

## Nieuwsbrief AR Updates - Nummer 48, 2013

Nummer 48, 2013

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

### INHOUDSOPGAVE

#### Hoge Raad

**Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2013:1469** 29-11-2013

werknemer/Aqua Fina c.s.

#### Hof

**Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2013:5656** 26-11-2013

X Transporten BV/werknemer

**Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2013:5635** 26-11-2013

Vleescentrale X BV/werknemer

**Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2013:8973** 26-11-2013

werkgever/erven van werknemer

**Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2013:4968** 09-07-2013

Vodafone Retail/werknemer

#### Rechtbank

**Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2013:7306** 22-11-2013

werknemer/werkgever

**Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2013:9106** 21-11-2013

werknemster/Werkvoorzieningschap Oostelijk Zuid-Limburg Ondersteuning B.V.

**Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2013:9373** 20-11-2013

X/Y

**Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2013:5650** 20-11-2013

Stichting Fokus Exploitatie/werkneemster

**Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2013:7224** 15-11-2013

werknemer/werkgeefster

**Rechtbank Zeeland-West-Brabant, ECLI:NL:RBZWB:2013:10543** 14-11-2013

werkgeefster/werknemer

**Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2013:6478** 29-10-2013

werkneemster/Canon Nederland B.V.

**Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2013:11293** 18-10-2013

Pure Fashion Wear B.V./werkneemster

**Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2013:11291** 16-10-2013

werknemer/werkgeefster

**Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2013:11290** 11-10-2013

werkgeefster/werkneemster

**Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2013:5887** 01-10-2013

werknemer/Container Terminal Groningen (CTG) B.V.

## **Antillen**

**Gerecht in Eerste Aanleg van Aruba, ECLI:NL:OGEEA:2013:29** 19-11-2013

werknemer/Hyatt Aruba NV

## **Uitspraken zonder ECLI**

**Hof van Justitie van de Europese Unie** 28-11-2013

Specht

*Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI*

**Hof van Justitie van de Europese Unie** 28-11-2013

Gomes Viana Novo/Fundo de Garantia Salarial IP

*Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI*

**Rechtbank Den Haag** 27-11-2013

werkneemster/Raad van Bestuur van het Uitvoeringsinstituut  
Werknemersverzekeringen

*Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI*

## **Annotatie**

**Alfahulp in dienst bij thuiszorg; wie volgt?**

*prof. mr. dr. W.L. Roozendaal*

ANNOTATIE

## **Alfahulp in dienst bij thuiszorg; wie volgt?**

***prof. mr. dr. W.L. Roozendaal***

Het Hof Arnhem-Leeuwarden heeft een gedurfde uitspraak gedaan over de alfahulp. De alfahulp heeft volgens het hof geen arbeidsovereenkomsten met de zorgbehoevenden, maar met de thuiszorgonderneming, hoewel die een zorgvuldige juridische constructie had opgezet volgens welke zij alleen maar bemiddelaar was. Het resultaat hiervan was dat niet de zorgbehoevenden, maar de thuiszorgonderneming het loon bij ziekte diende door te betalen. De vraag rijst of dit het einde inluidt van het fenomeen alfahulp. Of doemen er al weer nieuwe constructies op?

### **De uitspraak**

Een alfahulp brak in december 2008 haar pols en kon haar werk niet meer verrichten. Zij werkte bij verschillende cliënten via de bemiddeling van Beeuwkes Thuiszorg B.V., in totaal 26,5 uur per week. Beeuwkes zorgde voor de uitbetaling van het loon, maar staakte de loonbetaling toen de alfahulp zich ziek meldde. Namens de alfahulp is primair gesteld dat de thuiszorginstelling haar werkgever is en niet de cliënten bij wie zij werkte. Daarom zou de loondoorbetalingsplicht bij ziekte van artikel 7:629 lid 1 BW gelden, in geval van de alfahulp van 18 december 2008 tot en met 30 januari 2009. Subsidiair is loondoorbetaling van de instelling gevorderd gedurende zes weken op grond van artikel 7:629 lid 2 BW uit hoofde van de kassiersfunctie van Beeuwkes. De Kantonrechter Harderwijk (18 januari 2012, 371117 CV-EXPL 09-1088, ECLI:NL:RBZUT:2012:BV2123) wees de primaire grondslag van de vordering (summierlijk gemotiveerd) af met een verwijzing naar de bedoeling van Beeuwkes. Het was volgens de kantonrechter duidelijk dat die bedoeling niet was om een arbeidsovereenkomst te sluiten. Uit hoofde van de kassiersfunctie van Beeuwkes achtte de kantonrechter de loonvordering niettemin toewijsbaar over zes weken. Partijen zijn hiervan in hoger beroep gegaan.

Het hof citeert uitvoerig uit de documenten waarin de werkwijze van Beeuwkes gestalte krijgt. Onderdeel van die stukken is ten eerste een document 'Europese aanbesteding inzake Hulp

bij huishouding', waaruit blijkt welke eisen de gemeente Harderwijk stelt aan de uitvoerder van de krachtens de Wmo verplicht door de gemeente beschikbaar te stellen huishoudelijke hulp. Daaruit blijkt bijvoorbeeld dat de inschrijver garant moet staan voor de selectie van zorgverleners, de kwaliteit en de continuïteit van de dienstverlening door de zorgverlener. Voorts wordt geciteerd uit de raamovereenkomst tussen Beeuwkes en de gemeente, waarin onder andere de prijs per geleverd uur huishoudelijke hulp is vastgelegd. Het hof stelt vast dat de gemeente hulpbehoevenden die kiezen voor zorg in natura, onveranderlijk naar Beeuwkes verwijst, die vervolgens een geschikte zorgverlener zoekt uit een lijst met bij haar ingeschreven alfahulp. Beeuwkes heeft documenten opgesteld om zowel de zorgbehoevende (aangeduid als: cliënt) als de alfahulp te informeren over de gang van zaken en de juridische status van de relatie tussen alle betrokkenen. Daaruit blijkt de bemiddelende rol en de kassiersfunctie van Beeuwkes. In die documenten wordt vermeld dat de alfahulp geen recht heeft op loondoorbetaling bij ziekte en dat de alfahulp niet verplicht is verzekerd voor de werknemersverzekeringen. De zorgbehoevenden worden erop gewezen dat zij fungeren als werkgever van de alfahulp, en dat Beeuwkes alleen een bemiddelende functie heeft. Nadat Beeuwkes een zorgbehoevende en een alfahulp bij elkaar heeft gezocht, wordt een tweetal overeenkomsten gesloten, getiteld 'Arbeidsovereenkomst Alphahulp' tussen de zorgbehoevende en de alfahulp, en een 'Bemiddelingsservice-overeenkomst met betrekking tot de levering van Alpha-hulp' tussen de zorgbehoevende, de alfa-hulp en Beeuwkes. In de arbeidsovereenkomst wordt onder andere vermeld dat de alfahulp en de zorgbehoevende zelf regelen wanneer en hoe vaak de alfahulp komt werken, zij het dat de alfahulp op niet meer dan drie dagen per week werkzaamheden mag verrichten, om te verzekeren dat de alfahulp inderdaad niet verplicht verzekerd is in de werknemersverzekeringen. Vermeld wordt voorts dat alleen loon wordt betaald voor de daadwerkelijk gewerkte uren en dat een opzegtermijn van een week van toepassing is. In de bemiddelingsservice-overeenkomst wordt de bemiddelingsrol van Beeuwkes nog eens benadrukt, met de vermelding dat Beeuwkes dus geen werkgeversrol en -verantwoordelijkheid heeft.

Niettemin concludeert het hof toch dat Beeuwkes wel als werkgever van de alfahulp valt aan te merken. Het hof overweegt, onder verwijzing naar HR 13 juli 2007, *NJ* 2007/449 (STR/PGGM) en HR 25 maart 2011, *JAR* 2011/109 (Gouden Kooi), dat het zijn taak is te toetsen of de inhoud van de rechtsverhouding voldoet aan de criteria die gelden voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst. Daarbij moet acht worden geslagen op alle omstandigheden van het geval, in onderling verband bezien, en dienen niet alleen de rechten en verplichtingen in aanmerking te worden genomen die partijen bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stonden, maar dient ook acht te worden geslagen op de wijze waarop partijen uitvoering hebben gegeven aan hun overeenkomst en aldus daaraan inhoud hebben gegeven. Het hof oordeelt op grond van de wijze waarop van meet af aan uitvoering is gegeven aan de

overeenkomst, dat Beeuwkes en niet de zorgbehoevende moet worden gekwalificeerd als de werkgever, ondanks de door de zorgbehoevende en de cliënt gesloten schriftelijke 'arbeidsovereenkomst'. Het hof wijst daarbij met name op de volgende omstandigheden (r.o. 4.11, *nummering WR*):

- '1. dat Beeuwkes de alphahulpen werft in het kader van de uitvoering van (het pakket van) de zorgtaken die Beeuwkes jegens de gemeente op zich heeft genomen;
2. dat de organisatie van Beeuwkes feitelijk en juridisch (raamovereenkomst) is (in)gericht op het uitvoeren van haar verplichtingen jegens de gemeente, door middel van (onder meer) alphahulpen, waartoe zij alphahulpen werft en deze koppelt aan hulpgeïndiceerde cliënten;
3. dat Beeuwkes wel enige instructiebevoegdheid heeft jegens de alphahulpen, 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;
4. dat de verhouding tussen alphahulp en cliënt voor het overgrote deel (tevooren) is vastgelegd in door Beeuwkes opgestelde contracten;
5. dat na de bemiddeling door Beeuwkes sprake blijft van een voortdurende inhoudelijke en administratieve betrokkenheid van Beeuwkes bij de door de alphahulp verrichte werkzaamheden;
6. dat de hoogte van het loon wordt bepaald in de verhouding tussen de alphahulpen 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.'

In r.o. 4.12 voegt het hof hieraan toe, dat het feit 'dat de UWV en belastingdienst zich met betrekking tot de zogenoemde modelovereenkomst alphahulpen op het standpunt hebben gesteld dat niet de thuiszorginstelling maar de cliënt werkgever is, aan dit oordeel omtrent de civielrechtelijke verhoudingen tussen partijen niet af doet. Het geheel overziend, moet de verhouding tussen de alfahulp 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. 7:690 BW).'

### **Commentaar**

Het Hof Arnhem-Leeuwarden neemt een gedurfde stap, omdat het zo duidelijk voorbijgaat

aan de op papier gezette bedoelingen van partijen, en in de maatschappelijke realiteit aanknopingspunten zoekt om te beredeneren dat er tussen andere contractspartijen een arbeidsovereenkomst is gesloten dan de partijen in de ondertekende documenten. In zijn arrest geeft het hof zoals gezegd toepassing aan HR 13 juli 2007, *NJ* 2007/449 (STR/PGGM) en HR 25 maart 2011, *JAR* 2011/109 (Gouden Kooi). Ook in die uitspraken ging de rechter voorbij aan de door partijen op papier gehanteerde benaming voor hun rechtsverhouding. Ook al kwalificeren partijen de rechtsverhouding op papier anders, de feiten gaan voor de (juridische) fictie.

De stap is met name opmerkelijk omdat Beeuwkes de inrichting van de driehoeksverhouding had ontleend aan een door het UWV en de Belastingdienst geaccordeerde constructie. Het UWV en de Belastingdienst zullen het oordeel dat er sprake is van een arbeidsrelatie, moeten overnemen als de Hoge Raad het oordeel van het hof deelt. De Hoge Raad trekt immers één lijn in arbeidsrechtelijke, socialezekerheidsrechtelijke en fiscale zaken (zie hierover het al genoemde arrest Gouden Kooi, en HR 17 februari 2012, *ECLI:NL:HR:2012:BU8926*, *AR* 2012-0431, met commentaar L. van den Berg). Of de zaak voor cassatie wordt aangebracht, moet nog worden afgewacht.

Voor welke arbeidsrelaties heeft deze uitspraak betekenis? Het opvallende kenmerk van de driehoeksverhouding in deze zaak was dat de condities waartegen gecontracteerd kon worden met Beeuwkes maar ook tussen de cliënt en de alfhulp, bijna volledig door Beeuwkes bepaald werden. Dat is mijns inziens een gezichtspunt dat ook in andere arbeidsrelaties een rol kan spelen. Ook in andere arbeidsrechtelijke driehoeksverhoudingen waarbij sprake is van een zeer beperkte onderhandelingsruimte tussen de formele contractspartijen omdat een derde (de 'materiële opdrachtgever') feitelijk de zeggenschap heeft over de vormgeving van de relatie, kan langs de redenering van het hof die derde als werkgever ex artikel 7:610 BW worden gekwalificeerd (zie J.P.H. Zwemmer, *Pluraliteit van werkgeverschap* (diss. Amsterdam UvA), p. 27-31). Zo oordeelden dit jaar rechters in Enschede, Almelo, Den Haag en Amsterdam bij payrollconstructies, waar de inlener feitelijk alle onderhandelingsruimte tussen het payrollbedrijf en de payrollwerknemer bepaalt, de inlener en niet het payrollbedrijf moest worden gekwalificeerd als de werkgever ex artikel 7:610 BW (zie *Ktr. Enschede* 21 maart 2013, *ECLI:NL:RBONE:2013:BZ5108*, *Ktr. Almelo* 13 mei 2013, *ECLI:NL:RBOVE:2013:CA1178*, *Rb. Den Haag* 26 juni 2013, *ECLI:NL:RBDHA:2013:7749* en *Ktr. Amsterdam* 3 september 2013, *ECLI:NL:RBAMS:2013:6063*).

Volledigheidshalve teken ik aan dat in al deze uitspraken, inclusief de onderhavige uitspraak inzake Beeuwkes, sprake was van een situatie waarin de feitelijke verhoudingen naar het oordeel van de rechter van meet af aan al niet spoorden met de kwalificatie op papier. Dat was anders in bijvoorbeeld ABN AMRO/Malhi, waarin een uitzendwerknemer bepleitte dat na

langdurige tewerkstelling bij dezelfde inlener, de relatie met de inlener mocht worden aangemerkt als een arbeidsovereenkomst. Daarin overwoog de Hoge Raad dat de rechtszekerheid zich ertegen verzet dat de relatie tussen partijen zich geruisloos wijzigt van een inleenverhouding naar een arbeidsovereenkomst, terwijl voor geen van de partijen duidelijk zou zijn vanaf wanneer die wijziging zich zou hebben voltrokken (HR 5 april 2002, *JAR* 2002/100).

De betekenis van de uitspraak is uiteraard vooral groot in het domein van de gesubsidieerde zorg aan huis. De relevante aanknopingspunten zijn immers grotendeels typisch voor alfahulpen, met name punt 1 en 2, en in mindere mate punt 6. De door het hof genoemde gezichtspunten golden in ieder geval tot 1 januari 2010 voor een groot aantal alfahulpen. De casus speelde voor die datum. Vanaf die datum is de Wmo gewijzigd met als doel om zorgbehoevenden niet ongewild de werkgevers- of opdrachtgeversrol op te dringen. De vraag is of deze situatie zich thans nog veel voordoet. In het navolgende verduidelijk ik eerst de wettelijke basis en gehanteerde aanstellingen bij zorgverlening in de thuiszorg. Vervolgens ga ik in op maatschappelijke ontwikkelingen in de thuiszorg die leidden tot veranderingen in wet- en regelgeving omstreeks 2009. Ten slotte ga ik na voor welke categorie aanstellingen in de thuiszorg de onderhavige uitspraak relevant is.

### **Zorg aan huis in AWBZ en Wmo**

Langdurig zorgbehoevenden kunnen op grond van de AWBZ aanspraak maken op persoonlijke verzorging thuis (art. 2 Besluit zorgaanspraken AWBZ). Op grond van de Wmo kunnen zij ondersteuning krijgen voor eenvoudige huishoudelijke taken (art. 5 Wmo). Sinds 1995 bestaat daarbij de keus tussen het persoonsgebonden budget en zorg in natura. Met het pgb kan de zorgbehoevende die daarvoor kiest, zelf zorg inkopen en daartoe overeenkomsten sluiten met zorgverleners naar keuze. Een pgb-houder kan bijvoorbeeld zijn of haar partner of een familielid aanstellen als zorgverlener, bij zorg in natura kan dat niet.

Zorgverleners in de thuishulp worden vaak aangeduid als 'alfahulp'. De naam is ontleend aan de eenvoudige persoonlijke zorg die ooit in de AWBZ met een alfa werd aangeduid, ter onderscheiding van de meer complexe medische zorg die met een bèta werd aangeduid. De term wordt, verwarrend genoeg, ook wel gebruikt ter aanduiding van een bepaald soort aanstelling. Dit is verwarrend omdat met 'alfahulp' aldus soms wordt gedoeld op het soort werkzaamheden en soms op het soort aanstelling, terwijl dit niet per se samenvalt. De zorgverlener wordt soms ook aangeduid als 'pgb'er'. Van een pgb'er wordt uiteraard gesproken als de cliënt aan wie de zorg wordt verleend een pgb-houder is. In het navolgende zal ik deze termen alleen gebruiken als aanduiding van de soort zorg (huishoudelijke hulp of hulp aan een pgb-houder) en niet als aanduiding van de soort aanstelling.

De zorgverleners (zowel alfahulpen als pgb'ers) kunnen juridisch gezien op verschillende manieren aangesteld zijn. De betreffende zorg kan worden verricht door zorgverleners die als werknemer in dienst zijn bij een thuiszorgonderneming. De zorgverlener kan ook in dienst zijn bij de zorgbehoevende. Deze aanstelling kan een arbeidsovereenkomst zijn, maar ook een overeenkomst van opdracht (ovo). In het geval van een arbeidsovereenkomst, kan de zorgverlener binnen de uitzonderingscategorie van deeltijd huishoudelijk personeel vallen, als hij of zij op minder dan vier dagen in de week bij dezelfde zorgbehoevende thuis werkzaam is. In dat geval is een 'verdund' sociaalrechtelijk regime van toepassing, ook wel aangeduid als de Regeling Dienstverlening aan huis (RDAH), op grond waarvan bijvoorbeeld artikel 6 BBA en de werknemersverzekeringen niet van toepassing zijn (zie hierover het commentaar van L. van den Berg in AR 2013-0736). Als de zorgverlener werkzaam is op overeenkomst van opdracht, is uiteraard nog minder sociaalrechtelijke bescherming van toepassing. Deze verdunde sociaalrechtelijke bescherming is een belangrijke verklaring voor de complexiteit van de aanstellingen van zorgverleners in de thuiszorg. Ik ga hierna vooral in op het RDAH-probleem, om de omvang van deze bijdrage te beperken. Aan het einde kom ik nog even terug op de zzp'er in de thuiszorg.

### **Ontwikkelingen in de thuiszorg**

Een aanstelling op RDAH is doorgaans goedkoper voor de financier van de zorg (zorgverzekeraars voor de AWBZ en gemeenten voor de Wmo) zoals gezegd vanwege het ontbreken van veel sociaalrechtelijke bescherming. Om van die voordelen gebruik te kunnen maken, moet de zorgverlener bij de particuliere zorgbehoevende 'in dienst' zijn. Voor een groot deel van de zorgbehoevenden is het echter bezwaarlijk om 'echt' als werkgever op te treden, bijvoorbeeld omdat de administratieve afwikkeling van de zorgcontracten en de verantwoordingsplicht aan de financier te ingewikkeld is. De zorgbehoevenden hebben niet voor niets zorg nodig; zij kunnen zichzelf niet redden, en voor velen zijn de klachten niet alleen lichamelijk.

Voor dit probleem zijn in het verleden oplossingen gezocht die erop gericht waren het sociaalrechtelijk verdunde regime te behouden maar de zorgbehoevende te ondersteunen in zijn rol als werkgever. Thuiszorgondernemingen hebben met het oog daarop, veelal met instemming van de financiers van de zorg, Belastingdienst en UWV, een 'bemiddelingsrol' op zich genomen tussen de zorgbehoevende en de zorgverlener, waarbij zij feitelijk alle 'papierwerk' uit handen namen van de zorgbehoevende, terwijl die laatste juridisch gezien wel werkgever/opdrachtgever bleef. De onderhavige casus is een goed voorbeeld van de manier waarop dit werd gedaan. In dit geval ging het om bemiddeling bij 'zorg in natura', maar de bemiddelingsrol kan ook worden geboden bij het persoonsgebonden budget. Daarnaast levert de SVB ondersteuning aan pgb'ers, maar die ondersteuning is veel minder omvattend dan de



bemiddeling van de thuiszorgondernemingen, zodat ik die verder buiten beschouwing laat.

Het aanstellen van zorgverleners ‘in dienst van’ de zorgbehoevenden, zij het voor zorg in natura of op pgb, heeft vanwege de sociaalrechtelijke voordelen een grote vlucht genomen (zie L. Bijleveld en E. Cremers, *Een baan als alle andere? De rechtspositie van deeltijd huishoudelijk personeel*, Vereniging voor Vrouw en Recht 2010, p. 74). Dit is met name het geval sinds gemeenten uit hoofde van de Wmo sinds 2007 aanbestedingsprocedures moesten volgen om zo goedkoop mogelijke huishoudelijke hulp te contracteren. Thuiszorgondernemingen die erin slaagden veel zorgverleners op RDAH-aanstelling aan te stellen, konden immers goedkoper offrenen dan thuiszorgondernemingen die de zorgverleners zelf in dienst hadden.

De constructie waarin de zorgverlener op arbeidsovereenkomst met de zorgverlener werkzaam was bleek echter toch te gaan knellen. Hoe verdund het regime ook, en hoe veelomvattend de ondersteunende rol van SVB en met name thuiszorgondernemingen, toch bleven er nog werkgeversverplichtingen. Er moeten immers ook bij aanstelling volgens de RDAH, opzegtermijnen in acht worden genomen of, als men dat niet wil of kan, ontbindingsprocedures gevoerd; er moet zes weken loon worden doorbetaald bij ziekte; er is een recht op vakantie en doorbetaling van loon tijdens de vakantie; en er is een recht op loon op grond van artikel 7:628 BW bij plotselinge opname in het ziekenhuis van de zorgbehoevende. Sommige zorgbehoevenden stelden de zorgverlener aan op meer dan drie dagen per week, zodat zelfs het volledige sociaalrechtelijke regime van toepassing was. Het probleem bleek dat de financier veelal niet bereid was deze verplichtingen te vergoeden, zodat de zorgbehoevende zelf in de buidel moest tasten, of dat de financier deze uitgaven in mindering bracht op het te besteden budget, waardoor uiteindelijk minder zorg vergoed werd. Rechters losten dit niet zelden op door de werkgeversverplichtingen naar beneden bij te stellen gelet op de hoedanigheid van de werkgever (zie voor een recent voorbeeld inzake een pgb’er, Hof Arnhem-Leeuwarden 17 september 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:6871; met commentaar L. van den Berg, AR 2013-0736; zie uitvoerig R.L. van Eerde, ‘De persoonsgebonden budgethouder als gedwongen werkgever’, SR 2005, 60). Nog afgezien van de financiële gevolgen bleek bovendien dat lang niet alle zorgbehoevenden zich van hun juridische rol als werkgever/opdrachtgever bewust waren geweest en dit door hen als belastend werd ervaren.

### **Ontwikkelingen in wet- en regelgeving**

Dit leidde tot een wetswijziging in de Wmo die per 1 januari 2010 is ingegaan (*Stb.* 2009, 346; zie hierover J.A. Jansen, ‘De cliënt in de zorg als opdrachtgever in het naturamodel’, *TvGr* 2010/1, p. 39-41). Krachtens artikel 6 en 6a Wmo mag de zorgbehoevende nu nog steeds kiezen tussen een pgb of zorg in natura, maar alleen als hij kiest voor het pgb, mag hij

geconfronteerd worden met een werkgevers/opdrachtgeversrol. Artikel 6 lid 2 laatste volzin Wmo bepaalt met zoveel woorden dat indien een derde de voorziening in natura verricht, het college van burgemeester en wethouders er zorg voor draagt dat op de persoon die de voorziening in natura ontvangt, geen werkgevers- of opdrachtgeversverplichtingen komen te rusten. Het college van burgemeester en wethouders heeft bovendien krachtens artikel 6a Wmo de verplichting om de zorgbehoevenden vooraf in duidelijke en begrijpelijke bewoordingen in te lichten over de gevolgen van de keuze voor een individuele voorziening in natura, een persoonsgebonden budget, waaronder de vergoeding voor een arbeidsverhouding als bedoeld in artikel 5 lid 1 Wet op de loonbelasting 1964, of de financiële tegemoetkoming. De financiële tegemoetkoming is een instrument dat oorspronkelijk bedoeld is voor vergoeding van woonvoorzieningen (bijv. aanpassing van de woning). De wet laat de ruimte om dit te gebruiken voor vergoeding van huishoudelijke hulp, en sommige gemeenten hebben dit mogelijk gemaakt met zogeheten alfa-cheques of dienstencheques (M. Brink en H. Vissee, 'Arbeidsmarktgevolgen van de wetswijziging Wmo voor alfa-hulpen', Regioplan februari 2011, p. 17). Over de alfacheque is nog weinig bekend. Ik heb geen voorbeelden gevonden waaruit blijkt welke achterliggende juridische constructie gemeenten daarbij voor ogen hebben. Mogelijk gaat het om een vorm van pgb.

Te verwachten valt dat gelet op de besproken ontwikkelingen, het aantal pgb-houders gaat stijgen ten opzichte van de zorg in natura, omdat de gemeente er baat bij heeft als zorgbehoevenden kiezen voor een pgb (of alfacheque) in plaats van voor zorg in natura, zij het dat het pgb wel fraudegevoeliger is. Uit het onderzoek van Regioplan blijkt dat sommige gemeenten inderdaad het pgb aanmoedigen, en in die gemeenten is het percentage pgb-houders aanzienlijk hoger dan elders (50% versus gemiddeld 20%, zie p. 33).

Ook in de AWBZ werd het als problematisch ervaren dat zorgbehoevenden die kozen voor zorg in natura, toch opgezadeld werden met werkgeverschap of opdrachtgeverschap. De minister van VWS stelde zich omstreeks 2009 in navolging van de rechter (o.a. Rb. Den Haag 4 februari 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BH1818) op het standpunt dat zorg in natura op grond van de AWBZ niet door individuele zorgverleners geleverd kon worden, maar alleen door instellingen. Dat betekende dat de constructie waarbij een thuiszorgonderneming 'slechts' bemiddelde bij het tot stand komen van een zorgovereenkomst tussen een zorgbehoevende en een zorgverlener ter verlening van zorg in natura, niet meer werd aanvaard. De Belastingdienst en het UWV namen deze zienswijze over, en beschouwen de individuele zorgverlener thans in beginsel als werknemer van de thuiszorgonderneming als het gaat om zorg in natura (zie *Kamerstukken II* 2009-10, 30 597, nr. 155).

### **Reikwijdte onderhavige uitspraak**

Wat is nu, gelet op deze wijzigingen in wet en beleid, de reikwijdte van de onderhavige uitspraak in de thuiszorg? Het probleem dat de zorgbehoevende de werkgeversrisico's loopt terwijl de 'bemiddelende' instantie feitelijk de gang van zaken bepaalt, zou zich immers sinds 2010 veel minder voor moeten doen. Als zich dat toch voordoet bij zorg in natura, kan de zorgverlener zich zonder meer op deze uitspraak beroepen om een dienstbetrekking met de thuiszorginstantie te bepleiten. Maar een dergelijke situatie kan volgens het gewijzigde beleid in beginsel alleen nog voorkomen bij pgb'ers en bij zorgverleners die worden ingeschakeld via een alfacheque.

Op welke manier is deze uitspraak relevant voor de pgb'er? Ten eerste kan een pgb'er die formeel in dienst is van een zorgbehoevende met de onderhavige uitspraak in de hand betogen dat in werkelijkheid een arbeidsovereenkomst tussen de pgb'er en de bemiddelende thuiszorgonderneming tot stand is gekomen. Ook bij pgb'ers kan de thuiszorgonderneming namelijk een bemiddelende rol spelen. Als de thuiszorgonderneming daarbij net zo weinig onderhandelingsruimte laat aan pgb'er en zorgbehoevende als in de onderhavige casus, dan kan de thuiszorgonderneming als werkgever aangemerkt worden.

Ten tweede kan de pgb-houder zich beroepen op de niet-nakoming van een inlichtingenplicht. Zoals vermeld heeft de gemeente in artikel 6a Wmo een inlichtingenplicht gekregen om te voorkomen dat pgb-houders niet weten waar ze aan beginnen. Door de Wmo-rgb-houder die onverwacht wordt geconfronteerd met ongewenste werkgeversverplichtingen, kan nu worden gesteld dat hij onvoldoende was voorgelicht over de gevolgen van zijn keuze voor een pgb. Vervolgens kan hij de gemeente voor de gevolgen aansprakelijk stellen. De onderhavige uitspraak biedt steun aan de gedachte dat aan de inlichtingenplicht niet snel zal zijn voldaan, nu in deze zaak partijen op papier althans zo volledig zijn ingelicht en zelfs hebben ingestemd, en de rechter daar toch aan voorbijgaat.

Ten derde kan de uitspraak wellicht worden benut door zorgverleners die via bemiddeling van een thuiszorgonderneming hulp verlenen aan particulieren die dit uit eigen middelen betalen. Het voor eigen risico inkopen van thuiszorg zal zich in de toekomst mogelijk vaker voor gaan doen, want er zijn plannen om het vergoeden van huishoudelijke hulp in de Wmo met zo'n 40% terug te dringen. Een deel van de zorgbehoevenden klopt dan misschien toch voor eigen rekening bij de thuiszorgondernemingen aan. De onderhavige uitspraak leent zich mijns inziens iets minder goed voor analoge toepassing in een dergelijk geval. Het ontbreken van werkgeversgezag hing in dit geval immers voor een deel samen met het gegeven dat de relatie met de gemeente de onderhandelingsruimte van thuiszorgonderneming en zorgbehoevende sterk beperkte. Dat ligt uiteraard heel anders als de zorgbehoevende de zorg uit eigen middelen financiert.

### **De zzp'er in de thuiszorg**

Inmiddels zijn er weer nieuwe ontwikkelingen waar te nemen op grond waarvan toch weer wordt gezocht naar meer ruimte voor de aanstelling van zorgverleners zonder sociale bescherming. Zoals gezegd was het beleid van de minister in de AWBZ er vanaf 2009 op gericht om het verlenen van zorg in natura door individuele zorgverleners terug te dringen. Dit leidde tot protesten bij een deel van de thuiszorgverleners, die nu juist liever zonder de tussenkomst van een thuiszorginstantie wilden werken en gesteld waren op hun rol als zelfstandige. Hun belangen worden onder andere behartigd door de stichting Alphiatros. De minister heeft het thans bij wijze van landelijke pilot mogelijk gemaakt om AWBZ-zorg in natura toch door een individuele zorgverlener te laten verrichten. De individuele zorgverlener kan zonder tussenkomst van een thuiszorginstelling een overeenkomst van opdracht sluiten met een zorgkantoor (dit is de verzekeraar die aangewezen is om de AWBZ-zorg uit te voeren in een bepaalde regio). De fiscus heeft een raamovereenkomst opgesteld waaruit blijkt welke afspraken door partijen gemaakt moeten worden om niet als arbeidsrelatie te worden aangemerkt ('Raamovereenkomst AWBZ zzp'er – Zorgkantoor'). Volgens de fiscus is er in een dergelijke relatie geen dienstbetrekking met het zorgkantoor maar een overeenkomst van opdracht, en ontstaat er ook tussen de zorgbehoevende en de zorgverlener een overeenkomst van opdracht.

Dit doet weer allerlei vragen rijzen. Kan met deze constructie in alle gevallen het ontstaan van een arbeidsovereenkomst tussen de zorgkantoor en zorgverlener en/of tussen zorgbehoevende en zorgverlener wel worden voorkomen? Welke voordelen heeft het zorgkantoor bij contractering met individuele zorgverleners? Zal er geen druk ontstaan op zorgbehoevenden en individuele zorgverleners om met deze nieuwe constructie in zee te gaan? Worden zorgbehoevenden aldus wel voldoende beschermd tegen de juridische complicaties van het werkgeverschap/opdrachtgeverschap?

### **Tot slot**

Het ziet er naar uit dat het probleem de wereld nog niet uit is. Een belangrijke oorzaak van dit probleem is dat (concurrentie)voordelen kunnen worden behaald door een bepaalde categorie werknemers uit te sluiten van sociale bescherming. Zolang het mogelijk is om deeltijd huishoudelijk personeel uit te sluiten van bescherming mits ze in dienst zijn bij een particulier, blijft het aantrekkelijk om juridische constructies te verzinnen waarbij dat het geval is, en is het wachten op de volgende creatieve oplossing. De rechtvaardiging van deze indirecte discriminatie op grond van geslacht laat veel te wensen over, zoals al door velen is aangetoond (zie o.a. Bijleveld en Cremers 2010). Het wordt tijd dat hier eens een punt achter gezet wordt, niet alleen in het belang van de zorgbehoevenden, maar ook in het belang van de

zorgverleners. In dat verband valt alvast te wijzen op het wetsvoorstel Werk en Zekerheid (p. 61). Daarin belooft de minister om op verzoek van de Stichting van de Arbeid bij ministeriële regeling te bepalen dat voor de zorgsector afwijking van artikel 7:628 BW niet kan worden overeengekomen, om nulurencontracten te voorkomen.

RECHTSPRAAK

**werknemer/Aqua Fina c.s.**

***Herroeping van arbitraal vonnis (art. 1068 Rv) wegens bedrog naar analogie van herroeping beschikking (art. 382 Rv).***

***Gruijthuijsen/Rabobank van overeenkomstige toepassing.***

***Aandeelhouders niet gehouden € 25.500.000 aan contractuele schadevergoeding te betalen***

Werknemer is vanaf 2000 in dienst van Terra Fina. Hij is voor tien jaar aangesteld als statutair directeur. In de arbeidsovereenkomst is bepaald dat hij recht heeft op een schadevergoeding van DM 50.000.000 (iets meer dan € 25.500.000) bij voortijdige beëindiging van de arbeidsovereenkomst, anders dan wegens een dringende reden (art. 8). Deze aanspraak uit artikel 8 kan hij ook te gelde maken jegens de aandeelhouders (en de achterliggende aandeelhouders (in persoon)) van Terra Fina. In de arbeidsovereenkomst is voorts bepaald (art. 15) dat geschillen inzake deze overeenkomst worden voorgelegd aan een arbitragecommissie. Aqua Fina heeft 24% van de aandelen in Terra Fina en Terra Fina GmbH de overige aandelen. In 2001 heeft Aqua Fina een licentieovereenkomst met Terra Fina onmiddellijk opgezegd wegens wanprestatie van Terra Fina waarna Terra Fina in 2004 wegens gebrek aan baten is ontbonden. In 2002 heeft werknemer voor het scheidsrecht hoofdelijke veroordeling van Terra Fina, Aqua Fina (en haar aandeelhouders) en Terra Fina GmbH gevorderd inzake de nakoming van de contractuele schadevergoeding. (Pas) in 2010 komt het scheidsrecht tot een oordeel en wijst de vorderingen van werknemer toe. In 2011 heeft de rechtbank het arbitrale vonnis van het scheidsrecht vernietigd wegens ontbreken van een geldige arbitrageclausule (art. 1065 Rv). Daartoe overwoog het hof als volgt. Werknemer had de verwerving van de aandelen door hemzelf in Terra Fina GmbH (later PHBG genoemd), zijn positie van 'Geschäftsführer' in die vennootschap en het beëindigen van de activiteiten van PHBG (rechtsopvolger van Terra Fina GmbH) moeten melden, mede gelet op het feit dat Terra Fina AG in 2004 bij gebrek aan baten werd ontbonden en dat PHBG op 3 augustus 2005 is opgeheven (oftewel, steeds failleren de vennootschappen waar werknemer bestuurder van is). Terra Fina AG is de vennootschap waarmee werknemer de gewraakte arbeidsovereenkomst heeft gesloten en Terra Fina GmbH/PHBG was

grootaandeelhouder in Terra Fina AG. Beide vennootschappen waren wederpartij van werknemer in de arbitrage, terwijl Terra Fina AG als werkgever van werknemer de contractuele en meest voor de hand liggende schuldenaar van werknemer was van de door hem gepretendeerde vordering. In cassatie klaagt werknemer onder meer over de aangelegde maatstaf door het hof inzake 'bedrog gepleegd in het geding'.

De advocaat-generaal (Wuisman) concludeert als volgt. De regeling in artikel 1068 lid 1 sub a Rv van de mogelijkheid van herroeping van een arbitraal vonnis in het geval dit vonnis geheel of ten dele berust op – na de uitspraak ontdekt – bedrog dat door of met medeweten van de wederpartij in de arbitrale procedure is gepleegd, vertoont sterke gelijkenis met de regeling in artikel 382 sub a Rv inzake herroeping van een in kracht van gewijsde gegaan vonnis van de overheidsrechter in het geval dat het vonnis berust op bedrog dat door de wederpartij in het geding is gepleegd. De rechtspraak met betrekking tot artikel 382 sub a Rv leent zich voor analoge toepassing op artikel 1068 lid 1 sub a Rv en vice versa. De uitleg die de Hoge Raad aan het begrip bedrog in de artikelen 382 sub a en 1068 lid 1 sub a Rv geeft, is ruimer dan de uitleg die aan het begrip bedrog wordt gegeven in het kader van de vernietiging van een rechtshandeling op grond van bedrog (art. 3:44 BW). Onder bedrog als grond voor herroeping van een arbitraal vonnis valt ook het verzwijgen van relevante informatie (vgl. ook HR 19 december 2003 (Gruijthuisen/Rabobank)). Naar het oordeel van de A-G heeft het hof een juiste maatstaf aangelegd en zijn de omstandigheden (het niet vermelden dat werknemer tot bestuurder van PHBG is benoemd, de verwevenheid van rechtspersonen, enz.) voldoende om bedrog aan te nemen.

De Hoge Raad oordeelt als volgt. De in de middelen 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:** 29-11-2013

**ECLI:** ECLI:NL:HR:2013:1469

**Zaaknummer:** 12/05721

**Rechters:** E.J. Numann, A.H.T. Heisterkamp, M.A. Loth, C.E. Drion en G. Snijders

**Advocaten:** H.H.M. Meijroos, A. Ramsoedh, R.P.J.L. Tjittes en J. den Hoed

**Wetsartikelen:** 1068 Rv en 382 Rv

RECHTSPRAAK

**Gomes Viana Novo/Fundo de Garantia Salarial IP**

***Richtlijn 2002/74 dwingt niet tot een loongarantiestelsel (loonbetaling na insolventie werkgever) die loonaanspraken vóór referentieperiode (zes maanden) insolventie werkgever honoreert, om de enkele omstandigheid dat werknemers een loonvorderingsprocedure hebben gestart voor datum insolventie. Opzegging werknemers voor insolventie wegens betalingsonmacht werkgever geeft nog geen ‘band tussen de insolventie en onvervulde loonaanspraken’***

Aangezien de werkgever van Gomes Viana Novo (en 17 van haar collega's) vanaf april 2003 was opgehouden loon te betalen, hebben zij op 15 september 2003 hun arbeidsovereenkomst opgezegd, zoals de ter zake geldende nationale wettelijke regeling hun daartoe het recht gaf. Op 10 februari 2004 hebben Gomes Viana Novo e.a. bij de arbeidsrechtbank te Barcelos (Portugal) een vordering ingesteld tot vaststelling van het bedrag van hun loonaanspraken en verkrijging van de gedwongen invordering daarvan. Hun verzoek is ingewilligd. Omdat de goederen die het vermogen van de werkgever vormden, niet toereikend waren om deze loonaanspraken te voldoen, hebben Gomes Viana Novo e.a. op 28 november 2005 een procedure tot insolventverklaring van de werkgever ingesteld bij de handelsrechtbank te Vila Nova de Gaia. Nadat de insolventie was vastgesteld, werden de loonaanspraken geregistreerd. Op 26 juli 2006 hebben Gomes Viana Novo e.a. het FGS (het nationale waarborgfonds) om honorering van hun aanspraken verzocht. Bij beschikkingen van 21 en 26 december 2006 heeft de president van het FGS deze verzoeken afgewezen op grond dat de betrokken aanspraken meer dan zes maanden vóór de inleiding van de procedure tot insolventverklaring van de werkgever opeisbaar waren geworden, dat wil zeggen vóór de in artikel 319 lid 1 van wet 35/2004 van 29 juli 2004 bedoelde referentieperiode. De verwijzingsrechter heeft de volgende prejudiciële vraag aan het hof gesteld: 'Dient het recht van de Unie in het concrete kader van de waarborg van loonaanspraken bij insolventie van de werkgever, met name de artikelen 4 en 10 van [de gewijzigde Richtlijn 80/987], aldus te worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een bepaling van nationaal recht die uitsluitend aanspraken waarborgt die opeisbaar zijn geworden gedurende de periode van zes maanden vóór de indiening van het verzoek tot



insolventverklaring van de werkgever, ook wanneer de werknemers bij de arbeidsrechtbank een vordering tegen hun werkgever hebben ingesteld met het oog op de gerechtelijke vaststelling en de gedwongen invordering van de verschuldigde bedragen?’

Het Hof van Justitie EU oordeelt als volgt. Bijgevolg moet worden vastgesteld dat de gewijzigde Richtlijn 80/987 er niet aan in de weg staat dat een lidstaat als beginpunt van de referentieperiode de datum kiest van de indiening van het verzoek tot insolventverklaring van de werkgever. Voorts mag een lidstaat die besluit gebruik te maken van de bevoegdheid om de waarborg te beperken door een referentieperiode vast te stellen, ervoor kiezen om die referentieperiode tot zes maanden te beperken, zolang hij de betaling van het loon over de laatste drie maanden van de arbeidsverhouding waarborgt. Aangezien de nationale regeling in het hoofdgeding het loon over de laatste drie maanden van de arbeidsverhouding waarborgt, staat het de nationale wetgever vrij om, door de vaststelling van bepalingen luidens welke het FGS de betaling waarborgt van de loonaanspraken die opeisbaar zijn geworden tijdens de zes maanden vóór de indiening van het verzoek tot insolventverklaring van de werkgever en, onder bepaalde voorwaarden, zelfs na die datum, gebruik te maken van de hem bij de artikelen 3 en 4 van de gewijzigde Richtlijn 80/987 verleende bevoegdheid om de verplichting van de waarborgfondsen te beperken. Een strikte uitlegging van die gevallen mag echter niet elke betekenis ontnemen aan de uitdrukkelijk aan de lidstaten voorbehouden bevoegdheid om die betalingsverplichting te beperken. Dit zou het geval zijn indien de gewijzigde Richtlijn 80/987 aldus moest worden uitgelegd dat zij zich verzet tegen een nationale regeling die geen loonaanspraken waarborgt die meer dan zes maanden vóór de indiening van een verzoek tot insolventverklaring van de werkgever opeisbaar zijn geworden. Voorts zij benadrukt dat, blijkens de in punt 20 van het onderhavige arrest in herinnering gebrachte rechtspraak van het Hof, Richtlijn 80/987 ertoe strekt werknemers een bescherming bij insolventie van hun werkgever te waarborgen. Bijgevolg vereist de bij die richtlijn ingestelde regeling een band tussen de insolventie en de onvervulde loonaanspraken. Op basis van het aan het Hof overgelegde dossier blijkt echter dat in het hoofdgeding geen sprake van een dergelijke band is. Terwijl de litigieuze loonaanspraken voortvloeien uit het feit dat de werkgever van Gomes Viana Novo e.a. vanaf april 2003 was opgehouden loon te betalen en zij daarom in september 2003 hun arbeidsovereenkomst hebben opgezegd, zijn andere werknemers van dezelfde werkgever in de jaren 2004 tot en met 2006 immers hun loon blijven ontvangen en zijn hun overeenkomsten pas in mei 2006 beëindigd wegens insolventie van hun werkgever. Derhalve heeft de werkgever, ondanks de vertragingen bij de betaling van de lonen, een aanzienlijk deel van zijn personeel verschillende jaren na de opzegging van de arbeidsovereenkomsten van Gomes Viana Novo e.a. behouden en betaald. Derhalve moet op de prejudiciële vraag worden geantwoord dat de gewijzigde Richtlijn 80/987 aldus moet worden uitgelegd dat zij zich niet verzet tegen een nationale regeling die geen loonaanspraken waarborgt die meer dan zes

maanden vóór de indiening van een verzoek tot insolventverklaring van de werkgever opeisbaar zijn geworden, ook al hebben de werknemers vóór het begin van die periode een gerechtelijke procedure tegen hun werkgever ingesteld met het oog op de vaststelling en de gedwongen invordering van die aanspraken.

---

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

**Datum uitspraak:** 28-11-2013

**Zaaknummer:** C-309/12

RECHTSPRAAK

**Specht**

***Conclusie A-G: Artikel 153 lid 5 VWEU verzet zich niet tegen toetsing van bezoldigingsregels aan Richtlijn 2000/78 (leeftijdsdiscriminatie). Inschaling op basis van leeftijd is discriminatoir. Rechtsgevolg is niet staatsaansprakelijkheid (Francovich) maar Verhoeve-doctrine benadeelde groep gelijk trekken met bevoordeelde groep. Vervaltermijn van aanspraken binnen begrotingsjaar kan in strijd zijn met effectiviteitsbeginsel***

Specht c.s. zijn als ambtenaar in vaste dienst benoemd bij respectievelijk het Land Berlin en de Bondsrepubliek Duitsland. Zij zijn voor het eerst ingedeeld in het bezoldigingsstelsel overeenkomstig het BBesG a.F., dat wil zeggen op grond van hun salarisanciënniteit ten tijde van hun benoeming (zowel bij inschaling als bij het verkrijgen van een salaristrede was leeftijd (en niet ervaring) doorslaggevend). Volgens het BBesG a.F. wordt een ambtenaar voor het eerst in een salaristrap van een salarisgroep ingedeeld op grond van zijn salarisanciënniteit, te rekenen vanaf de dag na voltooiing van zijn 21ste levensjaar. Tot het voltooiën van zijn 31ste levensjaar wordt de ambtenaar aangesteld in de salaristrap waarin hij ingeschaald zou zijn geweest, indien hij op 21-jarige leeftijd was aangesteld. In bepaalde omstandigheden wordt deze salarisanciënniteit verschoven met de duur van het tijdvak dat verloopt na het voltooiën van het 31ste levensjaar, en wel met een kwart voor het tijdvak tot aan het tijdstip dat betrokkene de het 35ste levensjaar heeft voltooid, en met de helft voor het tijdvak daarna. Ter illustratie: Iemand die op 1 april 1977 is geboren en op 1 oktober 1994 als ambtenaar is aangesteld, heeft op 31 maart 1998 zijn 21ste levensjaar voltooid. Zijn salarisanciënniteit is derhalve 1 maart 1998. Iemand die op 1 april 1967 is geboren en op 16 oktober 2000 als ambtenaar is aangesteld, heeft op 31 maart 1988 zijn 21ste levensjaar voltooid. Omdat hij op het tijdstip van aanstelling 33 jaar was, zal zijn salarisanciënniteit niet 1 maart 1988 zijn. Het tijdvak tussen 31 maart 1998 (voltooiën van het 31ste jaar) en 16 oktober 2000 (datum van aanstelling) is twee jaar, zes maanden en 16 dagen. Volgens § 28 lid 2 BBesG a.F. wordt de salarisanciënniteit verschoven met een kwart van deze periode, te weten zeven maanden en negentien dagen, afgerond op zeven maanden. Zijn salarisanciënniteit is derhalve

1 maart 1988 plus zeven maanden, dat wil zeggen 1 oktober 1988.

Met ingang van 2011 is er een nieuwe bezoldigingsmethodiek ingevoerd die losstaat van de leeftijd van de ambtenaren. Specht c.s. stellen zich op het standpunt dat sprake is van een (in)direct verbod op grond van leeftijd. De centrale vraag is of hiervan sprake is en wat dan het rechtsgevolg is. Maken Specht c.s. vanaf 2011 aanspraak op de nieuwe bezoldigingsregeling en zo ja hoe? Blijven hun oude rechten gerespecteerd? Een voorvraag die de verwijzende rechter stelt is of in casu de hoogte van het loon wel aan Richtlijn 2000/78 getoetst kan en mag worden, omdat artikel 153 lid 5 VWEU de hoogte van beloning aan nationaal recht en sociale partners overlaat.

De advocaat-generaal (Bot) concludeert als volgt. De salarisverschillen die binnen de Unie bestaan, kunnen bij de huidige stand van het recht niet het voorwerp zijn van een Unierechtelijke regeling. Daarentegen kunnen de nationale bepalingen die de wijze van indeling in deze salariscategorieën en salaristrappen regelen, niet tot gevolg hebben dat de ambtenaren wegens bijvoorbeeld hun leeftijd worden gediscrimineerd. Zoals de Raad van de Europese Unie in zijn schriftelijke opmerkingen heeft aangegeven, is de beloning een wezenlijk onderdeel van de arbeidsvoorwaarden, wellicht ook het belangrijkste onderdeel en het onderdeel waarbij het meest wordt gediscrimineerd. Indien de beloningsvoorwaarden onder de uitzondering van artikel 153 lid 5 VWEU zouden vallen, zou artikel 19 VWEU, dat immers beoogt de discriminatie te bestrijden, hierdoor dan ook een groot deel van zijn betekenis verliezen. Artikel 3 lid 1 sub c van Richtlijn 2000/78 is derhalve geldig. Wat de toepassing van dit artikel op de bezoldiging van ambtenaren betreft, volstaat het eraan te herinneren dat in deze richtlijn wordt bepaald dat zij zowel in de overheidssector als in de particuliere sector, met inbegrip van overheidsinstanties, op alle personen van toepassing is met betrekking tot werkgelegenheid en arbeidsvoorwaarden, met inbegrip van ontslag en beloning.

Naar het oordeel van de A-G is voorts sprake van verboden onderscheid. Hoewel anciënniteit mag dienen om ervaring aan te nemen (legitiem doel), moet in casu het middel als niet passend en noodzakelijk worden geoordeeld. Aangezien het bezoldigingsstelsel van de Duitse ambtenaren krachtens het BBesG a.F. alleen op de leeftijd van de ambtenaar was gebaseerd, kan in dit stelsel niet werkelijk met de verworven ervaring rekening worden gehouden. Een ambtenaar die op de dag van zijn aanstelling in een bepaalde salariscategorie 30 jaar is en geen beroepservaring heeft, zal direct in salaristrap 5 worden ingedeeld. Hij zal derhalve een basissalaris krijgen dat gelijk is aan het salaris dat een ambtenaar ontvangt die op de leeftijd van 21 jaar is aangesteld en, anders dan hij, een anciënniteit en beroepservaring van negen jaar in dezelfde salariscategorie heeft. Ook zal de ambtenaar die bij zijn aanstelling 30 jaar is, op dezelfde wijze als de ambtenaar die bij zijn aanstelling 21 jaar was, overgaan naar een hogere

salaristrap tot het bereiken van de laatste trap, terwijl laatstgenoemde ambtenaar blijk geeft van een veel grotere beroepservaring in de salarisgroep.

Ook de overgangsregeling is discriminerend, omdat het voortbouwt op de oude regeling. Ook al wordt krachtens § 3 van het BerlBesÜG voor de overgang naar een hogere salaristrap alleen rekening gehouden met de ervaring die is verworven vanaf het tijdstip dat het BerlBesÜG in werking is getreden, dat neemt niet weg dat voor de indeling in het nieuwe bezoldigingsstelsel wordt uitgegaan van het eerdere basissalaris dat discriminerend wordt geacht. Bij gelijke ervaring zal de overgang naar een hogere salaristrap dan ook altijd discriminerend zijn voor de jongere ambtenaar. De discriminerende overgangsregeling duurt voor onbepaalde tijd voort. Weliswaar kan deze overgangsregeling als passend worden beschouwd om een inkomensverlies van zittende ambtenaren te voorkomen, maar toch meent de A-G dat deze regeling verder gaat dan nodig is om het doel van bescherming van verworven rechten te bereiken. De Duitse wetgever had namelijk een overgangsregeling kunnen vaststellen waarbij de discriminerende gevolgen met de tijd worden weggenomen doordat geleidelijk aan wordt overgegaan op de nieuwe bezoldigingsregeling die op beroepservaring is gebaseerd en geen rekening houdt met leeftijd.

Wat het rechtsgevolg betreft verwijst de A-G naar de rechtspraak van Verhoeve, inhoudende voor zover een geval van met het Unierecht strijdige discriminatie is vastgesteld, de naleving van het beginsel van gelijke behandeling, zolang geen maatregelen zijn genomen om de gelijke behandeling te herstellen, alleen kan worden verzekerd door de gediscrimineerde ambtenaren in te delen in de salaristrap waarin een oudere ambtenaar met een gelijkwaardige beroepservaring is ingedeeld.

Ten slotte concludeert de A-G dat het Unierecht, in het bijzonder de beginselen van gelijkwaardigheid en effectiviteit, alsook artikel 47 van het Handvest, zich niet verzet tegen een nationale bepaling als die welke aan de orde is in de hoofdgedingen, die een ambtenaar verplicht om een recht op een betaling die niet rechtstreeks voortvloeit uit de wet, geldend te maken voor het einde van het lopende begrotingsjaar, voor zover de voorwaarden voor het indienen van vorderingen ter bescherming van de rechten die de justitiabelen aan het Unierecht ontleenen, niet ongunstiger zijn dan die welke gelden voor vorderingen ter bescherming van de aan het nationale recht ontleende betalingsrechten, en een dergelijke nationale bepaling voor de justitiabelen geen procedurele nadelen inhoudt ter zake van de vervaltermijn, waardoor de uitoefening van de aan het recht van de Unie ontleende rechten uiterst moeilijk kan worden gemaakt, hetgeen door de verwijzende rechter moet worden nagegaan.

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

**Datum uitspraak:** 28-11-2013

**Zaaknummer:** C-501/12

RECHTSPRAAK

## **X Transporten BV/werknemer**

***Werknemer die in korte tijd veel schades rijdt door onzorgvuldig en onoplettend rijgedrag, handelt nog niet 'roekeloos' ex artikel 7:678 BW. Roekeloosheid voor ontslag op staande voet impliceert afwezigheid van alle redelijkerwijs te betrachten zorg***

Werknemer (50 jaar) is sinds 1999 in dienst van werkgever in de functie van vrachtwagenchauffeur. In de periode juli 2011 en mei 2012 heeft werknemer tweemaal een officiële waarschuwing gehad wegens het toebrengen van schade aan het vervoermiddel van de werkgever door onvoorzichtig en roekeloos rijgedrag van werknemer. Op 29 november 2012 is werknemer op staande voet ontslagen als wederom in korte tijd meermalen schade wegens roekeloos gedrag wordt veroorzaakt. De centrale vraag is of sprake is van roekeloos gedrag ex artikel 7:678 aanhef en onder g BW.

Het hof oordeelt als volgt. Zoals de voorzieningenrechter terecht heeft overwogen kan de beschadiging van goederen van de werkgever ingevolge artikel 7:678 lid 2 onder g BW eerst een dringende reden opleveren, indien deze beschadiging opzettelijk geschiedt dan wel ondanks waarschuwing wordt veroorzaakt door roekeloos gedrag van de werknemer. Werkgever stelt dat de vele schades in een relatief kort tijdsbestek wijzen op roekeloos dan wel onvoorzichtig gedrag van werknemer. Naar voorlopig oordeel van het hof verdient het gedrag van werknemer bij de laatste twee schades van november 2012 het predicaat onvoorzichtig of onoplettend, maar een roekeloosheid in de zin dat sprake is van afwezigheid van alle redelijkerwijs te betrachten zorg valt mede gelet op de verklaringen van werknemer voorshands niet aan te nemen. Dat werknemer voordien tot twee keer toe was gewaarschuwd om beter op te letten en zorgvuldiger om te gaan met de vrachtwagen en de door hem vervoerde goederen naar aanleiding van eerder schadeveroorzakend gedrag maakt dat ook niet anders. Die feitelijke gedragingen van 21 en 27 november 2012 dienen echter wel uitgangspunt te zijn voor het oordeel of daarbij (bewust) roekeloos is gehandeld, en staan in beginsel los van de vraag of werknemer eerder was gewaarschuwd voor ander onzorgvuldig handelen. Dat werkgever door het gedrag van werknemer inmiddels het vertrouwen in de zorgvuldigheid van werknemer in de omgang met de hem toevertrouwde goederen had

verloren is wellicht begrijpelijk, maar een opzegging van de arbeidsovereenkomst met onmiddellijke ingang heeft in het algemeen zodanig verstekkende gevolgen voor een werknemer, dat van een dergelijke bevoegdheid door de werkgever slechts met uiterste terughoudendheid gebruik kan worden gemaakt. De aan werknemer verweten gedragingen in de laatste week van november 2012 voldoen naar voorlopig oordeel van het hof niet aan de in artikel 7:678 lid 2 onder g BW genoemde eis van (bewuste) roekeloosheid, zodat werkgever niet had mogen grijpen naar het zware middel van een opzegging van de arbeidsovereenkomst met onmiddellijke ingang.

---

**Instantie:** Gerechtshof 's-Hertogenbosch

**Datum uitspraak:** 26-11-2013

**ECLI:** ECLI:NL:GHSHE:2013:5656

**Zaaknummer:** 200.123.454/01

**Rechters:** C.M. Aarts, J.M.M.B. Maes en B.A. Meulenbroek

**Advocaten:** G.E. Star Busmann en C.J.M. Scheffer-Marin

**Wetsartikelen:** 7:677 BW



RECHTSPRAAK

## **Vleescentrale X BV/werknemer**

### ***Werknemer heeft recht op toeslagen ondanks strijdigheid met de (algemeen verbindend verklaarde) cao op grond van artikel 6:2 BW***

Jarenlang heeft werknemer naast zijn basissalaris een prestatietoeslag ontvangen, afhankelijk van het aantal voeten en bouten dat hij heeft uitgebeend. Deze toeslag besloeg gemiddeld 40% van zijn inkomen en werd doorgaans 'zwart' uitbetaald. Ook nadat het betalen van een dergelijk stukloon in 2001 bij cao is verboden, is de werkgever de prestatietoeslag blijven betalen. In 2009 is hij daarmee gestopt. Werknemer heeft daarop een loonvordering ingesteld en heeft in eerste aanleg gelijk gekregen. Op 8 januari 2013 heeft het hof tussenvonnis gewezen. Het hof overweegt daarin kort gezegd dat het betalen van stukloon in strijd is met de CAO voor de Vleessector, zodat de daaraan ten grondslag liggende (stilzwijgende) afspraak nietig is en werknemer geen recht had op de prestatietoeslag gedurende de perioden dat de CAO voor de Vleessector algemeen verbindend was verklaard, hetgeen vrijwel doorlopend het geval is geweest. Werknemer heeft vervolgens met een beroep op artikel 6:2 lid 2 BW bepleit dat een tussen partijen geldend wettelijk voorschrift buiten werking dient te blijven, indien toepassing van dit voorschrift tot naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbare gevolgen leidt. Volgens werknemer is dit het geval omdat hij zonder de prestatietoeslag zijn vaste lasten niet meer kon dragen.

Het hof oordeelt als volgt. Gezien de lange periode waarover de Vleescentrale jegens werknemer het systeem van stuksgelateerde toeslagen heeft toegepast in weerwil van de ook bij de Vleescentrale bekende daarvan afwijkende regeling als neergelegd in de diverse cao's na 2001, komt naar het oordeel van het hof de Vleescentrale een beroep op de nietigheid van die afspraak ingevolge artikel 12 van de Wet op de CAO niet toe. Een dergelijk beroep is onder de gegeven omstandigheden aan te merken als naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar. De toeslag heeft immers voor werknemer jarenlang een substantiële bron van inkomsten gevormd en het ligt voor de hand aan te nemen dat hij daar zijn leven en het daarmee samenhangende uitgavenpatroon op heeft afgestemd. Waar de Vleescentrale ook geen enkele poging heeft gedaan om tot een voor werknemer aanvaardbare financiële oplossing te komen in de vorm van enige afbouw van de regeling klemmt dat nog

temeer.

---

**Instantie:** Gerechtshof 's-Hertogenbosch

**Datum uitspraak:** 26-11-2013

**ECLI:** ECLI:NL:GHSHE:2013:5635

**Zaaknummer:** HD 200.098.556/01

**Rechters:** C.M. Aarts, M.G.W.M. Stienissen en M. van Ham

**Advocaten:** P.M.M. van der Loo en E.H. de Joode

**Wetsartikelen:** 6:2 BW en CAO voor de Vleessector

RECHTSPRAAK

**werkgever/erven van werknemer**

***Vordering asbestschade verjaard jegens oude werkgevers op grond van gezichtspunten Van Hese/De Schelde (in het bijzonder ontbreken van verzekering werkgever, moeilijk verweer wegens bewijsproblemen werkgever en grotendeels reeds vergoede schade). Werknemer dient daadwerkelijke blootstelling aan te tonen (Weststrate/De Schelde). Smartengeld € 50.000 ondanks 73-jarige leeftijd niet te hoog. Voorschot Regeling Asbestschade mag niet in mindering worden gebracht op schadevergoeding***

Werknemer is in 2007 overleden aan de gevolgen van een mesothelioom. Werknemer heeft van 1980 tot 1985 gewerkt bij werkgever als scheepsbouwer. Daarvoor heeft hij bij diverse andere scheepsbouwers gewerkt, alsmede als smid. De erven van werknemer stellen werkgever aansprakelijk voor de schade die werknemer heeft geleden. De kantonrechter heeft de vordering toegewezen, onder meer vanwege het feit dat de werkgever kan worden beschouwd als rechtsopvolger (middels overgang van onderneming) van twee eerdere werkgevers van werknemer (bedrijf 2 1957-1959 en bedrijf 6 1974-1980). Het beroep op verjaring wordt verworpen.

Het hof oordeelt als volgt. De erven van werknemer hebben voldoende gesteld – onder meer aan de hand van de website van werkgever – dat werkgever de rechtsopvolger is van bedrijf 2 en bedrijf 6 (uit het arbeidsverleden van werknemer). De blootstelling aan asbest mag bij werkgever in de periode 1980-1985 laag worden genoemd, maar bij bedrijf 2 (1957-1959) en bedrijf 6 (1974-1979) was dit hoog. In dit geval is sprake van twee perioden waarin werknemer is blootgesteld aan asbest, te weten de periode van 1957-1959 en de periode van 1974-1983. Tussen de eerste en de tweede periode is een tijdsperiode van 15 jaren gelegen, waarin werknemer in elk geval niet door toedoen van (een rechtsvoorganger van) werkgever is blootgesteld aan asbest. Naar het oordeel van het hof is in deze situatie geen sprake van een opeenvolging van feiten met dezelfde oorzaak in de zin van artikel 3:310 lid 3 BW. Dat betekent dat de verjaringstermijn voor de periode van 1957-1959 aan het einde van die periode is

ingegaan. Uitgaande van een verjaringstermijn van dertig jaren, was de verjaringstermijn (ruimschoots) verstreken toen werknemer werkgever op 13 juli 2007 aansprakelijk stelde. Voor de periode van 1974-1983 ligt dat anders. Indien ook na 13 juli 1977 (dertig jaar vóór de aansprakelijkheidsstelling van werkgever) nog sprake is geweest van blootstelling aan asbest, was de verjaringstermijn ten tijde van de aansprakelijkheidsstelling nog niet verstreken. Indien de blootstelling in die periode eerder is geëindigd, was de verjaringstermijn op 13 juli 1977 wel verstreken. Op grond van de Van Hese/De Schelde-doctrine oordeelt het hof dat het beroep op verjaring door werkgever slaagt. In het voordeel van werknemer weegt weliswaar mee dat werkgever al vóór het verstrijken van de verjaringstermijn rekening heeft moeten houden met de mogelijkheid dat zij voor deze schade aansprakelijk zou zijn (te weten vanaf 1969 op grond van de dissertatie van Stumpius), maar daar staat tegenover dat een deel van de schade al is vergoed, dat werkgever niet voor de schade is verzekerd en dat het voor werkgever moeilijk is zich tegen de vordering van werknemer te verweren. De laatstgenoemde omstandigheden tezamen leggen voldoende gewicht in de schaal om de omstandigheid in het voordeel van werknemer te neutraliseren, waardoor het beroep van werkgever op verjaring per saldo niet naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

Voor wat betreft de periode na juli 1977 geldt dat werknemer moet aantonen dat hij is blootgesteld. Het hof stelt voorop dat voor het bewijs van de blootstelling onvoldoende is dat kan worden vastgesteld dat werknemer mogelijk is blootgesteld aan asbest. De erven van werknemer dienen te bewijzen dat werknemer daadwerkelijk blootgesteld is geweest aan asbest (vgl. HR 26 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9666 (Weststrate/De Schelde)). Onder verwijzing naar de arresten van de Hoge Raad van 7 juni 2013 (ECLI:NL:HR:2013:BZ1717 en ECLI:NL:HR:2013:BZ1721) betoogt werkgever dat niet alleen sprake moet zijn van een daadwerkelijke blootstelling, maar ook van een daadwerkelijke blootstelling in relevante mate. Het hof houdt deze grief aan voor nadere bewijsvoering.

Naar het oordeel van het hof is € 50.000 aan smartengeld niet (te) hoog. Het hof overweegt in dit verband dat de smartengeldbedragen in Nederland in vergelijking tot de omringende landen verhoudingsgewijs laag zijn en, eveneens anders dan in die landen, de laatste decennia nauwelijks zijn gestegen, zeker niet wanneer rekening wordt gehouden met de geldontwaarding. Onder deze omstandigheden ligt het niet voor de hand een (nog) lager smartengeldbedrag toe te kennen dan door andere rechters in gevallen van overlijden vanwege mesothelioom is toegekend om de enkele reden dat werknemer bij zijn overlijden 73 jaar oud was.

In incidenteel appel slaagt de grief van werknemer dat de kantonrechter ten onrechte het reeds toegekende voorschot op grond van de Regeling tegemoetkoming asbestslachtoffers in mindering heeft gebracht op de schadevergoeding. Daarmee miskent de rechter dat het een

voorschot betreft dat kan worden teruggevorderd bij aansprakelijkheid van een derde.

---

**Instantie:** Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

**Datum uitspraak:** 26-11-2013

**ECLI:** ECLI:NL:GHARL:2013:8973

**Zaaknummer:** 200.104.783-01

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

**Advocaten:** M.R. Gans en C.E. Jeekel

**Wetsartikelen:** 7:658 BW, 6:248 BW en 3:310 BW

RECHTSPRAAK

## **werknemer/Hyatt Aruba NV**

***Bewaker die ondanks eerdere waarschuwing tijdens dienst in slaap valt mag op staande voet worden ontslagen. Gebruik van medicijnen die leiden tot slaperigheid doet niet ter zake, aangezien werknemer werkgever niet heeft ingelicht over deze medicatie***

Werknemer is op 17 december 2010 in dienst getreden van Hyatt als bewaker. Op 5 juli 2012 is werknemer voor zes dagen geschorst zonder behoud van loon in verband met het in slaap vallen tijdens zijn dienst. Werknemer heeft hiervoor tevens een schriftelijke waarschuwing gehad en hem is aangezegd dat 'it is absolutely prohibited to sleep on the job'. Op 16 februari 2013 is werknemer opnieuw in slaap gevallen tijdens het werk. Werknemer, die tewerkgesteld was in de pool area, heeft met gebruikmaking van de loper waarover hij als bewaker beschikt, rond 2 uur 's morgens de Padu II Ballroom geopend en is daar op de grond gaan liggen waarbij hij in slaap is gevallen tot ongeveer zes uur. Tijdens deze periode heeft de ploegleider een aantal malen geprobeerd (portofoon) contact met werknemer te krijgen en is hij hem vergeefs gaan zoeken in de pool area. Werknemer is onmiddellijk naar huis gestuurd en op 18 februari 2013, na te zijn gehoord, op staande voet ontslagen. Het ontslag op staande voet is hem op 19 februari 2013 schriftelijk bevestigd.

Het Gerecht in Eerste Aanleg van Aruba oordeelt als volgt. Werknemer heeft niet voldoende gemotiveerd betoogd dat hij niet per ongeluk op zijn werkplek is ingedut maar in slaap is gevallen in een ruimte die hij in het kader van de uitoefening van zijn functie die nacht helemaal niet hoefde te betreden. Het gerecht gaat er op grond daarvan vanuit dat werknemer, die al eens gedisciplineerd werd in verband met het in slaap vallen op het werk, op zijn minst zich welbewust in een situatie heeft begeven waarin hij in slaap kon of zou vallen. Dat is voor een bewaker, wiens kerntaak juist is dat hij tijdens zijn dienst wakker en alert blijft en in beginsel het hem ter bewaking toevertrouwde gebied niet verlaat, hoogst kwalijk. Het verweer van werknemer dat hij medicijnen slikte of geslikt had die hem slaperig maakten mag werknemer niet baten, ook niet in combinatie met de omstandigheid dat werknemer een aantal nachtdiensten achter de rug had. Indien werknemer medicijnen gebruikte waarvan hij slaperig werd, had hij zijn superieur daaromtrent moeten en kunnen inlichten. In plaats

daarvan is werknemer naar de Padu II Ballroom gegaan, waar hij niks te zoeken had, en is daar blijkens zijn eigen schriftelijke verklaring op de vloer gaan zitten om zijn telefoon te gebruiken waarna hij in slaap viel. Hyatt heeft werknemer op goede gronden op staande voet ontslagen.

---

**Instantie:** Gerecht in Eerste Aanleg van Aruba

**Datum uitspraak:** 19-11-2013

**ECLI:** ECLI:NL:OGEAA:2013:29

**Zaaknummer:** E.J. nr. 1837 van 2013

**Rechters:** W.J. Noordhuizen

**Advocaten:** L.J. Pieters en A.E. Barrios

**Wetsartikelen:** 7:677 BW

RECHTSPRAAK

## **Vodafone Retail/werknemer**

### ***Verduistering telefoons Vodafone in verschillende filialen waar werknemer manager is, leidt tot een dringende reden voor ontslag***

Werknemer is op 8 oktober 2007 in dienst getreden van Vodafone, laatstelijk in de functie van Manager Vodafone Winkel. Op 26 oktober 2009 is werknemer op staande voet ontslagen wegens verduistering van telefoontoestellen. Er is aangifte van verduistering gedaan bij de politie. De kantonrechter heeft de arbeidsovereenkomst voorwaardelijk ontbonden en daarbij aannemelijk geacht dat sprake is van een sterke verdenking, maar dat in die procedure onvoldoende vaststond dat werknemer daadwerkelijk bij de verduistering betrokken was. Vervolgens is ontbonden zonder vergoeding wegens gewijzigde omstandigheden. De voorzieningenrechter heeft de loonvordering van werknemer toegewezen. Tegen dit oordeel en met de beschikking van de kantonrechter in het achterhoofd heeft Vodafone hoger beroep ingesteld, stellende dat de kantonrechter een verkeerde maatstaf heeft aangelegd, namelijk geen terughoudende toetsing die past bij een voorlopige voorziening. Voorts stelt Vodafone zich op het standpunt dat sprake is van een dringende reden.

Het hof oordeelt als volgt. Het hof overweegt dat met betrekking tot een voorziening in kort geding, bestaande in een veroordeling tot betaling van een geldsom, terughoudendheid op zijn plaats is en dienaangaande naar behoren feiten en omstandigheden moeten worden aangewezen die meebrengen dat een zodanige voorziening uit hoofde van onverwijlde spoed is geboden. Daarbij zal de rechter niet alleen moeten onderzoeken of de vordering van de eisende partij voldoende aannemelijk is, maar ook – kort gezegd – of een spoedeisend belang bestaat, terwijl hij bij de afweging van de belangen van de partijen mede (als een van de voor toewijsbaarheid in aanmerking te nemen factoren) het restitutierisico zal hebben te betrekken. Gelet op de gedetailleerde onderbouwing die Vodafone heeft gegeven van haar stelling dat werknemer verantwoordelijk is geweest voor de verdwijning van, in ieder geval, acht ‘tweede telefoons’, in combinatie met het – onbetwist gebleven – feit dat dergelijke transacties alleen voorkwamen in winkels waar werknemer op dat moment werkzaam was, had het, mede in het licht van zijn managementfunctie, op de weg van werknemer gelegen zich meer constructief op te stellen bij het achterhalen van de oorzaken van de vermissingen.



Dat had hij bijvoorbeeld kunnen doen door na te gaan of in de concrete gevallen daadwerkelijk sprake is geweest van het per abuis invoeren van onjuiste nummers, zoals werknemer in algemene zin heeft aangevoerd.

Het ontslag is onverwijld verleend, ook al zat tussen de constatering en het feitelijke ontslag vijf dagen. Deze dagen zijn benut voor nader onderzoek.

---

**Instantie:** Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

**Datum uitspraak:** 09-07-2013

**ECLI:** ECLI:NL:GHARL:2013:4968

**Zaaknummer:** 200.122.304

**Rechters:** I.A. Katz-Soeterboek, G.P.M. van den Dungen en M.F.J.N. van Osch

**Advocaten:** R.A. van Huussen en A. Karacelik

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

RECHTSPRAAK

## **werkneemster/Raad van Bestuur van het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen**

***Toepassing loongarantieregeling WW. UWV heeft ten onrechte nagelaten te onderzoeken wat uit het burgerlijk recht ten aanzien van de rechtsbetrekking tussen (gefaillieerde) werkgeefster en werkneemster (oproepkracht) voortvloeit ten aanzien van de omvang van de arbeidsovereenkomst***

Werkneemster is sinds 2009 in dienst van werkgeefster als oproepkracht. Bij vonnis van 22 januari 2013 is werkgeefster in staat van faillissement verklaard. De curator heeft de arbeidsovereenkomst van werkneemster opgezegd. Werkneemster heeft een beroep gedaan op de loongarantieregeling ex artikel 61 WW e.v. Het UWV stelt dat over de opzegtermijn niet doorbetaald hoeft te worden. Het rechtsvermoeden van artikel 7:610b BW had door werkneemster bij werkgeefster moeten worden ingeroepen. Nu zij dat niet heeft gedaan, is civielrechtelijk niet komen vast te staan dat de arbeidsovereenkomst tussen werkneemster en werkgeefster een grotere arbeidsomvang had dan nul uren per week, zodat er geen verplichting bestond om meer uren uit te betalen dan de uren die werkneemster feitelijk heeft gewerkt, aldus het UWV. Werkneemster stelt dat ze op grond van artikel 7:610b BW een arbeidsomvang van 25 uur per week heeft, zodat het UWV die uren had moeten uitkeren.

De rechtbank oordeelt als volgt. Tussen werknemer en werkgever komt het rechtsvermoeden van artikel 7:610b BW pas aan de orde als een werknemer een loonvordering heeft op de werkgever, waarbij de omvang van de arbeidsovereenkomst in het geding is. Dat was in deze zaak niet het geval, zodat het standpunt van het UWV dat werkneemster zich ten overstaan van werkgeefster op artikel 7:610b BW had moeten beroepen geen stand houdt. In deze zaak komt de vraag wat de arbeidsomvang was pas aan de orde in het kader van de aanvraag tot overname van de betalingsverplichting over de opzegtermijn. Voor zover het standpunt van het UWV zou inhouden dat het vaststellen van de omvang van de arbeidsovereenkomst zich niet verhoudt met de strekking van het 'publiekrechtelijk stelsel', wordt dit verworpen. Het UWV heeft wel vastgesteld dat op grond van artikel 7:668a BW sprake was van een

arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Nu het UWV heeft vastgesteld wat uit het burgerlijk recht ten aanzien van de rechtsbetrekking tussen de gefailleerde werkgever en werknemers voortvloeit, valt niet in te zien waarom het UWV dat niet ten aanzien van de omvang van de rechtsbetrekking zou moeten doen. De regeling van hoofdstuk IV van de WW is juist geschreven voor situaties als de onderhavige, zodat aard en strekking daarvan meebrengen dat het UWV de aard en omvang van de overnameverplichting aan de hand van de relevante bepalingen uit het BW dient vast te stellen. Indien het standpunt van het UWV zou worden gevolgd, zou artikel 61 jo. artikel 64 lid 1 aanhef en onder b WW een dode letter worden.

De rechtbank ziet in dit geval geen aanleiding om het UWV in de gelegenheid te stellen het gebrek te herstellen, aangezien het de rechtbank ambtshalve bekend is dat het UWV in een vergelijkbare zaak ter zitting te kennen heeft gegeven deze zaak als een principiële zaak te zien en na een eventuele gegrondverklaring van het beroep hoger beroep te zullen instellen.

---

**Instantie:** Rechtbank Den Haag

**Datum uitspraak:** 27-11-2013

**Zaaknummer:** SGR 13/6527

## RECHTSPRAAK

### **werknemer/werkgever**

#### ***Niet-gewerkte uren vanwege (jaarlijkse) bedrijfssluiting mogen worden verrekend met vakantie-uren. Plus- en minuren mogen ook met elkaar worden verrekend***

Werknemer is sinds 2008 voor 38 uur per week in dienst geweest van een sauna- en beautycentrum als kok. Het dienstverband tussen partijen is op 21 april 2011 beëindigd. Thans verschillen partijen van mening over het antwoord op de vraag of nog vakantie-uren aan werknemer moeten worden uitbetaald. Werkgever heeft de dagen waarop werknemer niet heeft gewerkt doordat werkgever wegens verbouwing (zomer) en wegens vakantie (rond de kerstdagen) gesloten was geboekt als vakantiedagen. Werknemer stelt dat nimmer met hem is besproken dat hij vakantiedagen diende op te nemen tijdens de bedrijfssluitingen wegens verbouwing dan wel rond de kerstdagen. Minuren die zijn ontstaan door bedrijfssluitingen bijvoorbeeld wegens verbouwingen mogen niet verrekend worden met vakantie-uren, aldus werknemer. Bovendien vordert werknemer betaling van opgebouwde overuren. Hij stelt dat werkgever niet bevoegd om 'te plussen en te minnen'.

De kantonrechter oordeelt als volgt. In het onderhavige geval is niet komen vast te staan dat sprake is geweest van bedrijfssluitingen die in redelijkheid op grond van artikel 7:628 BW voor rekening van de werkgever behoren te blijven. Werknemer heeft niet weersproken dat bij werkgever sprake was van jaarlijks terugkerende bedrijfssluitingen voor (ongeveer) drie weken in de zomerperiode en voor enkele dagen rond de kerst. Werknemer heeft onvoldoende onderbouwd dat er zonder overleg met hem vakanties zijn vastgesteld in de zomer en rond de kerstdagen. Eerst na afloop van het dienstverband heeft werknemer erover geklaagd dat er vakantiedagen werden afgeboekt voor de duur van de bedrijfssluitingen.

Ten aanzien van de overuren wordt geoordeeld dat vaststaat dat werknemer niet alleen op bepaalde dagen minder uren werkte dan overeengekomen, maar ook dat hij op andere dagen meer uren werkte dan was overeengekomen. Werknemer heeft onvoldoende gemotiveerd onderbouwd dat de plusuren in het onderhavige geval als overuren moeten worden uitbetaald. De enkele stelling dat werkgever niet bevoegd was om te plussen en te minnen is

onvoldoende. De bevoegdheid om te vereffenen volgt reeds uit de tussen partijen gesloten arbeidsovereenkomst waarin staat dat overwerk wordt vergoed in de vorm van extra vrije tijd, dan wel in geld. Partijen kunnen hierover kennelijk onderling afspraken maken. Voorts wordt in aanmerking genomen dat werknemer niet heeft weersproken dat de plus- en minuren werden bijgehouden door werkgever en evenmin is gebleken dat werknemer op enig moment tijdens zijn dienstverband bezwaar heeft gemaakt tegen de saldering van deze uren op basis van het tijd voor tijd-principe.

---

**Instantie:** Rechtbank Noord-Nederland

**Datum uitspraak:** 22-11-2013

**ECLI:** ECLI:NL:RBNNE:2013:7306

**Zaaknummer:** KL-425059 - CV EXPL 13-1604 E

**Rechters:** T.K. Hoogslag

**Advocaten:** S.S. Roshan en D. van der Wal

**Wetsartikelen:** 7:628 BW

RECHTSPRAAK

## **werkneemster/Werkvoorzieningschap Oostelijk Zuid-Limburg Ondersteuning B.V.**

***Voor beantwoording van de vraag of sprake is van opvolgend werkgeverschap na faillissement is nader onderzoek nodig, waarvoor kort geding zich niet leent. Afwijzing gevorderde voorzieningen***

Werkneemster is op 1 januari 1986 bij Licom in dienst getreden en werkte er laatstelijk als medewerker P-administratie. Nadat Licom failliet is gegaan, is zij in dienst getreden van WOZL op basis van een arbeidsovereenkomst voor de duur van een jaar. Zij heeft daar dezelfde functie als bij Licom uitgevoerd. WOZL heeft besloten de arbeidsovereenkomst niet te verlengen. Centrale vraag is of er sprake is van opvolgend werkgeverschap door WOZL ex artikel 7:668a lid 2 BW. Werkneemster verwijst daarbij naar het Van Tuinen-arrest (HR 11 mei 2012, AR 2012-0470).

De kantonrechter oordeelt als volgt. De rechtsvraag is duidelijk, de belangen zijn ook groot bij de beantwoording daarvan. Er zijn namelijk meer werknemers zoals werkneemster van wie de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd bij WOZL is afgelopen, maar die net als werkneemster ook een beroep doen/zullen doen op het hier centraal staande wetsartikel en arrest van de Hoge Raad. Indien dat beroep opgaat, zal dat grote financiële consequenties voor WOZL kunnen hebben. Voor de beantwoording van die – ook dus voor andere (ex-?)werknemers belangrijke – rechtsvraag is het nodig dat inzicht wordt verkregen in de feitelijke gang van zaken rondom de ‘overname’ van personeel, de eis van de curator, de selectie of non-selectie: wie deed wat (niet), waarom (niet), waar, wanneer en hoe? Bij de verkrijging van dat inzicht wrekt zich hier het beperkte onderzoekskader van een kort geding. Nu de afgelegde verklaringen diametraal tegenover elkaar staan, kan de kantonrechter niet goed genoeg inschatten of de vordering in een bodemprocedure kans van slagen heeft. De gevorderde voorzieningen worden geweigerd.

**Instantie:** Rechtbank Limburg

**Datum uitspraak:** 21-11-2013

**ECLI:** ECLI:NL:RBLIM:2013:9106

**Zaaknummer:** 2416548 CV EXPL 13-8763

**Rechters:** P. Hoekstra

**Advocaten:** A.W. van Duijnhoven, I. Swennen en J.J.M.C. Huppertz

**Wetsartikelen:** 7:668a lid 2 BW

RECHTSPRAAK

**X/Y**

***Met het afgeven van een (in eerste instantie) negatieve verklaring over voormalig werknemer die als zelfstandige aan de slag wil in de financiële sector en het pas op een heel laat moment afgeven van een positieve verklaring, handelt voormalig werkgever onrechtmatig***

X is krachtens verlengde tijdelijke arbeidsovereenkomst van 1 augustus 2009 tot en met 31 juli 2010 bij Y in dienst geweest als financieel adviseur/commercieel medewerker buitendienst. Aan X is een VAR afgegeven ertoe strekkende dat X vanaf 1 april 2012 tot en met 31 december 2012 als ZZP'er financieel advies over verzekeringen en hypotheek kan verstrekken. Het bureau Yacht heeft Y verzocht om afgifte van een verklaring omtrent de betrouwbaarheid van X als bedoeld in de Regeling integriteitsgevoelige functies kredietinstellingen en verzekeraars van DNB-PVK en de nadere regelingen van de AFM (Autoriteit Financiële Markten). Y heeft ingevuld dat niet kan worden onderschreven dat er geen aanleiding is om te twifelen aan de betrouwbaarheid van X om een functie in de financiële sector te vervullen. X stelt dat Y onrechtmatig (art. 6:162 BW), dan wel in strijd met het goed werkgeverschap (art. 7:611 BW) handelt. Door het ontbreken van de integriteitsverklaring krijgt hij geen opdracht als financieel adviseur.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Y heeft haar aanvankelijk aan Yacht gegeven negatieve verklaring schriftelijk onvoldoende onderbouwd. Volgens Y zou een en ander in een telefoongesprek met Yacht nader door haar zijn toegelicht. Wat er in dat telefoongesprek is verhandeld is niet bekend. In ieder geval heeft Y zich op enig moment bereid verklaard alsnog een schone verklaring af te geven. Dit, zoals zij ter comparitie heeft verklaard 'omdat we geen zin in een nieuwe procedure hadden'. Met de bereidheid tot intrekking van een zo belangrijke aanvankelijk gegeven diskwalificatie van X aan een derde (Yacht) heeft Y er blijk van gegeven dat zij haar negatieve uitspraken, vervat in de afgegeven officiële verklaring, blijkbaar zelf toch minder belangrijk heeft gevonden dan de gevolgen die deze voor X teweeg zou brengen. Wat hier ook van zij (misschien was de kritische opmerking toch minder gefundeerd en daarmee wellicht toch onrechtmatig), ten tijde van de bereidheid tot afgifte van een schone verklaring was er voor X nog volledig kans op aanvaarding door Yacht van een nieuwe schone verklaring.



Deze verklaring is door Y afgegeven op 4 mei 2012 en dat is volgens X en Yacht te laat geweest. De toezegging van Y om een nieuwe schone verklaring te zullen afgeven, het dringend verzoek daartoe zijdens X in zijn e-mail van 5 april 2012 en de evidentheid dat een dergelijk verzoek haast had, maken dat de afgifte die pas op 4 mei 2012, zonder opgegeven reden voor de vertraging, door Y is geëffectueerd zich als een onrechtmatige daad jegens X kwalificeert.

Of X als gevolg van deze onrechtmatige daad schade heeft geleden en Y aansprakelijk is voor die schade moet nog worden gezien. Immers staat niet vast dat X de baan bij Yacht niet heeft gekregen uitsluitend vanwege het door Y met Yacht gevoerde telefoongesprek en/of de te late indiening van de schone verklaring door Y. X zal dat dienen te bewijzen. Vervolgens zal ook de hoogte van de door Y betwiste schade moeten worden bewezen. X wordt opgedragen bewijs hiervan te leveren. Volgt aanhouding van de zaak.

---

**Instantie:** Rechtbank Rotterdam

**Datum uitspraak:** 20-11-2013

**ECLI:** ECLI:NL:RBROT:2013:9373

**Zaaknummer:** C/10/427751 / HA ZA 13-679

**Rechters:** E.D. Rentema

**Advocaten:** C. van Aken en S. Imdahl

**Wetsartikelen:** 6:162 BW en 7:611 BW

RECHTSPRAAK

**Stichting Fokus Exploitatie/werkneemster**

***Ontslag op staande voet ADL-assistent wegens het geven van een tik of duw tegen het hoofd van een cliënt die een brace droeg na een nekoperatie, is rechtsgeldig***

Werkneemster is sinds 2003 als ADL-assistent in dienst van Fokus, een stichting die dienstverlening aan mensen met een lichamelijke handicap ten doel heeft. Op 3 maart 2011 is zij op staande voet ontslagen. Daaraan wordt ten grondslag gelegd dat werkneemster een cliënt een klap heeft gegeven en dat zij in het bijzijn van de cliënt heeft gezegd dat deze stinkt. Werkneemster heeft deze gedragingen volgens Fokus ten onrechte ontkend. Werkneemster heeft zich beroepen op de vernietigbaarheid van het ontslag. De arbeidsovereenkomst is voorwaardelijk ontbonden met ingang van 15 mei 2011 onder toekenning van een vergoeding van ruim € 10.000. Fokus vordert voor recht te verklaren dat het ontslag op staande voet rechtsgeldig is gegeven en vordert terugbetaling van onverschuldigd betaald loon.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Fokus is in de gelegenheid gesteld bewijs te leveren van hetgeen aan het ontslag op staande voet ten grondslag is gelegd. Op grond van getuigenverklaringen van een collega en de cliënt is met voldoende zekerheid komen vast te staan dat werkneemster een tik of duw tegen de kin van de cliënt heeft gegeven, die zo krachtig was dat daardoor het hoofd van de cliënt een centimeter of tien opzij ging, en dat de cliënt in verband met een ondergane nekoperatie op dat moment een brace of halo-frame droeg. Ook is bewezen dat werkneemster heeft gezegd dat de cliënt stonk. Hiermee is tevens bewezen dat werkneemster vervolgens ten onrechte deze gedragingen heeft ontkend. In aanmerking wordt genomen dat werkneemster geen andere getuigen heeft voorgebracht die bij het voorval aanwezig zijn geweest. Door zichzelf niet als getuige voor te brengen heeft zij de kantonrechter de gelegenheid ontnomen haar onder ede over het gebeurde te ondervragen. Het ontslag op staande voet is terecht gegeven. Hierbij is niet van belang of de gedraging van werkneemster aangemerkt moet worden als een klap dan wel als een tik of duw. Voor zover sprake is geweest van een tik of duw staat immers tevens vast dat daardoor het hoofd van de cliënt ongeveer tien centimeter opzij ging terwijl zij een brace of halo-frame droeg na een nekoperatie. Een dergelijke tik of duw is op zijn minst even ernstig als (zo niet ernstiger dan)

een klap, een en ander in de door Fokus in de ontslagbrief genoemde context van een respectloze bejegening. De gevorderde verklaring voor recht en de vordering tot terugbetaling van onverschuldigd betaald loon worden toegewezen.

---

**Instantie:** Rechtbank Midden-Nederland

**Datum uitspraak:** 20-11-2013

**ECLI:** ECLI:NL:RBMNE:2013:5650

**Zaaknummer:** 776935 UC EXPL 11-15877 PK/4082

**Rechters:** P. Krepel

**Advocaten:** J.H. Vegter

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

## RECHTSPRAAK

### **werknemer/werkgeefster**

***Pedagogisch medewerker wordt verdacht van het seksueel misbruiken van cliënten. Niet alle vermeende gedragingen die aan ontslag op staande voet ten grondslag zijn gelegd zijn bewezen, zodat het ontslag op staande voet geen stand houdt***

Werknemer is in dienst als pedagogisch medewerker. Werkgeefster is een instelling voor minderjarigen en jongvolwassenen met een licht verstandelijke beperking die tevens te maken hebben met opvoed- en opgroei problemen. Op de arbeidsovereenkomst is de 'Gedragscode medewerkers' en de 'Gedragscode seksueel misbruik voor medewerkers van werkgeefster' van toepassing. Werknemer is op staande voet ontslagen. Daaraan wordt het volgende ten grondslag gelegd: werknemer heeft in strijd met de gedragscode sms-contact gehad met een cliënt, hij heeft gelogen over de hoeveelheid sms-contacten met deze cliënt, hij heeft deze cliënt seksueel misbruikt en hij heeft nog een andere cliënt seksueel misbruikt. Werknemer heeft de nietigheid van het ontslag ingeroepen.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Werkgeefster heeft ter terechtzitting erkend dat voornoemde redenen in zijn geheel – en derhalve niet tevens ieder afzonderlijk – aan het gegeven ontslag ten grondslag zijn gelegd. Dit brengt met zich dat alle vermeende gedragingen door werkgeefster in het geheel bewezen moeten worden, wil de objectieve dringende reden, die aan het ontslag op staande voet ten gronde is gelegd, standhouden. Daarin is werkgeefster niet geslaagd. Wel staat vast dat werknemer in strijd met de gedragscode heeft gehandeld door gedurende in ieder geval twee weken sms-contact te hebben met een cliënt en dat werknemer daarover heeft gelogen. Het seksueel misbruik is niet komen vast te staan. In de op de arbeidsovereenkomst van toepassing zijnde gedragscode is bepaald dat onder seksueel misbruik wordt verstaan elke seksuele handeling en seksueel (getint) contact tussen medewerkers en anderen, die op enige wijze verbonden zijn met werkgeefster en cliënten van werkgeefster. Daargelaten of seksueel getint sms-contact in strafrechtelijke zin de kwalificatie seksueel misbruik oplevert, is (vooralsnog) niet aannemelijk geworden dat de inhoud van de sms-berichten seksueel getint waren. Dat er daadwerkelijk fysiek contact is geweest tussen de cliënt en werknemer en wel op zo'n wijze dat dit seksueel misbruik heeft opgeleverd, is

evenmin aannemelijk geworden. Hetzelfde geldt voor de bewering dat werknemer nog een andere cliënt heeft misbruikt. Het politieonderzoek naar werknemer loopt nog. Ook in het arbeidsrecht – en in het bijzonder bij de verlening van een ontslag op staande voet – geldt de onschuldpresumptie. Nu werkgeefster er niet in is geslaagd alle redenen die zij in het geheel aan het gegeven ontslag ten grondslag heeft gelegd, te bewijzen, althans voldoende aannemelijk te maken, ontvalt daarmee de gehele grondslag aan het ontslag op staande voet. Volgt toewijzing van de loonvordering.

---

**Instantie:** Rechtbank Noord-Nederland

**Datum uitspraak:** 15-11-2013

**ECLI:** ECLI:NL:RBNNE:2013:7224

**Zaaknummer:** 2462192 / CV EXPL 13-8706

**Rechters:** R. Giltay

**Advocaten:** D.F.W. Schalwijk en S.A.G. de Vries

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

RECHTSPRAAK

## **werkgeefster/werknemer**

### ***Afwijzing ontbindingsverzoek vanwege verband met overgang van onderneming. Instellen loonvordering kan werknemer niet worden tegengeworpen***

Werknemer is in 2010 in dienst getreden van een rechtsvoorganger van werkgeefster in de functie medewerker algemene dienst. Op 1 juni 2013 is werknemer krachtens overgang van onderneming in dienst gestreden van werkgeefster. Nog voor de overname is werknemer een vaststellingsovereenkomst ter beëindiging van het dienstverband voorgelegd. Werknemer heeft het aanbod geweigerd. Werkgeefster heeft vervolgens de loonbetaling gestopt, waarna werknemer een kort geding aanhangig heeft gemaakt. Thans verzoekt werkgeefster ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Gesteld wordt dat er niet langer sprake kan zijn van een vruchtbare en harmonieuze samenwerking tussen partijen dan wel tussen werkgeefsters levenspartner en werknemer. Werknemer heeft de keuze gemaakt om haar bij de start van de onderneming met een groot probleem op te zadelen door een voorlopige voorziening aanhangig te maken.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Uit de stukken en hetgeen tijdens de mondelinge behandeling aan de orde is gekomen is voldoende aannemelijk geworden dat de verzochte ontbinding samenhangt met de overgang van onderneming. In het kader van deze overname is door werkgeefster immers reeds getracht de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden te beëindigen. Toen werknemer weigerde hieraan mee te werken heeft werkgeefster werknemer vervolgens een nieuwe arbeidsovereenkomst aangeboden waarin een werkweek van 25 uur per week, in plaats van de geldende 30 uur per week, was opgenomen. Werkgeefster stelt dat zij te weinig werk heeft voor werknemer. Deze situatie is uitsluitend door de overname ontstaan.

Ten aanzien van de gestelde verstoorde arbeidsrelatie wordt overwogen dat het feit dat werknemer een voorlopige voorziening jegens werkgeefster aanhangig heeft gemaakt niet aan hem kan worden tegengeworpen. Werknemer heeft immers het recht om een dergelijke procedure jegens zijn werkgeefster aanhangig te maken. Werkgeefster heeft onvoldoende

aannemelijk gemaakt dat de verhouding tussen partijen zodanig verstoord is geraakt dat voortzetting van het dienstverband niet langer tot de mogelijkheden behoort. Volgt afwijzing van het ontbindingsverzoek.

---

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

**Datum uitspraak:** 14-11-2013

**ECLI:** ECLI:NL:RBZWB:2013:10543

**Zaaknummer:** 2361210 / 13-3541

**Rechters:** N.J.C. van Spronssen

**Advocaten:** K.T.P.G. Flos en E.A. Mulders

**Wetsartikelen:** 7:670 lid 8 BW en 7:685 BW

RECHTSPRAAK

## **werkneemster/Canon Nederland B.V.**

### ***Werkneemster is ingeschaald in de functie Medewerker Post, terwijl zij feitelijk werkt in de functie Allround Medewerker Post. Toewijzing loonvordering***

Werkneemster is van 1 september 2010 tot 1 maart 2012 in dienst geweest bij (de rechtsvoorgangster van) Canon op basis van een (verlengde) arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. De arbeidsovereenkomst vermeldt als functie Medewerker Post. Werkneemster vordert voor recht te verklaren dat zij werkzaam was als Allround Medewerker Post en niet als Medewerker Post. Zij vordert betaling van het haar toekomende loon op basis van de functie Allround Medewerker Post, zulks met terugwerkende kracht vanaf indiensttreding tot einde dienstverband.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Bij de beoordeling of de werkzaamheden van werkneemster vallen onder het functieprofiel Allround Medewerker Post zijn de feitelijke verrichte werkzaamheden doorslaggevend. De werkzaamheden als omschreven in de wervingsadvertentie – waarvan tussen partijen vaststaat dat deze door werkneemster zijn verricht – passen meer bij de functie van Allround Medewerker Post dan bij die van Medewerker Post. Werkneemster heeft onderbouwd aangevoerd dat sprake was van het door haar met enige regelmaat uitvoeren van de exclusief tot het takenpakket van een Allround Medewerker Post behorende werkzaamheden. Het verweer van Canon op dit punt is onvoldoende onderbouwd. De gevorderde verklaring voor recht en de vordering tot betaling van het loon behorende bij de functie Allround Medewerker Post worden toegewezen.

---

**Instantie:** Rechtbank Noord-Nederland

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

**ECLI:** ECLI:NL:RBNNE:2013:6478

**Zaaknummer:** KL-417945 - CV EXPL 13-403 E

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

**Advocaten:** S. Halouchi en G.M. Keijsper

**Wetsartikelen:** 7:628 BW



RECHTSPRAAK

**Pure Fashion Wear B.V./werkneemster**

***Werkgeefster handelt in strijd met goed werkgeverschap door op de stoel van de bedrijfsarts te gaan zitten. Ontbinding arbeidsovereenkomst wegens verstoorde arbeidsrelatie onder toekenning van vergoeding van € 15.000. Vanwege laakbare handelwijze wordt werkgeefster in kosten van de procedure veroordeeld***

Werkneemster is sinds 1 september 2012 bij Pure Fashion in dienst, laatstelijk in de functie van productiemedewerkster. De oorspronkelijk voor zes maanden gesloten arbeidsovereenkomst is per 28 februari 2013 met één jaar verlengd. Werkneemster is op 7 augustus 2013 in verband met hartklachten kortstondig in het ziekenhuis opgenomen geweest. Werkgever heeft te kennen gegeven te verwachten dat werkneemster op 19 augustus 2013 weer op het werk verschijnt. Werkneemster heeft gesteld nog ziek te zijn. De bedrijfsarts heeft op 27 augustus 2013 vastgesteld dat werkneemster door een medische aandoening arbeidsongeschikt is geraakt. Zij is weer in staat het eigen werk te verrichten, maar wel wordt mediation geadviseerd om het arbeidsconflict aan te pakken. Pure Fashion heeft het loon over augustus 2013 niet volledig betaald en de loonbetaling vanaf september 2013 stopgezet. Thans verzoekt Pure Fashion ontbinding van de arbeidsovereenkomst.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Nu een vruchtbare samenwerking niet meer mogelijk is, wordt de arbeidsovereenkomst ontbonden. De stellingen van Pure Fashion dat werkneemster niet naar behoren functioneert, te laat komt op het werk, geen representatieve verzorging heeft, gebruik maakt van haar privételefoon tijdens de werkzaamheden voor Pure Fashion en werkzaamheden voor haar eigen bedrijf voortzet tijdens haar werkzaamheden voor Pure Fashion zijn in het geheel niet, of onvoldoende onderbouwd. Pure Fashion heeft zich niet als goed werkgever gedragen. Uit de diverse contacten tussen partijen blijkt duidelijk dat Pure Fashion kennelijk twijfels had over de lichamelijke klachten van werkneemster. Als er twijfels zijn dan moet de werkgever de bedrijfsarts inschakelen en niet op de stoel van de bedrijfsarts gaan zitten. Het is in dat verband opvallend dat Pure Fashion op de ochtend na de

ziekenhuisopname van werknemster haar vraagt of zij dan niet later kan komen omdat zaken moeten worden ingehaald. Dat getuigt niet van enige empathie jegens werknemster. Ook is Pure Fashion niet bereid geweest over te gaan tot mediation. De arbeidsovereenkomst zou zonder ontbinding in ieder geval nog hebben bestaan tot eind februari 2014. Rekening houdend met die termijn en het aan Pure Fashion te maken verwijt voor haar laakbare handelwijze doet een vergoeding van € 15.000 bruto het meeste recht aan de omstandigheden.

Pure Fashion wordt bovendien, hoewel dit niet gebruikelijk is, veroordeeld in de kosten van de procedure. Werknemster is immers door de laakbare handelwijze van Pure Fashion gedwongen zich van juridische bijstand te voorzien. Onder de gegeven omstandigheden is het niet billijk de kosten daarvan dan voor haar rekening te laten komen.

---

**Instantie:** Rechtbank Noord-Holland

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

**ECLI:** ECLI:NL:RBNHO:2013:11293

**Zaaknummer:** 2351095 \ AO VERZ 13-323

**Rechters:** F.J.P. Veenhof

**Advocaten:** M.M. van Til

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

RECHTSPRAAK

**werknemer/werkgeefster**

***Opzegging arbeidsovereenkomst 61-jarige boekhouder na dienstverband van 35 jaar zonder toekenning van een vergoeding, is niet kennelijk onredelijk***

Werknemer is sinds 1977 in dienst van werkgeefster. Laatstelijk is hij werkzaam geweest als boekhouder. Zijn arbeidsovereenkomst is wegens bedrijfseconomische redenen opgezegd. Werknemer stelt dat de opzegging kennelijk onredelijk is, nu werkgeefster geen enkele voorziening heeft getroffen om de gevolgen van het ontslag voor werknemer op te vangen. De gevolgen van het ontslag zijn voor werknemer ernstig: op het moment van het ontslag was hij 61 jaar oud, was hij 35 jaar in dienst, heeft hij een eenzijdig arbeidsverleden gehad en maakt hij geen reële kans op de arbeidsmarkt.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Bij de beoordeling van de vraag of de gevolgen van de opzegging voor werknemer te ernstig zijn in vergelijking met het belang van werkgeefster bij de opzegging, dienen alle omstandigheden van het geval ten tijde van het ontslag in onderlinge samenhang in aanmerking te worden genomen. Vervolgens worden in het algemeen omstandigheden genoemd die een rol kunnen spelen en wordt ingegaan op de omstandigheden in het onderhavige geval. Geoordeeld wordt dat de opzegging – ondanks de leeftijd van werknemer, duur van het dienstverband en de eenzijdigheid van het dienstverband – niet kennelijk onredelijk is. Het enkele feit dat geen vergoeding is toegekend, maakt het ontslag niet kennelijk onredelijk. Door werkgeefster is uitvoering uiteengezet welke pogingen zij heeft verricht om werknemer alternatieve werkzaamheden te laten verrichten. Het standpunt dat werkgeefster onvoldoende inspanningen zou hebben verricht, is door werknemer onvoldoende onderbouwd. Van een gebrekkige uitvoering van werkzaamheden door andere werknemers bij werkgeefster, waardoor volgens de stelling van werknemer onnodige kosten zijn gemaakt en de reorganisatie noodzakelijk is geworden, is onvoldoende gebleken, nog daargelaten de vraag of een en ander zou kunnen leiden tot de conclusie dat sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag. Evenmin leidt de stelling van werknemer dat hoge managementvergoedingen zouden zijn betaald tot de conclusie dat sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag. Werkgeefster heeft immers onweersproken gesteld dat deze

vergoedingen in rekening-courant zijn geboekt en derhalve (nog) niet zijn uitbetaald. In dat verband heeft werkgeefster zich bovendien te houden aan de verplichtingen die voor haar als notariskantoor voortvloeien uit de Wet op het notarisambt, zoals zij eveneens onweersproken heeft aangevoerd. Volgt afwijzing van de vorderingen.

---

**Instantie:** Rechtbank Noord-Holland

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

**ECLI:** ECLI:NL:RBNHO:2013:11291

**Zaaknummer:** 599274 \ CV EXPL 13-4349

**Rechters:** F.J.P. Veenhof

**Advocaten:** R. Witkamp en L.M. Weerman-Schuurs

**Wetsartikelen:** 7:681 BW

RECHTSPRAAK

**werkgeefster/werkneemster**

***Voorwaardelijke ontbinding arbeidsovereenkomst medewerkster verkoop binnendienst wegens reorganisatie. Onverkorte toepassing sociaal statuut leidt tot een evident onbillijke uitkomst. Vergoeding € 50.000***

Werkneemster (57 jaar) is sinds 18 maart 1991 bij werkgeefster in dienst, laatstelijk in de functie van medewerkster verkoop binnendienst. Werkgeefster is een verkoop- en montagebedrijf van kunststof kozijnen en deuren, glas en aanverwante producten. Na verkregen toestemming is de arbeidsovereenkomst van werkneemster wegens bedrijfseconomische redenen opgezegd. Werkneemster heeft de nietigheid ingeroepen van deze opzegging op grond van het feit dat door het lidmaatschap van de personeelsvertegenwoordiging een opzegverbod geldt. Het sociaal statuut bevat een suppletierегeling van 15% boven op de WW-uitkering voor de duur van maximaal een jaar en een bijdrage van € 2.500 voor outplacement of omscholing. Thans verzoekt werkgeefster voorwaardelijke ontbinding. Werkgeefster is van oordeel dat er geen reden is om af te wijken van de regeling in het sociaal statuut.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Werkgeefster heeft voldoende aangetoond dat de grondslag van haar verzoek niet is gelegen in het feit dat werkneemster lid is van de personeelsvertegenwoordiging. De arbeidsovereenkomst wordt wegens de noodzaak tot reorganisatie en de daaruit voortvloeiende veranderingen in de omstandigheden ontbonden. Of het afspiegelingsbeginsel juist is gehanteerd, wordt in het midden gelaten. Werkneemster heeft immers ter zitting verklaard dat de relatie met werkgeefster inmiddels dermate is verstoord dat zij terugkeer naar haar werkzaamheden bij werkgeefster ook niet meer mogelijk acht. Aan werkneemster wordt een vergoeding toegekend. Dat het onderhavige sociaal statuut tot stand is gekomen met vakorganisaties is niet gebleken. Wel heeft werkgeefster gesteld dat de personeelsvertegenwoordiging met het sociaal statuut heeft ingestemd. Dat laatste wordt door werkneemster bestreden. Los van de wijze van totstandkoming van het sociaal statuut leidt onverkorte toepassing daarvan tot een evident onbillijke uitkomst voor werkneemster. De vergoeding wordt daarom niet conform het sociaal statuut vastgesteld. Werkgeefster heeft

haar slechte financiële omstandigheden onvoldoende onderbouwd. Zij heeft in het bijzonder, gelet op het gemotiveerde verweer van werkneemster, onvoldoende aannemelijk gemaakt dat geen gebruik zou kunnen worden gemaakt van de financiële relatie en financieringsmogelijkheden van de houdstermaatschappij, die ten behoeve van werkgeefster de in artikel 2:403 BW bedoelde verklaring van aansprakelijkstelling heeft afgegeven, terwijl uit de geconsolideerde jaarrekening van 2012 blijkt dat sprake is van een positief eigen vermogen. Alle omstandigheden in aanmerking genomen, wordt een vergoeding van € 50.000 bruto billijk geacht.

---

**Instantie:** Rechtbank Noord-Holland

**Datum uitspraak:** 11-10-2013

**ECLI:** ECLI:NL:RBNHO:2013:11290

**Zaaknummer:** 2288926 \ AO VERZ 13-295

**Rechters:** F.J.P. Veenhof

**Advocaten:** B.G. Baljet en M.J. Dekker

**Wetsartikelen:** 2:403 BW, 7:670 lid 4 BW en 7:685 BW

RECHTSPRAAK

## **werknemer/Container Terminal Groningen (CTG) B.V.**

***Het enkele feit dat werknemer ten opzichte van werkgever in een afhankelijkheidsrelatie verkeert en werknemer geen ervaring heeft met onderhandelen over beëindiging van de arbeidsovereenkomst, betekent niet dat de vaststellingsovereenkomst tot stand is gekomen door misbruik van omstandigheden. Afwijzing gevorderde (ontslag)vergoeding***

Werknemer is sinds 2005 in dienst van Container Terminal Groningen (hierna: CTG) als chauffeur nationaal geregeld vervoer. Werknemer heeft in 2011 een rit naar Antwerpen geweigerd, vanwege problemen met de opvang van zijn dochter. Hij was de dag ervoor ook al naar Antwerpen gereden. Werknemer is vervolgens op staande voet ontslagen. CTG heeft werknemer aangeboden om een vaststellingsovereenkomst te sluiten ter beëindiging van het dienstverband. Werknemer heeft de vaststellingsovereenkomst ondertekend. Thans stelt werknemer dat de vaststellingsovereenkomst tot stand is gekomen door misbruik van omstandigheden. Er was reeds een ontslag op staande voet aan hem gegeven, waardoor hij zich in een sterk afhankelijke positie bevond ten opzichte van CTG. Hij vordert betaling van een (ontslag)vergoeding ten bedrage van € 9.153,83 bruto.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Werknemer heeft onvoldoende aangevoerd, op grond waarvan kan worden geconcludeerd dat de vaststellingsovereenkomst door misbruik van omstandigheden zijdens CTG tot stand is gekomen. Dat er sprake is geweest van bijzondere omstandigheden die werknemer hebben bewogen tot het aangaan van de vaststellingsovereenkomst, is onvoldoende onderbouwd. De omstandigheid dat werknemer niet eerder met het bijltje van het voeren van onderhandelingen over een beëindiging van het dienstverband had gehakt, betekent op zichzelf nog niet dat hij, zoals hij stelt, door onervarenheid als bedoeld in artikel 3:44 BW is bewogen tot het aangaan van de vaststellingsovereenkomst. Uiteraard verkeerde werknemer als (ex-)werknemer in een afhankelijkheidsrelatie tot CTG. Dit betekent echter niet dat werknemer louter daarom werd bewogen tot het aangaan van de vaststellingsovereenkomst. De afweging om de

vaststellingsovereenkomst wel of niet te tekenen en het dienstverband op die manier te beëindigen, diende werknemer zelf te maken. Daarbij is ook van belang dat niet gebleken is dat werknemer het ontslag op staande voet destijds onterecht achtte. Het handelen van werknemer ná het sluiten van de vaststellingsovereenkomst wijst er ook niet bepaald op dat hij van mening was dat deze overeenkomst door misbruik van omstandigheden zijdens CTG tot stand is gekomen. Indien dat werkelijk zo zou zijn geweest, dan had het alleszins voor de hand gelegen dat werknemer daartegen dadelijk had geprotesteerd. Een dergelijk protest heeft niet eerder dan medio oktober 2011 voor de eerste keer plaatsgevonden.

Zelfs al zou de vaststellingsovereenkomst wél door misbruik van omstandigheden zijdens CTG tot stand zijn gekomen, dan nog zou de door werknemer gevorderde ontslagvergoeding niet toewijsbaar zijn. De aan de gevorderde vergoeding ten grondslag gelegde stelling van werknemer is dat hij, indien hij niet met de vaststellingsovereenkomst akkoord zou zijn gegaan, een ontslagvergoeding ter hoogte van de neutrale kantonrechtersformule zou hebben bedongen. Deze stelling van werknemer gaat er echter geheel aan voorbij dat voor het overeenkomen van een ontslagvergoeding 'it takes two', kortom dat daarvoor ook de instemming van CTG vereist was. Op geen enkele manier is gebleken dat die bereidheid bij CTG aanwezig zou zijn geweest. Volgt afwijzing van de vorderingen.

---

**Instantie:** Rechtbank Noord-Nederland

**Datum uitspraak:** 01-10-2013

**ECLI:** ECLI:NL:RBNNE:2013:5887

**Zaaknummer:** K L 433290 - CV EXPL 13-4195 (E)

**Rechters:** J.C.G. Leijten

**Advocaten:** F.H.J. Swarte en B. Romkes

**Wetsartikelen:** 3:44 BW