voor de (nieuwe) functie intern en extern is opengesteld en door middel van een sollicitatieprocedure is vervuld. Dat ligt immers niet voor de hand bij een gebruikelijke doorgroei. Het beding verbiedt in algemene bewoordingen om werkzaam te zijn bij enige concurrerende onderneming. Er is geen aanleiding te veronderstellen dat het beding ook gedurende het vervullen van de oude functie niet tevens zag op managementfuncties. Werknemer en CommVault hebben naar 's hofs voorlopige oordeel onvoldoende aangevoerd ter onderbouwing van een dergelijke uitleg van het beding. Werknemer en CommVault voeren voorts niet aan dat de functiewijziging op andere wijze tot gevolg heeft gehad dat het concurrentiebeding zwaarder, laat staan aanmerkelijk zwaarder, op werknemer is gaan drukken. Daartoe kan niet dienen de enkele stelling dat, hoe hoger de functie, hoe minder gelijkwaardige posities men kan vinden in de markt. Dat zegt zonder nadere toelichting immers niets over het zwaarder drukken van het concurrentiebeding wegens de functiewijziging.

Op grond van artikel 7:653 lid 2 BW oordeelt het hof dat de vorderingen van EMC alsnog dienen te worden afgewezen.

---

**Instantie:** Gerechtshof Amsterdam

**Datum uitspraak:** 23-07-2013

**ECLI:** ECLI:NL:GHAMS:2013:2347

**Zaaknummer:** 200.121.635/01

**Rechters:** J.E. Molenaar, D. Kingma en E. Verhulp

**Advocaten:** G.J.M. Philipsen en mr. I.J. de Laat

**Wetsartikelen:** 7:653 BW

RECHTSPRAAK

## **werknemer/Graphit B.V.**

***Ontslag 47-jarige werknemer met 12 dienstjaren kennelijk onredelijk. Vergoeding gelijk aan compensatie 6 maanden transitie van werk naar eigen bedrijf. Ontslag binnen 6 weken nieuwe (niet-uitwisselbare) functie, is niet in strijd met het afspiegelingsbeginsel***

Werknemer is van 15 oktober 1997 tot 1 oktober 2009 in dienst geweest bij Graphit. Hij is achtereenvolgens werkzaam geweest in de functie van verkoper binnendienst (1997-2001), verkoper buitendienst (2001-2008) en verkoper Datacenter (vanaf 2008). Laatstelijk verdiende hij € 3.808,04 bruto per maand exclusief 8% vakantietoeslag. Werknemer is van medio 2008 tot en met januari 2009 arbeidsongeschikt geweest. Graphit heeft de arbeidsovereenkomst tussen partijen bij brief van 8 juni 2009 opgezegd tegen 30 september 2009. Voor die beëindiging had het UWV op 4 juni 2009 toestemming verleend. Graphit heeft werknemer geen ontslagvergoeding betaald en is hem ook anderszins niet tegemoet gekomen om de gevolgen van het ontslag te verzachten. Werknemer is enige maanden na het einde van de arbeidsovereenkomst een eigen bedrijf begonnen. Werknemer vordert voor recht te verklaren dat de onderhavige opzegging door Graphit kennelijk onredelijk is en Graphit te veroordelen hem een bedrag van € 130.500 bruto te betalen ter zake van schadevergoeding. Hij stelt ter ondersteuning van zijn vordering dat Graphit bij de beslissing hem te ontslaan het afspiegelingsbeginsel niet juist heeft toegepast en dat juiste toepassing van dat beginsel tot gevolg zou hebben gehad dat niet hij maar een andere werknemer (S) zou zijn ontslagen en voert voorts aan dat gezien het feit dat voor hem geen voorziening is getroffen en gezien de mogelijkheden die voor hem bestonden om passend werk te vinden, de gevolgen van het ontslag voor hem te ernstig zijn in vergelijking met het belang van Graphit bij de beëindiging. De kantonrechter heeft de vorderingen afgewezen.

Het hof oordeelt als volgt. Werknemer heeft niet gesteld dat de functie die hij ten tijde van zijn ontslag bij het Datacenter vervulde dezelfde werkzaamheden inhield als de werkzaamheden die S in diezelfde tijd uitvoerde. Hun functies waren dus niet uitwisselbaar. Graphit heeft niet in strijd met het anciënniteitsbeginsel gehandeld door werknemer voor te dragen voor ontslag en S niet. Op zichzelf zou het onderhavige ontslag desondanks kennelijk onredelijk kunnen

zijn indien zou komen vast te staan dat Graphit, zoals werknemer suggereert, hem eerst in februari 2009 een nieuwe functie heeft aangeboden en vervolgens zes weken later een ontslagvergunning heeft aangevraagd. Niet aannemelijk is immers dat er in februari 2009 nog geen tekenen waren die wezen op de verslechterende financiële situatie, die zes weken later tot een aanzienlijke vermindering van het personeelsbestand noopten. In dat geval zou Graphit een verwijt gemaakt kunnen worden van het feit dat zij door werknemer een andere functie aan te bieden (die zes weken later weer zou vervallen) in een slechtere positie zou hebben gebracht. Dit komt evenwel niet vast te staan in de onderhavige procedure, omdat werknemer reeds vanaf de oprichting van het Datacenter feitelijk werkzaam was in de nieuwe functie (2007).

Werknemer was op de ontslagdatum 47 jaar oud en twaalf jaar bij Graphit in dienst. In het algemeen geldt dat het voor werknemers van deze leeftijd niet eenvoudig is om andere passende werkzaamheden te vinden, maar niet onmogelijk. Niet gesteld of gebleken is dat werknemer niet goed heeft gefunctioneerd. Evenmin is aannemelijk dat de arbeidsongeschiktheid van werknemer van de zomer 2008 tot 1 februari 2009 geheel of mede zijn oorzaak vond in de door hem bij Graphit uitgevoerde werkzaamheden en/of de arbeidsverhoudingen. Deze omstandigheden brengen mee dat van Graphit verwacht kon worden dat zij werknemer enige vergoeding zou betalen als aanvulling op een sociale uitkering of een lager loon elders of ter delging van (een gedeelte van) de aanloopkosten waarmee werknemer te maken zou krijgen bij het opstarten van een eigen onderneming, zoals hij in casu heeft gedaan. Dit in aanmerking genomen is het hof van oordeel dat het ontslag van werknemer zonder dat enige voorziening is getroffen kennelijk onredelijk is in de zin van artikel 7:681 lid 2 sub b BW. Daarbij had Graphit er rekening mee moeten houden dat werknemer enige tijd werkeloos zou zijn voordat hij een andere werkkring zou hebben gevonden of een aanloopperiode van omstreeks een halfjaar zou hebben gehad waarin hij nog geen inkomsten zou genereren uit een door hem te starten eigen onderneming. De hoogte van die voorziening zou – gerelateerd aan die periode van een halfjaar - naar het oordeel van het hof € 24.000 bruto hebben moeten bedragen.

---

**Instantie:** Gerechtshof Amsterdam

**Datum uitspraak:** 28-05-2013

**ECLI:** ECLI:NL:GHAMS:2013:1601

**Zaaknummer:** 200.077.364/01

**Rechters:** A.M.A. Verscheure, J.E. Molenaar en D. Kingma

**Advocaten:** D. Simons en P.T.M. van Diepen

**Wetsartikelen:** 7:681 BW

RECHTSPRAAK

**werknemer/werkgever**

***Ontslag 63-jarige werknemer met 11,5 dienstjaren die kort voor ontslagaanvraag wegens prostaatkanker een operatie ondergaat is kennelijk onredelijk***

Werknemer (63 jaar) is op 1 juli 1999 in dienst getreden van werkgever. Werknemer heeft zijn eigen assurantiekantoor verkocht aan werkgever tegen een koopsom van f 780.000. Werknemer heeft medio augustus 2010 vernomen dat hij leed aan prostaatkanker. Werkgever heeft op 10 september 2010 bij het UWV een ontslagvergunningsaanvraag ingediend voor vier van haar dertien werknemers, onder wie werknemer. Werknemer heeft tegen de ontslagvergunningsaanvraag verweer gevoerd. Het UWV heeft op 27 oktober 2010 toestemming gegeven aan werkgever om de arbeidsovereenkomst met werknemer op te zeggen. Werkgever heeft de arbeidsovereenkomst met werknemer vervolgens tegen 1 januari 2011 opgezegd. Werknemer grondt zijn vordering tot betaling van € 69.485,76 bruto evenals die tot betaling van € 10.576 netto ter zake geleden materiële schade en van € 15.000 netto wegens geleden immateriële schade op artikel 7:681 BW (kennelijk onredelijke opzegging van de arbeidsovereenkomst). De kantonrechter heeft de vorderingen, voor zover in eerste aanleg aan de orde, bij het eindvonnis afgewezen.

Het hof oordeelt als volgt. Werknemer is niet geslaagd in het bewijs dat sprake is van een valse of voorgewende reden. Anders dan werknemer meent, is het UWV wel degelijk juist geïnformeerd. Dat er nog een grote vordering was op de aandeelhouders, doet aan de bedrijfseconomische noodzaak niet af. Derhalve falen deze grieven.

Wat betreft het gevolgcriterium oordeelt het hof aldus. Voor zover werknemer de stelling heeft geponeerd dat werkgever reeds doordat zij het dienstverband met werknemer heeft opgezegd op een moment dat deze ernstig ziek was, in strijd heeft gehandeld met de eisen van goed werkgeverschap deelt het hof die visie niet. Dit staat echter los van het feit dat de ziekte van invloed moet zijn geweest op de mogelijkheden van werknemer om nieuw werk te vinden of nieuwe inkomsten te genereren. Die kansen moeten, mede gelet op de leeftijd van werknemer, op vrijwel nihil worden ingeschat. Derhalve is sprake van een kennelijk onredelijk

ontslag. Daarbij had werkgever ermee rekening moeten houden dat werknemer kort voor zijn ontslag een ernstige operatie heeft moeten ondergaan en dat niet verwacht kon worden dat hij spoedig een andere bron van inkomsten zou vinden. Gelet wordt tevens op de leeftijd van werknemer en zijn achtergrond. Het hof stelt de voorziening die werkgever had moeten treffen op een bedrag van € 30.000 bruto ten titel van suppleties op de werkloosheidsuitkering en/of mindere inkomsten, en pensioenschade. De vordering van werknemer tot betaling aan hem van het nettobedrag van € 10.576 wordt afgewezen, aangezien werknemer die vordering baseert op de doorwerkbonus en de heffingskorting waarvoor hij in aanmerking zou zijn gekomen indien hij niet zou zijn ontslagen en, zoals zojuist overwogen, hier niet een vergoeding aan de orde is van de schade ten gevolge van het ontslag als zodanig. Voor toekenning van een immateriële schadevergoeding ziet het hof evenmin plaats. De enkele omstandigheid dat werkgever werknemer ontslag heeft aangezegd op een moment dat hij ziek was, is daarvoor onvoldoende.

---

**Instantie:** Gerechtshof Amsterdam

**Datum uitspraak:** 21-05-2013

**ECLI:** ECLI:NL:GHAMS:2013:1552

**Zaaknummer:** 200.105.381/01

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

**Advocaten:** M.W. Veldhuijsen en H.B. Dekker

**Wetsartikelen:** 7:681 BW

RECHTSPRAAK

**B-Street B.V./Trend Uitzendburo B.V.**

***Inlenersvergoeding in algemene voorwaarden uitzendbureau niet onredelijk bezwarend. Arbeidsontwikkeling werknemer wordt niet gehinderd***

Trend exploiteert een uitzendbureau. Op 9 november 2004 heeft B-Street haar verzocht een commerciële binnendienstmedewerker ter beschikking te stellen. In de Algemene Voorwaarden van Trend staat dat indien de inlener binnen zes maanden de uitzendkracht zelf in dienst neemt, er een vergoeding verschuldigd is. Trend heeft aan B-Street als kandidate voorgesteld Z met wie B-Street op 23 november en 30 november 2004 gesprekken heeft gevoerd. B-Street is vervolgens met haar een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aangegaan. De arbeidsverhouding heeft op 1 januari 2005 een aanvang genomen. Trend vordert betaling van de in artikel 4 genoemde vergoeding.

Het hof oordeelt als volgt. B-Street voert onder meer aan (kort gezegd) dat artikel 4 van de Algemene Voorwaarden een onredelijk bezwarend beding is omdat dit voor Z een belemmering betekent om bij een derde in dienst te treden nu deze derde bij indienstneming van een uitzendkracht een vergoeding verschuldigd is aan het uitzendbureau. Ook hierin kan het hof niet meegaan. Zonder aanwijzingen van het tegendeel, welke door B-Street niet zijn gesteld, mag aangenomen worden dat Z in het kader van een nieuwe opdracht van Trend werkzaamheden zou kunnen uitoefenen die vergelijkbaar zijn aan de werkzaamheden die zij zou verrichten voor B-Street. Nu zij bij elke andere werkgever dan B-Street in dienst kon treden zonder dat die werkgever een vergoeding aan Trend verschuldigd was, werd zij door het beding dus niet in relevante mate in haar verdere arbeidsontwikkeling gehinderd. Daarentegen heeft Trend een commercieel belang dat zij haar uitzendkrachten bij haar opdrachtgevers kan laten werken zonder hen direct aan die opdrachtgevers te verliezen. Alles overziende is naar het oordeel van het hof geenszins sprake van een onredelijk bezwarend beding.

**Instantie:** Gerechtshof Amsterdam

**Datum uitspraak:** 07-05-2013

**ECLI:** ECLI:NL:GHAMS:2013:1459

**Zaaknummer:** 106.005.496/02

**Rechters:** E.J. van Sandick, R.F. Groos en H.Th. Bouma

**Advocaten:** R. Stekelenburg en N.J.M. Derks

**Wetsartikelen:** 6:233 BW

RECHTSPRAAK

## **Isbir/DB Services GmbH**

***Uitleg minimumloon Detacheringsrichtlijn. Forfaitaire looncompensatie telt mee bij vaststelling minimumloon. Door overheid gesubsidieerde ‘opbouw in vermogen’ (spaarloonregeling) telt niet mee bij vaststelling minimumloon, daar de prestatie tussen werkgever en werknemer wijzigt***

Isbir is sinds 1 januari 2004 in Duitsland als werknemer in de industriële schoonmaaksector werkzaam voor DB Services. Op deze arbeidsovereenkomst is de cao ETV DB Services Nord, dat op 30 juni 2007 moest zijn ingetrokken, van kracht gebleven tot en met 31 maart 2008. Conform deze cao heeft Isbir tot en met 31 maart 2008 een uurloon van € 7,56 en vanaf 1 april 2008 een uurloon van € 7,90. Ter compensatie van de periode tussen 1 juli 2007 en 31 maart 2008 heeft Isbir tweemaal een forfaitair bedrag ontvangen. Daarnaast past DB Services de zogenoemde ‘vermogensbevorderingsregel’ op Isbir toe (beleggingen in spaarverzekeringen en andere uitgestelde prestaties). Deze regelingen werden deels door de overheid gesubsidieerd. Isbir stelt dat hij een uurloon van € 7,87 en vervolgens van € 8,15 had moeten ontvangen op grond van algemeen verbindend verklaarde cao’s, in plaats van een uurloon van € 7,56, respectievelijk € 7,90. De verwijzende rechter wenst in wezen te vernemen of artikel 3 lid 1 tweede streepje sub c van Richtlijn 96/71 aldus moet worden uitgelegd dat loonbestanddelen als die welke in het hoofdgeding aan de orde zijn, en die bestaan in (1) twee forfaitaire betalingen, waartoe werd besloten in onderhandelingen over een collectieve arbeidsovereenkomst, en (2) een bijdrage aan de opbouw van vermogen (spaarloonregelingen e.d.), een bestanddeel vormen van het minimumloon.

Het Hof van Justitie EU oordeelt als volgt. Aangezien Richtlijn 96/71 geen harmonisatie beoogt van de stelsels tot vaststelling van de arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden in de lidstaten, kunnen deze op nationaal niveau vrijelijk een stelsel kiezen dat niet uitdrukkelijk in deze richtlijn wordt genoemd, mits daardoor het verrichten van diensten tussen de lidstaten niet wordt belemmerd (arrest Laval un Partneri, punt 68). Voorts zij eraan herinnerd dat artikel 3 lid 1 tweede alinea van Richtlijn 96/71 uitdrukkelijk bepaalt dat voor de toepassing van die richtlijn het in de eerste alinea van datzelfde lid 1 bedoelde minimumloon wordt



bepaald door de nationale wetgeving en/of praktijk van de lidstaat waar de werknemer ter beschikking is gesteld. In deze context moet worden vastgesteld dat Richtlijn 96/71 zelf geen enkel materieel aanknopingspunt bevat voor een definitie van het minimumloon. Derhalve valt de zorg voor de opstelling – met het oog op de toepassing van die richtlijn – van een definitie van de constitutieve bestanddelen van het minimumloon, onder het recht van de betrokken lidstaat, doch alleen voor zover deze definitie, zoals zij voortvloeit uit de toepasselijke nationale wetgeving of collectieve arbeidsovereenkomsten dan wel uit de uitlegging die daaraan wordt gegeven door de nationale rechterlijke instanties, niet tot gevolg heeft dat het verrichten van diensten tussen de lidstaten wordt belemmerd. In dit verband heeft het Hof reeds geoordeeld dat toeslagen en bijslagen die volgens de wetgeving of de nationale praktijk van de lidstaat waar de werknemer ter beschikking is gesteld geen bestanddeel van het minimumloon zijn en die een wijziging brengen in de verhouding tussen de prestatie van de werknemer en de tegenprestatie die hij daarvoor ontvangt, volgens Richtlijn 96/71 niet als bestanddelen van het minimumloon worden beschouwd (arrest Commissie/Duitsland, punt 39). Het Hof was van oordeel dat wanneer de werkgever in bijzondere omstandigheden verlangt dat de werknemer meer werk verricht of meer uren maakt, het immers normaal is dat de werknemer voor deze extra prestatie een vergoeding ontvangt, zonder dat deze in aanmerking wordt genomen voor de berekening van het minimumloon (reeds aangehaald arrest Commissie/Duitsland, punt 40). Derhalve kunnen enkel loonbestanddelen die geen wijziging brengen in de verhouding tussen de prestatie van de werknemer en de tegenprestatie die hij daarvoor ontvangt, in aanmerking worden genomen voor de berekening van het minimumloon in de zin van Richtlijn 96/71. In omstandigheden als aan de orde in het hoofdgeding, dient derhalve in de eerste plaats te worden vastgesteld dat de forfaitaire betalingen voor augustus 2007 en januari 2008, zoals de verwijzende rechter beklemtoont, de tegenprestatie lijken te vormen voor de normale activiteit van de betrokken werknemers, zoals voorzien in een algemeen verbindend verklaarde collectieve arbeidsovereenkomst, te weten het ETV DB Services Nord. Deze betalingen hebben weliswaar plaatsgevonden buiten de periode waarover zij worden geacht de prestatie van de betrokken werknemers te vergoeden, maar die omstandigheid heeft op zichzelf geen invloed op de kwalificatie van deze vergoedingen, voor zover partijen bij het ETV DB Services Nord een verhoging wilden invoeren van de lonen als tegenprestatie voor het werk, mede gelet op de nationale praktijk om bij onderhandelingen over een dergelijke overeenkomst en bij het aflopen van de vorige overeenkomst door middel van forfaitaire betalingen te anticiperen op de nieuwe loonschalen. Het staat evenwel aan de verwijzende rechter om na te gaan of een dergelijke kwalificatie daadwerkelijk beantwoordt aan de bedoeling van partijen bij die collectieve arbeidsovereenkomst.

Wat, in de tweede plaats, de bijdrage aan de opbouw van vermogen betreft, deze lijkt – gelet

op de doelstelling en kenmerken ervan zoals uiteengezet door de verwijzende rechter – een wijziging mee te brengen in de verhouding tussen de prestatie van de werknemer en de tegenprestatie die hij daarvoor ontvangt. Een dergelijke bijdrage moet, ook indien zij niet kan worden losgekoppeld van de arbeidsprestatie, worden onderscheiden van het loon in eigenlijke zin. Aangezien met deze bijdrage wordt beoogd, door het opbouwen van vermogen waarvan de werknemer op min of meer lange termijn profiteert, een doelstelling van sociaal beleid te verwezenlijken die met name wordt ondersteund door een financiële bijdrage door de overheid, kan zij niet worden geacht voor de toepassing van Richtlijn 96/71 te passen in het kader van de verhouding tussen de arbeidsprestatie en de financiële tegenprestatie die daarvoor wordt verlangd van de werkgever. Het staat aan de verwijzende rechter om uit te maken of dit in het bij hem aanhangige geding het geval is. Gelet op het voorgaande moet op de prejudiciële vragen worden geantwoord dat artikel 3 lid 1 tweede streepje sub c van Richtlijn 96/71 aldus moet worden uitgelegd dat het er niet aan in de weg staat dat loonbestanddelen die geen wijziging brengen in de verhouding tussen de prestatie van de werknemer enerzijds, en de tegenprestatie die hij daarvoor ontvangt anderzijds, een bestanddeel vormen van het minimumloon. Het staat aan de verwijzende rechter om uit te maken of dit bij de in het hoofdgeding aan de orde zijnde loonbestanddelen het geval is.

---

**Instantie:** Hof van Justitie van de Europese Unie

**Datum uitspraak:** 07-11-2013

**Zaaknummer:** C-522/12

RECHTSPRAAK

## **C1000 filialen B.V./werkneemster**

***Kassamedewerkster is volledig arbeidsongeschiktheid voor haar eigen functie en verricht zonder dit te melden gedurende twee halve dagen onbetaalde werkzaamheden (waarvoor zij arbeidsongeschikt is) voor een soortgelijk bedrijf als dat van werkgever. Voorwaardelijke ontbinding zonder toekenning vergoeding***

Werkneemster is sinds augustus 2008 in dienst van C1000 Filialen als verkoop/kassamedewerker. Zij was werkzaam in het filiaal Delft. Sinds september 2012 is werkneemster arbeidsongeschikt. De bedrijfsarts en arbeidsdeskundige hebben vastgesteld dat werkneemster volledig arbeidsongeschikt is voor haar eigen werk en in december 2012 is de re-integratie in het tweede spoor gestart bij AMK Groep. Op 2 juli 2013 is werkneemster op staande voet ontslagen, omdat zij zonder enig overleg met de bedrijfsarts of AMK gedurende twee dagen werkzaamheden heeft verricht bij een franchisenemer van C1000 Filialen (C1000 te Voorschoten). Thans verzoekt C1000 Filialen ontbinding van de arbeidsovereenkomst, primair wegens een dringende reden en subsidiair wegens een onherstelbare vertrouwensbreuk.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Nu het verzoek is ingediend onder de voorwaarde dat in een bodemprocedure komt vast te staan dat geen rechtsgeldig ontslag heeft plaatsgevonden, hetgeen betekent dat het op dezelfde grond gebaseerde ontslag op staande voet afgewezen wordt, moet ervan uitgegaan worden dat geen dringende reden aanwezig is. Het verzoek, voor zover gebaseerd op de primaire grond, wordt afgewezen. Wel is sprake van een onherstelbare vertrouwensbreuk, zodat de arbeidsovereenkomst wordt ontbonden. De vertrouwensbreuk en onherstelbare verstoring van de arbeidsverhouding zien op de door werkneemster verrichte werkzaamheden bij C1000 te Voorschoten. Geenszins is komen vast te staan dat de werkzaamheden bij C1000 te Voorschoten verricht zijn in het kader van een stage. Evenmin heeft werkneemster de bedrijfsarts of C1000 Filialen geraadpleegd. Dat er te weinig tijd zou zijn om AMK te informeren lijkt niet waarschijnlijk nu werkneemster beschikte over het mobiele nummer en het e-mailadres van haar contactpersoon bij AMK. Voorts staat vast dat werkneemster volledig arbeidsongeschikt was en dat zij op kosten van C1000 Filialen begeleid

werd naar ander werk bij een andere werkgever, het zogenaamde tweede spoor. Daarmee was zij definitief ongeschikt verklaard voor hetzelfde soort werk dat zij bij C1000 Filialen deed; terugkeer naar dergelijk werk was uitgesloten. Het was de bedoeling dat er gezocht werd naar overwegend zittend werk als telefoniste, receptioniste of baliemedewerkster. In die situatie gaat werkneemster solliciteren bij een soortgelijk bedrijf als dat van haar werkgever en gaat zij gedurende twee halve dagen (onbetaald) werk doen bij C1000 te Voorschoten. Het werk is in elk geval deels gelijk aan dat waarvoor zij volledig arbeidsongeschikt was. Daarmee heeft zij niet alleen haar eigen gezondheid in gevaar gebracht (zij had lichamelijke klachten na het werk in Voorschoten), maar ook het re-integratietraject. Gelet op voornoemd handelen van werkneemster is geen aanleiding om werkneemster een vergoeding toe te kennen.

---

**Instantie:** Rechtbank Den Haag

**Datum uitspraak:** 28-10-2013

**Zaaknummer:** 2345977/13-50598

RECHTSPRAAK

## **werkneemster/C1000 Filialen B.V.**

***Kassamedewerkster is volledig arbeidsongeschiktheid voor haar eigen functie en verricht zonder dit te melden gedurende twee halve dagen onbetaalde werkzaamheden (waarvoor zij arbeidsongeschikt is) voor een soortgelijk bedrijf als dat van werkgever. Ontslag op staande voet rechtsgeldig***

Werkneemster is sinds augustus 2008 in dienst van C1000 Filialen als verkoop/kassamedewerker. Zij was werkzaam in het filiaal Delft. Sinds september 2012 is werkneemster arbeidsongeschikt. De bedrijfsarts en arbeidsdeskundige hebben vastgesteld dat werkneemster volledig arbeidsongeschikt is voor haar eigen werk en in december 2012 is de re-integratie in het tweede spoor gestart bij AMK Groep. Op 2 juli 2013 is werkneemster op staande voet ontslagen, omdat zij zonder enig overleg met de bedrijfsarts of AMK gedurende twee dagen werkzaamheden heeft verricht bij een franchisenemer van C1000 Filialen (C1000 te Voorschoten). Werkneemster beroept zich op de vernietigbaarheid van het ontslag op staande voet. Zij stelt dat de toegepaste sanctie buitenproportioneel is voor zover haar überhaupt een verwijt valt te maken.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Het gegeven ontslag heeft betrekking op de door werkneemster verrichte werkzaamheden bij C1000 te Voorschoten. Geenszins is komen vast te staan dat de werkzaamheden bij C1000 te Voorschoten verricht zijn in het kader van een stage. Evenmin heeft werkneemster de bedrijfsarts of C1000 Filialen geraadpleegd. Dat er te weinig tijd zou zijn om AMK te informeren lijkt niet waarschijnlijk nu werkneemster beschikte over het mobiele nummer en het e-mailadres van haar contactpersoon bij AMK. Voorts staat vast dat werkneemster volledig arbeidsongeschikt was en dat zij op kosten van C1000 Filialen begeleid werd naar ander werk bij een andere werkgever, het zogenaamde tweede spoor. Daarmee was zij definitief ongeschikt verklaard voor hetzelfde soort werk dat zij bij C1000 Filialen deed; terugkeer naar dergelijk werk was uitgesloten. Het was de bedoeling dat er gezocht werd naar overwegend zittend werk als telefoniste, receptioniste of baliemedewerkster. In die situatie gaat werkneemster solliciteren bij een soortgelijk bedrijf als dat van haar werkgever en gaat zij gedurende twee halve dagen (onbetaald) werk doen bij

C1000 te Voorschoten. Het werk is in elk geval deels gelijk aan dat waarvoor zij volledig arbeidsongeschikt was. Daarmee heeft zij niet alleen haar eigen gezondheid in gevaar gebracht (zij had lichamelijke klachten na het werk in Voorschoten), maar ook het re-integratietraject. Onder al die omstandigheden is sprake van een dringende reden voor ontslag. Het ontslag kan niet buitenproportioneel genoemd worden. Volgt afwijzing van de vorderingen.

---

**Instantie:** Rechtbank Den Haag

**Datum uitspraak:** 28-10-2013

**Zaaknummer:** 2273293/13-24228

RECHTSPRAAK

**werkgeefster/werknemer**

***Ontbinding arbeidsovereenkomst topfunctionaris. Bij bepalen hoogte vergoeding wordt niet de kantonrechterformule, maar de regeling die is opgenomen in de WNT als uitgangspunt genomen. Toepassing van de in de WNT genoemde norm leidt niet tot apert onbillijk resultaat***

Werknemer is sinds 1988 in dienst van werkgeefster. Als directeur is hij verantwoordelijk voor de dagelijkse leiding en het bestuur van werkgeefster. Na een coachingstraject heeft werknemer aangegeven zijn directeurschap in de huidige vorm neer te leggen. Herplaatsing van werknemer is niet mogelijk gebleken. Thans verzoekt werkgeefster ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Werkgeefster verzoekt de vergoeding vanwege de toepasselijkheid van de WNT te maximeren op € 75.000 bruto. Gesteld wordt dat het langdurige disfunctioneren geheel in de risicosfeer van werknemer ligt. Voorts laat de financiële situatie van werkgeefster het niet toe een hogere vergoeding te betalen. Werknemer betwist het disfunctioneren en stelt dat de WNT niet van toepassing is, zelfs niet wanneer hij als topfunctionaris moet worden aangemerkt. Voorts stelt hij dat hij in de 25 jaar dat hij bij werkgeefster in dienst is, ongeveer 24 jaar erop heeft mogen rekenen dat in geval van ontbinding er een normale op de kantonrechtersformule gestoelde vergoeding zou worden uitgekeerd. In dat opzicht kan worden gesproken van opgebouwde rechten.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Nu geen vruchtbare samenwerking meer mogelijk is, wordt de arbeidsovereenkomst ontbonden. Vooropgesteld wordt dat werkgeefster onder de werkingssfeer van de WNT valt en werknemer als topfunctionaris dient te worden aangemerkt. Bij het bepalen van de hoogte van de vergoeding wordt niet de kantonrechterformule, maar de regeling in de WNT als uitgangspunt genomen. De daarin opgenomen maximering van de ontslagvergoeding vormt immers een in recente wetgeving verankerde neerslag van het maatschappelijk breed gedragen gevoel dat in de (semi)publieke sector in beginsel geen plaats meer is voor hoge ontslagvergoedingen die betaald worden uit publieke middelen. Beoordeeld wordt of de in de WNT genoemde norm in dit geval tot een apert onbillijk resultaat leidt. Geconcludeerd wordt dat dit niet het geval is. Dat sprake is van een opgebouwd recht ten aanzien van de toepassing van de

kantonrechtersformule met  $C=1$  wordt niet gevolgd. Een dergelijke vergoeding is afhankelijk van allerlei factoren die na verloop van tijd kunnen veranderen. De kantonrechter begrijpt dat het vervelend is voor werknemer dat hij door de nieuwe wetgeving een lagere vergoeding kan krijgen dan op grond van de kantonrechtersformule, maar dat maakt niet dat sprake is van een apert onbillijk resultaat. Dat van een zodanig disfunctioneren sprake is dat daarmee rekening moet worden gehouden bij het bepalen van de hoogte van de vergoeding, is door werkgeefster niet aannemelijk gemaakt. Volgt ontbinding onder toekenning van een vergoeding van € 75.000 bruto.

---

**Instantie:** Rechtbank Rotterdam

**Datum uitspraak:** 25-10-2013

**ECLI:** ECLI:NL:RBROT:2013:8418

**Zaaknummer:** 2358358 VZ VERZ 13-7109

**Rechters:** K.J. Bezuijen

**Advocaten:** U. Karatas, S. Bos en C.W.F. Jansen

**Wetsartikelen:** 7:685 BW, 1.1. WNT, 1.3 WNT en 2.10 lid 1 WNT



RECHTSPRAAK

**werknemer/werkgeefster**

***Opzegging arbeidsovereenkomst 48-jarige productiemedewerker na dienstverband van 22 jaar is niet kennelijk onredelijk. Dat werknemer beëindigingsovereenkomst niet heeft willen aanvaarden is zijn goed recht, maar dat betekent niet dat werkgeefster in strijd met goed werkgeverschap heeft gehandeld***

Werknemer is op 5 mei 1990 in dienst getreden bij (de rechtsvoorganger van) werkgeefster. Hij was laatstelijk werkzaam in de functie van productiemedewerker. Naar aanleiding van een reorganisatie is de functie van werknemer komen te vervallen. Aan werknemer is een beëindigingsovereenkomst aangeboden, waarvan onderdeel uitmaakt een beëindigingsvergoeding die is afgestemd met de OR (zijnde een aanvulling tot 100% van het huidige loon van werknemer op zijn WW-uitkering gedurende zes maanden). Met de OR is afgestemd dat deze vergoeding alleen wordt uitgekeerd in het geval overeenstemming wordt bereikt over een beëindigingsregeling. Werknemer heeft de beëindigingsovereenkomst niet geaccepteerd. Na verkregen toestemming is de arbeidsovereenkomst door werkgeefster opgezegd. Werknemer vordert primair vernietiging van het besluit van het UWV. Hij stelt dat de in het kader van de reorganisatie gecreëerde functie(s) onderling uitwisselbaar zijn met zijn huidige functie danwel dat hij in een van de nieuwe functies had moeten worden geplaatst omdat deze zijn te zien als passend. Verder stelt hij dat het ontslag kennelijk onredelijk is, omdat de gevolgen van het ontslag onevenredig zwaar voor hem zijn: hij is bijna 48 jaar oud, al 22 jaar in dienst en hij heeft eenzijdige werkervaring.

De kantonrechter oordeelt als volgt. De vordering tot vernietiging van het besluit van het UWV dient te worden afgewezen, nu het niet aan de kantonrechter is om een dergelijk besluit te vernietigen. Voorts is het afspiegelingsbeginsel niet van toepassing en zijn de nieuwe functies niet te beschouwen als passend voor werknemer. Werkgeefster heeft door in de gegeven omstandigheden over te gaan tot het ontslag van werknemer niet in strijd gehandeld met de verplichtingen die zij als goed werkgeefster heeft. Dat werknemer de door werkgeefster voorgestelde beëindigingsovereenkomst niet heeft willen aanvaarden is zijn goed recht, maar betekent niet dat werkgeefster haar plichten als goed werkgeefster heeft geschonden, ook al is

de hierin aangeboden vergoeding na opzegging niet aan de werknemer uitgekeerd. Volgt afwijzing van de vorderingen.

---

**Instantie:** Rechtbank Overijssel

**Datum uitspraak:** 19-09-2013

**Zaaknummer:** 660263 CV EXPL 13-852