

Nieuwsbrief AR Updates - Nummer 51, 2013

Nummer 51, 2013

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

INHOUDSOPGAVE

Hoge Raad

Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2013:2048 20-12-2013

werkgever/werknemers

Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2013:2128 20-12-2013

werknemer/Connexxion Taxi Services B.V.

Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2013:2127 20-12-2013

De Witte/Pekel, Klein en Prummel Notarissen

Hof

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2013:6102 17-12-2013

werknemer/X Uitzendbureau B.V.

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2013:6066 17-12-2013

TCP B.V./werknemer

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2013:4521 11-12-2013

Ondernemingsraad van TintelTuin B.V./TintelTuin B.V.

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2013:5983 10-12-2013

X Wooncenter B.V./werknemer

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2013:4589 10-12-2013

Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie/mr. X

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2013:2684 27-08-2013

Stichting Pensioenfonds Metalektro/werkgever

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2013:2682 27-08-2013

werkneemster/Network Hardware Resale LLC

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2013:4690 25-06-2013

El Al Israel Airlines/werknemer

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2012:2653 25-09-2012

Stichting Pensioenfonds Metalektro/werkgever

Rechtbank

Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2013:3377 20-12-2013

Stichting De Terebint c.s./werknemer

Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2013:3376 20-12-2013

Stichting De Terebint c.s./werkneemster

Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2013:3374 19-12-2013

werkgeefster/werknemer

Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2013:17765 16-12-2013

IHC Merwede Employment B.V./werknemer

Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2013:7105 12-12-2013

Coöperatieve Rabobank Kromme Rijnstreek U.A./werkneemster

Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2013:6814 12-12-2013

Continu B.V./Kiss Engineering B.V.

Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2013:6136 11-12-2013

werkneemster/werkgever

Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2013:6216 11-12-2013

werknemer/Terberg-Benschop B.V.

Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2013:7084 09-12-2013

Bruil Beton & Mix B.V./werknemer

Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2013:10420 06-11-2013

werknemers/KLM Catering Services Schiphol B.V.

Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2013:10425 30-10-2013

werkneemster/Stichting Viva! Zorggroep

Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2013:17603 28-10-2013

De Staat der Nederlanden, het ministerie van Veiligheid en Justitie,
Bestuursdepartement/Groepsondernemingsraad Bestuursdepartement van het
ministerie van Veiligheid en Justitie

Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2013:16952 03-10-2013

X/European Patent Office c.s.

Uitspraken zonder ECLI

Rechtbank Gelderland 12-12-2013

werknemer/werkgever

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Rechtbank Midden-Nederland 13-12-2013

werkneemster/werkgever

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Rechtbank Rotterdam 08-11-2013

werknemer/werkgever

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Rechtbank Amsterdam 12-12-2013

werkgeefster/werknemer

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Annotatie

Medezeggenschapsrechten ambtenaar onnodig gemarginaliseerd

mr. dr. G.W. van der Voet

RECHTSPRAAK

werkgever/werknemers

Landsbesluit op het ter beschikking stellen arbeidskrachten (Curaçao) heeft wettelijke grondslag in de Landsverordening en is als zodanig verbindend. Werkgever dient lonen overeenkomstig de inlener te betalen

Werknemers waren krachtens arbeidsovereenkomst in dienst van werkgever, die een uitzendbureau drijft. United Telecommunications Services N.V. (hierna: UTS) heeft met werkgever een overeenkomst gesloten om telefonistes in te lenen. Werknemers zijn als uitzendkrachten van mei 2008 tot en met april 2011 bij UTS in die functie tewerkgesteld. Hun arbeidsovereenkomsten met werkgever zijn per 1 mei 2011 beëindigd. Werknemers vorderen betaling van het verschil tussen het aan hen betaalde salaris met emolumenten en het salaris met emolumenten dat hen op grond van de geldende cao-bepalingen voor dezelfde functie had behoren te worden betaald. Zij doen dit op grond van artikel 6 van het Landsbesluit op het ter beschikking stellen arbeidskrachten (P.B. 1996, no. 139) (hierna: het Landsbesluit en vergelijkbaar met de Waadi). Volgens werkgever is het Landsbesluit onverbindend.

De Hoge Raad oordeelt als volgt. Het Landsbesluit strekt blijkens het 'intitulé' ter uitvoering van artikel 8 van de Landsverordening. Laatstgenoemde bepaling luidt: 'Bij landsbesluit houdende algemene maatregelen kunnen nadere regelen worden gesteld welke door de houder van een vergunning in acht genomen moeten worden.' Voor het antwoord op de vraag of deze bepaling een voldoende wettelijke grondslag biedt voor artikel 6 lid 1 van het Landsbesluit, is het volgende van belang. Met de Landsverordening is blijkens de memorie van toelichting (p. 2-4) beoogd 'enkele negatieve maatschappelijke gevolgen van het ter beschikking stellen van arbeidskrachten' tegen te gaan. In dat verband is onder meer gewezen op het feit dat 'in bepaalde bedrijfstakken werkgevers hun arbeidskrachten een veel lager loon betalen dan andere werknemers die soortgelijke werkzaamheden verrichten teneinde een hogere winst te kunnen maken'. Dat is 'duidelijk in strijd met de goede verhoudingen op de arbeidsmarkt dan wel met de belangen van de betrokken arbeidskrachten'. Daarom wordt het ter beschikking stellen van arbeidskrachten door de werkgever aan derden gebonden aan een vergunningstelsel, zodat 'de arbeidsverhoudingen in goede banen worden geleid en de

goede verhoudingen op de arbeidsmarkt en de belangen van de betrokken arbeidskrachten worden beschermd'. Uit de tekst van artikel 8 van de Landsverordening, gelezen in het licht van deze toelichting, volgt dat bij Landsbesluit nadere regels kunnen worden gesteld die betrekking hebben op de hoogte van het loon en de overige vergoedingen van uitzendkrachten, zoals in artikel 6 lid 1 van het Landsbesluit is gebeurd. De regeling van artikel 6 van het Landsbesluit is derhalve, als berustend op een wettelijke grondslag, verbindend. Het onderdeel faalt.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 20-12-2013

ECLI: ECLI:NL:HR:2013:2048

Zaaknummer: 12/04574

Rechters: F.B. Bakels, C.A. Streefkerk, G. Snijders, M.V. Polak en G. de Groot

Advocaten: J. Groen en E.A.M. Brouwers-Bouwman

Wetsartikelen: 6 Landsbesluit op het ter beschikking stellen arbeidskrachten

RECHTSPRAAK

werknemer/Connexxion Taxi Services B.V.

Oordeel bezwaarverzekeringsarts ZW-uitkering kan wel degelijk ontbreken artikel 629a-oordeel helen, althans leiden tot het oordeel dat in redelijkheid niet van de werknemer het overleggen van een artikel 629a-oordeel kan worden gevergd. Deskundigenoordeel artikel 7:629a BW dient niet als hulpmiddel voor de werkgever

(Cassatieberoep van AR 2012-0476.) Werknemer is op 1 januari 2001 in dienst getreden van Connexxion in de functie van chauffeur. Werknemer heeft zich in februari 2007 ziek gemeld wegens klachten aan de rechterarm. Na een korte herstelmelding is werknemer opnieuw uitgevallen. De bedrijfsarts heeft werknemer in staat geacht vervangende werkzaamheden te verrichten. Werknemer heeft dit niet gedaan. Connexxion heeft vanaf 1 juli 2007 tot 1 augustus 2008 geen loon betaald wegens het schenden van re-integratieverplichtingen door werknemer. Met toestemming van de CWI heeft Connexxion de arbeidsovereenkomst opgezegd per 1 augustus 2008. De door de werknemer aangevraagde Ziektewetuitkering is aanvankelijk geweigerd, omdat hij verwijtbaar zou hebben gehandeld. In augustus 2009 heeft de bezwaarverzekeringsarts in het kader van de ZW-procedure geoordeeld dat werknemer op 17 juli 2007 niet geschikt was voor het aangeboden vervangende werk en is de Ziektewetuitkering alsnog toegekend. De kantonrechter heeft de loonvordering van werknemer over de periode 1 juli 2007 tot 1 augustus 2008 toegewezen. Het hof heeft de loonvordering afgewezen, stellende dat het oordeel van de bezwaarverzekeringsarts het ontbreken van een deskundigenoordeel ex artikel 7:629a BW niet herstelt. Tegen dit oordeel keert werknemer zich in cassatie.

De Hoge Raad oordeelt als volgt. Volgens artikel 7:629a lid 1 BW wijst de rechter een loonvordering als bedoeld in artikel 7:629 BW af, indien bij de eis niet een verklaring is gevoegd van een zogenoemde UWV-deskundige omtrent de verhindering van de werknemer om de bedongen of andere passende arbeid te verrichten. Dit voorschrift geldt volgens lid 2 van die bepaling echter niet indien het overleggen van de verklaring in redelijkheid niet van de werknemer kan worden gevergd. Met de verplichting om een deskundigenoordeel bij een loonvordering te voegen, is beoogd de rechtspositie van de werknemer te versterken en

efficiënte geschilbeslechting te bevorderen. Een onafhankelijk deskundigenoordeel kan dienen als hulpmiddel voor de werknemer om te onderbouwen dat hij ziek is in gevallen waarin de werkgever loondoorbetaling weigert en aanvoert dat sprake is van werkweigeren en niet van ziekte. Komen werknemer en werkgever aan de hand van een deskundigenoordeel in onderling overleg niet tot een oplossing en wordt de beslissing van de rechter ingeroepen, dan zal de rechter veelal niet zonder medisch advies kunnen beslissen. In dat geval kan overlegging van een voorafgaand aan de procedure verkregen deskundigenoordeel bijdragen aan een snelle beslissing, die gepaard gaat met een beperkt beslag op de rechterlijke macht en die zo nodig ook een oordeel kan bevatten over eventuele bezwaren van werkgever of werknemer tegen het deskundigenoordeel (Kamerstukken II 1995/96, 24 439, nr. 3, p. 23-25 en 64). Uit het arrest van het hof volgt dat zij de opvatting is toegedaan dat artikel 7:629a lid 1 BW mede tot doel heeft de werkgever een hulpmiddel te bieden in het re-integratieproces (hem in staat te stellen te reageren op een oordeel van een deskundige indien het oordeel van de bedrijfsarts in twijfel wordt getrokken). Die opvatting is echter onjuist. Met de verplichte overlegging van de verklaring is beoogd de rechtsbescherming van de werknemer te versterken en efficiënte geschilbeslechting door de rechter te bevorderen. Het is aan de werknemer of hij een verklaring van een UWV-deskundige aanvraagt teneinde een loonvordering te kunnen instellen. De werknemer hoeft zich daarbij niet te laten leiden door de vraag of de werkgever behoefte heeft aan de informatie in die verklaring. De klacht slaagt.

Het bestreden oordeel komt er voorts op neer dat het rapport van de bezwaarverzekeringsarts niet mede kan dienen om te oordelen dat in redelijkheid niet van werknemer kan worden gevergd een verklaring van een UWV-deskundige bij de loonvordering te voegen. Dit oordeel moet worden gezien tegen de achtergrond van de navolgende feiten en omstandigheden waarvan het hof blijkens het bestreden arrest en de gedingstukken is uitgegaan: (1) werknemer heeft getracht een deskundigenoordeel in te winnen, maar het UWV heeft de aanvraag teruggestuurd en niet in behandeling willen nemen; (2) aan de daaropvolgende ontslagaanvraag van Connexxion en de weigering van de ZW-uitkering door het UWV lag ten grondslag dat werknemer weigerde, onder meer medio juli 2007, om passende arbeid te verrichten waarvoor hij geschikt werd geacht; (3) in het rapport van de bezwaarverzekeringsarts, dat is opgemaakt in het kader van de ZW-uitkeringsaanvraag, is onder meer uiteengezet dat medio juli 2007 onvoldoende medische informatie voorhanden was om te oordelen dat werknemer geschikt was voor de hem aangeboden werkzaamheden. Vervolgens heeft het UWV aan werknemer een ZW-uitkering met ingang van 1 augustus 2008 toegekend; (4) werknemer heeft de onderhavige vorderingen aanhangig gemaakt in april 2010. Deze betreffen de periode van 1 juli 2007 (opschorting loonbetalingen) tot 1 augustus 2008 (ontslagdatum). In het licht van een en ander is, ook met inachtneming van de toepasselijke terughoudendheid, onbegrijpelijk waarom met behulp van het rapport van de

bezwaarverzekeringsarts niet kan worden geoordeeld dat zich het geval voordoet dat in redelijkheid niet van werknemer kan worden gevergd alsnog een verklaring van een UWV-deskundige bij de loonvordering te voegen. In zoverre slagen de klachten.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 20-12-2013

ECLI: ECLI:NL:HR:2013:2128

Zaaknummer: 12/05354

Rechters: E.J. Numann, A.M.J. van Buchem-Spapens, C.E. Drion, G. Snijders en G. de Groot

Advocaten: H.J.W. Alt, S. Kousedghi en R.A.A. Duk

Wetsartikelen: 7:629a BW

RECHTSPRAAK

De Witte/Pekel, Klein en Prummel Notarissen

De beoogde bescherming van de werknemer brengt met zich dat onder rechtsgeldige opzegging in artikel 7:667 lid 4 BW (Ragetlie) niet wordt verstaan een opzegging door de werknemer

De Witte is op 15 oktober 1983 in dienst getreden bij een rechtsvoorganger van Pekel c.s. Eind juni 2007 heeft hij aan Pekel c.s. kenbaar gemaakt in gesprek te zijn over een mogelijke indiensttreding bij een andere werkgever, Countus. Op 6 augustus 2007 heeft De Witte een schriftelijke arbeidsovereenkomst met Countus ondertekend. Op 9 augustus 2007 hebben Countus en Pekel c.s. afgesproken dat De Witte met ingang van 15 oktober 2007 zijn werkzaamheden bij Countus zou aanvangen. De Witte heeft, na op 28 september 2007 afscheid van Pekel c.s. te hebben genomen, van Pekel c.s. een eindafrekening ontvangen die vermeldt 'uit dienst op 15 oktober 2007'. De Witte is op 15 oktober 2007 zijn werkzaamheden bij Countus aangevangen. Op 13 november 2007 is De Witte, die spijt had gekregen van zijn overstap naar Countus, opnieuw in dienst getreden bij Pekel c.s., ditmaal op basis van een arbeidsovereenkomst voor een jaar. Deze arbeidsovereenkomst is per 13 november 2008 verlengd door ondertekening van een nieuwe arbeidsovereenkomst voor opnieuw een periode van een jaar. Pekel c.s. heeft De Witte bij brief van 20 oktober 2009 meegedeeld dat de arbeidsovereenkomst na 13 november 2009 niet wordt verlengd. De centrale vraag is of deze arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van rechtswege eindigt of toch dient te worden opgezegd op grond van artikel 7:667 lid 4 BW (Ragetlie). Het hof beantwoordde deze vraag ontkennend, stellende dat sprake was van een 'rechtsgeldige opzegging' door De Witte. Tegen dit oordeel keert De Witte zich in cassatie, stellende dat 'rechtsgeldige opzegging' ex artikel 7:667 BW niet ziet op de opzegging van De Witte, maar uitsluitend op een ontslaghandeling van Pekel c.s.

De Hoge Raad oordeelt als volgt. Artikel 7:667 lid 4 BW, dat is ingevoerd als onderdeel van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid, betreft een codificatie van de zogenoemde Ragetlie-regel, die wordt afgeleid uit de beslissing in HR 4 april 1986, ECLI:NL:HR:AB8727, NJ 1987/678 (Ragetlie/SLM) (zie ook 26 juni 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZCo649, NJ 1992/654 (De Vries/Thialf)). Deze regel hield in dat een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die een

voortzetting vormt van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, door opzegging dient te worden beëindigd om de werknemer niet de met het vereiste van opzegging gepaard gaande ontslagbescherming te onthouden. Blijkens de totstandkomingsgeschiedenis van artikel 7:667 lid 4 BW heeft de wetgever, in verband met de flexibiliteit die de nieuwe wettelijke regeling beoogde te brengen, de Ragetlie-regel willen beperken door als voorwaarde voor toepasselijkheid van die regel de eis te stellen dat de voorafgaande arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd niet is geëindigd door rechtsgeldige opzegging of ontbinding door de rechter. Ter toelichting op het artikellid is onder meer opgemerkt: 'Als gevolg van het onderhavige voorstel geldt het vereiste van opzegging bijvoorbeeld indien een voor onbepaalde tijd aangegane arbeidsovereenkomst met instemming van beide partijen wordt beëindigd en vervolgens wordt voortgezet door een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. In dat geval heeft bij de beëindiging van de eerste arbeidsovereenkomst geen opzegging plaatsgevonden en is mitsdien de daarmee samenhangende ontslagbescherming niet gerealiseerd. Het vereiste van opzegging geldt niet indien de voor onbepaalde tijd aangegane arbeidsovereenkomst is ontbonden door de rechter (bijv. op grond van art. 685 Boek 7 BW). Een verderstrekkende regeling zou naar onze mening te zeer afbreuk doen aan de aan de Wet flexibiliteit en zekerheid ten grondslag liggende flexibiliseringsgedachte' (Kamerstukken II 1998/99, 26 257, nr. 3, p. 5). En: 'De Eerste Kamer stelt het zeer op prijs dat het zogenoemde Ragetlie-arrest is gecodificeerd. Kort gezegd geldt die regel voor de situatie waarin een Werknemer in vaste dienst is geweest en bijvoorbeeld zonder ontslagvergunning wordt ontslagen en vervolgens voor hetzelfde werk op tijdelijke basis bij dezelfde werkgever in dienst komt. In deze situatie moet dit laatste tijdelijke contract toch worden opgezegd. De achterliggende gedachte is dat, als er geen ontslagbescherming voor de Werknemer is bij de beëindiging van het vaste dienstverband, het ook redelijk is dat de werknemer zijn ontslagbescherming blijft behouden als hij vervolgens voor hetzelfde werk op tijdelijke basis in dienst wordt genomen' (Kamerstukken II 1998/99, 26 257, nr. 12, p. 9, r.k.). Uit deze toelichting volgt dat de wetgever de eis van opzegging heeft gehandhaafd voor het geval van beëindiging 'anders dan door rechtsgeldige opzegging of ontbinding door de rechter', omdat bij die beëindiging de bij de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd bestaande ontslagbescherming niet 'gerealiseerd' is, dat wil zeggen geen toetsing van het ontslag heeft plaatsgevonden door (thans) het UWV, in het kader van de verlening van een ontslagvergunning, dan wel door de rechter, in het kader van een ontbinding van de arbeidsovereenkomst. In dat geval bestaat die ontslagbescherming (door de eis van opzegging) alsnog bij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst die een voortzetting is van de aanvankelijke arbeidsovereenkomst.

Het strookt met deze ratio van artikel 7:667 lid 4 BW om onder 'rechtsgeldige opzegging' in die bepaling niet te verstaan een opzegging door de werknemer. Bij die opzegging vindt immers geen toetsing van het ontslag plaats. In de totstandkomingsgeschiedenis van artikel 7:667 lid 4

BW zijn geen aanwijzingen te vinden dat de wetgever een andere bedoeling heeft gehad. Voorts wordt opgemerkt dat, gezien de bescherming van de werknemer die door de wetgever met het artikellid is beoogd, ook geen goede grond bestaat om onderscheid te maken tussen de beëindiging van de arbeidsovereenkomst op grond van wederzijds goedvinden – ten aanzien waarvan vaststaat dat de wetgever de eis van opzegging heeft willen handhaven – en die door opzegging door de werknemer. In beide gevallen berust de beëindiging immers (mede) op een daarop gerichte verklaring of gedraging van de werknemer, die meebrengt dat deze (bij die beëindiging) de ontslagbescherming mist waarop hij bij andere beëindigingswijzen aanspraak kan maken, terwijl het verschil tussen beide beëindigingswijzen feitelijk bovendien zeer gering kan zijn.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 20-12-2013

ECLI: ECLI:NL:HR:2013:2127

Zaaknummer: 12/05246

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

Advocaten: S.F. Sagel en E.H. van Staden Ten Brink

Wetsartikelen: 7:667 BW

RECHTSPRAAK

TCP B.V./werknemer

Werkgever die drie maanden wacht met controleren of werknemer alle zakelijke e-mails heeft overgedragen, kan zich niet meer op het contractuele boetebeding beroepen wegens schending artikel 6:89 BW. Afwijzing veroordeling werkgever werkelijke proceskosten werknemer wegens vermeend misbruik van procesrecht

Werknemer (56 jaar) is op 1 juli 2010 op grond van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd (hierna: de arbeidsovereenkomst) in dienst getreden van TCP in de functie van Chief Operating Officer, tevens lid van het managementteam. In de arbeidsovereenkomst staat opgenomen dat alle eigendommen van de werkgever (inclusief gegevens) op het eerste verzoek van de werkgever overhandigd moeten worden. Op overtreding van deze bepaling staat een boete van € 25.000 per overtreding en € 2.500 voor iedere dag waarop een overtreding voortduurt. Werknemer heeft – nadat hij op non-actief is gesteld en de arbeidsovereenkomst voorwaardelijk is ontbonden – zijn spullen ingeleverd. TCP heeft de contractuele boetes gevorderd, omdat werknemer niet alle bedrijfseigendommen zou hebben overgeleverd. Het hof oordeelde dat TCP niet binnen bekwame tijd (art. 6:89 BW) heeft gereageerd.

Het hof oordeelt als volgt. Artikel 6:89 BW is van toepassing op alle verbintenissen. De bepaling houdt in dat de schuldeiser op een gebrek in de prestatie geen beroep meer kan doen, indien hij niet binnen bekwame tijd nadat hij het gebrek heeft ontdekt of redelijkerwijs had moeten ontdekken, bij de schuldenaar ter zake heeft geprotesteerd. Blijkens de wetsgeschiedenis berust deze bepaling op de gedachte dat een schuldenaar erop moet kunnen rekenen dat de schuldeiser met bekwame spoed onderzoekt of de prestatie aan de verbintenis beantwoordt en dat deze, indien dit niet het geval blijkt te zijn, zulks, eveneens met spoed, aan de schuldenaar mededeelt. Hoeveel tijd de schuldeiser voor een en ander ten dienste staat, moet naar de aard van de overeenkomst en de gebruiken worden beoordeeld. Bij beantwoording van de vraag of is voldaan aan de in artikel 6:89 BW besloten liggende onderzoeks- en klachtplicht dient acht te worden geslagen op alle omstandigheden van het geval, waaronder de aard en inhoud van de rechtsverhouding, de aard en inhoud van de

prestatie en de aard van het gestelde gebrek in de prestatie. Wat betreft de lengte van de termijn die beschikbaar is voor het van de schuldeiser in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs te verwachten onderzoek is onder meer van belang de waarneembaarheid van het gebrek, de wijze waarop dit aan het licht treedt, en de deskundigheid van de schuldeiser. De vereiste mate van voortvarendheid wat betreft de onderzoeksplicht zal voorts afhangen van de ingewikkeldheid van het onderzoek. Bij de beantwoording van de vraag of tijdig is geklaagd op de voet van artikel 6:89 BW is ook van belang of de schuldenaar nadeel lijdt door het late tijdstip waarop de schuldeiser heeft geklaagd. In dit verband dient de rechter rekening te houden met enerzijds het voor de schuldeiser ingrijpende rechtsgevolg van het te laat protesteren zoals in artikel 6:89 BW vermeld – te weten verval van al zijn rechten ter zake van de tekortkoming – en anderzijds de concrete belangen waarin de schuldenaar is geschaad door het late tijdstip waarop dat protest is gedaan, zoals een benadeling in zijn bewijspositie of een aantasting van zijn mogelijkheden de gevolgen van de gestelde tekortkoming te beperken. De tijd die is verstreken tussen het tijdstip dat bekendheid met het gebrek bestaat of redelijkerwijs diende te bestaan, en dat van het protest, vormt in die beoordeling weliswaar een belangrijke factor, maar is niet doorslaggevend. (vgl. HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, r.o. 4.2.1-4.2.6). Werknemer heeft zich tegen de vorderingen van TCP onder meer verweerd met de stelling dat hij aan zijn verplichting uit hoofde van artikel 11 heeft voldaan door afgifte op 1 augustus 2011 van een USB-stick met daarop alle toen in zijn bezit zijnde bedrijfs-e-mails. In eerste aanleg heeft hij voorts aangevoerd dat TCP pas drie maanden na de overdracht van de USB-stick, op 4 november 2011, heeft gesteld dat zij de documenten niet op de USB-stick zou hebben aangetroffen. Het feit dat TCP bij de overdracht van de bedrijfseigendommen op 1 augustus 2011 kennelijk verzuimd heeft om direct te controleren en te verifiëren wat er precies op de USB-stick stond, kan, aldus werknemer, niet voor zijn rekening en risico komen. Werknemer heeft voorts gesteld dat hij de bewuste bedrijfs-e-mails na de overdracht heeft verwijderd van zijn computer en dat hij de mails dus niet meer in zijn bezit heeft. Werknemer heeft gesteld dat hij de data circa zes weken na de overdracht op 1 augustus 2011 van zijn computer definitief heeft verwijderd. Dat komt het hof niet onaannemelijk voor en het hof acht dat ook niet onzorgvuldig, gelet op de vertrouwelijkheid van de informatie. Zo heeft ook TCP ter zitting gesteld dat haar belang bij inlevering van de e-mails erin is gelegen dat zij wil voorkomen dat concurrenten de beschikking over deze informatie zouden kunnen krijgen. Bij het uitblijven van een reactie van TCP spoedig na ontvangst van de USB-stick mocht werknemer dan ook ervan uitgaan dat hij zijn verplichting tot afgifte van de bedrijfseigendommen van TCP correct was nagekomen. De omstandigheid dat partijen in verschillende procedures verwickeld waren geraakt, brengt naar het oordeel van het hof niet mee dat werknemer de gegevens, die hij meende correct te hebben overgedragen, langer diende te bewaren.

De stelling van werknemer dat TCP in de werkelijke proceskosten moet worden veroordeeld wegens misbruik van procesrecht, wordt niet gevolgd. De omstandigheden dat TCP naar aanleiding van het arbeidsrechtelijk geschil met werknemer verschillende procedures heeft geïnitieerd dan wel noodzakelijk heeft gemaakt en dat werknemer met disproportionele advocaatkosten is geconfronteerd, kunnen op zichzelf niet leiden tot het oordeel dat het onderhavige geding achterwege had behoren te blijven.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 17-12-2013

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2013:6066

Zaaknummer: HD 200.115.240/01

Rechters: M.J.H.A. Venner-Lijten, C.E.C.J. Ponsioen en P.M. Huijbers-Koopman

Advocaten: B.A. Boer en L.F.P. Coehorst

Wetsartikelen: 21 Rv en 6:89 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/X Uitzendbureau B.V.

IPR: ambtshalve toetsing van artikel 27 EEX-Vo (litispendentie). Dicta Belgische rechters van invloed op procedure in Nederland ondanks niet voldoen aan artikel 33 EEX-Vo. Concurrentiebeding hoeft bij verlenging tijdelijke arbeidsovereenkomst pas opnieuw schriftelijk te worden overeengekomen als sprake is van een zwaarder drukken-situatie

X Uitzendbureau B.V. houdt zich bezig met het zowel in Nederland als in België uitlenen van uitzendkrachten van Poolse komaf in diverse bedrijfstakken. X Uitzendbureau heeft een Belgische zustervenootschap, X Interim BVBA (hierna: Interim BVBA). Werknemer, die de Poolse nationaliteit bezit, is van 1 november 2000 tot 1 oktober 2005 op basis van een schriftelijke arbeidsovereenkomst bij X Uitzendbureau in dienst geweest. Op 26 juni 2006 is werknemer op basis van een schriftelijke arbeidsovereenkomst opnieuw bij X Uitzendbureau in dienst getreden in de functie van filiaalmanager A en wel voor de duur van één jaar. In deze arbeidsovereenkomst zijn een concurrentie- en een relatiebeding opgenomen. In maart 2009 heeft werknemer ontslag genomen bij Interim BVBA. Kort daarna is werknemer als zelfstandige werkzaamheden gaan verrichten voor uitzendbureau Z, een concurrent van X. Werknemer vordert een verklaring van recht dat het concurrentiebeding niet meer geldt. Daartoe stelt hij onder meer dat met zijn indiensttreding bij Interim BVBA (in 2007) de arbeidsovereenkomst met X Uitzendbureau is geëindigd, dan wel niet op juiste wijze bij voortzetting van zijn contract is overeengekomen. In de Belgische procedure (tegen Interim BVBA) is bepaald dat tussen werknemer en Interim BVBA geen arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen, dat werknemer daardoor al die tijd bij X Uitzendbureau in dienst is gebleven en het concurrentiebeding op grond van artikel 7:668 BW geldig is gebleven.

Het hof oordeelt als volgt. Tegen de beslissingen van de kantonrechter om zich bevoegd te achten van de vordering van werknemer, die woonachtig is in België, kennis te nemen en de toepasselijkheid van Nederlands recht op de arbeidsovereenkomst tussen werknemer en X Uitzendbureau zijn geen grieven gericht. Regels van internationale rechtsmacht zijn echter

van openbare orde tenzij het zaken betreft die ter vrije bepaling van partijen staan en waarin een forumkeuze is toegestaan. Het hof merkt op dat zich bij de door werknemer in hoger beroep overgelegde stukken het vonnis bevindt van de Arbeidsrechtbank te Antwerpen van 27 maart 2012, waarin X Uitzendbureau in een procedure tegen werknemer een aantal vorderingen heeft geformuleerd die grotendeels dezelfde onderwerpen kennen als de vorderingen van werknemer in de huidige procedure. Voornoemde Belgische procedure is voorts aangevangen bij inleidende dagvaarding van 16 september 2010, terwijl de procedure bij de kantonrechter is aangevangen bij inleidende dagvaarding van 25 juli 2011. In dit geval deed zich derhalve een situatie voor als bedoeld in artikel 27 lid 2 EEX-Verordening (nr. 44/2001). Deze bepaling staat niet ter vrije bepaling van partijen en is derhalve in beginsel van openbare orde. Nu echter ten tijde van de beoordeling in hoger beroep de procedure voor de Arbeidsrechtbank Antwerpen is beëindigd, mist artikel 27 lid 2 EEX-Vo inmiddels toepassing. Partijen hadden zich in plaats daarvan op de inhoud van het gewezen vonnis kunnen beroepen. Dit vonnis komt immers op grond van artikel 33 EEX-Vo in beginsel in aanmerking voor erkenning. Geen der partijen heeft echter een beroep gedaan op het gezag van gewijsde. Ambtshalve toepassing daarvan staat het hof niet vrij.

In de relatie tussen Interim BVBA en werknemer is door de Belgische rechter onherroepelijk vastgesteld dat tussen deze beide entiteiten geen arbeidsovereenkomst bestaat heeft. De juistheid van die beslissing staat op grond van artikel 36 EEX-Vo als zodanig niet meer ter beoordeling van de Nederlandse rechter, echter uitsluitend in de relatie tussen de daarbij betrokken partijen. Dat volgt ook uit het bepaalde in de artikelen 27 lid 1 en 34 lid 3 en lid 4 EEX-Vo. In die zin is het oordeel van de kantonrechter met betrekking tot de betekenis van de Belgische uitspraken (Arbeidsrechtbank 16 februari 2010 en Arbeidshof 22 maart 2011) in dit rechtsgeding gevoerd tussen werknemer en X Uitzendbureau onjuist, nu de in artikel 33 EEX-Vo bedoelde erkenning immers slechts betrekking heeft op een tussen dezelfde partijen gevoerd rechtsgeding. Anderzijds moet worden vastgesteld dat de door werknemer thans aangevoerde feiten en omstandigheden geen andere zijn dan die welke ook zijn aangevoerd in voornoemde Belgische procedures, terwijl hij evenmin enig argument heeft aangevoerd waarom de beslissing van de Belgische rechter en de daaraan ten grondslag gelegde overwegingen onjuist zouden zijn. Met die vaststelling mede in het licht van het verweer van X Uitzendbureau moet derhalve worden geoordeeld dat werknemer volstrekt onvoldoende feiten en omstandigheden heeft gesteld om het oordeel dat tussen hem en Interim BVBA sedert 1 mei 2007 een arbeidsovereenkomst heeft bestaan (en derhalve niet meer tussen hem en X Uitzendbureau) te kunnen rechtvaardigen. Waar werknemer geen (andere) feiten of omstandigheden heeft gesteld die de conclusie zouden kunnen rechtvaardigen dat met X Uitzendbureau sedert 26 juni 2007 geen arbeidsovereenkomst meer bestond, gaat ook het hof uit van het bestaan van een arbeidsovereenkomst tussen werknemer en X Uitzendbureau tot

het moment waarop werknemer zelf ontslag heeft genomen.

Met betrekking tot het concurrentiebeding oordeelt het hof als volgt. Allereerst onderschrijft het hof het oordeel van de kantonrechter met betrekking tot de (afwezigheid van de) noodzaak om ingeval van verlenging van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd opnieuw een concurrentiebeding overeen te komen. Verder is van belang dat een dergelijke noodzaak zich ook eerst voordoet indien sprake zou zijn van een zwaarder drukken van het betreffende concurrentiebeding. Niet alleen is dat niet door werknemer aangevoerd, maar zelfs als zou moeten worden aangenomen dat hij dit niettemin bedoeld heeft te stellen, dan nog is dat niet voldoende toegelicht. Zijn functie is immers niet gewijzigd en evenmin heeft de beweerdelijke wijziging van standplaats (door X Uitzendbureau overigens uitdrukkelijk betwist) een gevolg gehad voor de territoriale werking van het concurrentiebeding. De stelling dat werknemer terecht ontslag op staande voet heeft genomen wegens het onjuist dan wel te laat uitbetalen van loon, wordt als onvoldoende onderbouwd verworpen. Geen sprake van schadeplichtigheid.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 17-12-2013

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2013:6102

Zaaknummer: HD 200.111.211/01

Rechters: C.M. Aarts, M. van Ham en A.A.H. van Hoek

Advocaten: F.C.M. Maat-Oldenhof

Wetsartikelen: 7:653 BW, 27 EEX-Vo en 33 EEX-Vo

RECHTSPRAAK

werkneemster/werkgever

Tussen werkgever en werkneemster bestaat op essentiële punten verschil van mening over de feiten die aan het ontslag op staande voet ten grondslag liggen en de functiewaardering. Afwijzing vorderingen in kort geding

Werkneemster is sinds 25 januari 2013 in dienst getreden in de functie van junior styliste B. Er is eerst een arbeidsovereenkomst aangegaan voor drie maanden, daarna voor een maand en vervolgens voor zes maanden tot 24 november 2013. Werkneemster heeft op 19 juni 2013 een waarschuwing gekregen voor het te laat op het werk verschijnen, op 6 juli 2013 voor onacceptabel gedrag jegens een klant. Op 17 juli 2013 is zij op staande voet ontslagen, omdat zij niet op het werk is verschenen en al eerder twee officiële waarschuwingen heeft gekregen. Werkneemster beroept zich op de nietigheid van het ontslag en vordert gefixeerde schadevergoeding.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Partijen verschillen op essentiële punten van mening over de feitelijke gang van zaken omtrent de waarschuwingen en het ontslag. In het kader van dit kort geding kan niet vooruit worden gelopen op de eventuele bewijslevering in de bodemzaak. Derhalve kan vooralsnog niet worden beoordeeld of de loonvordering voor zover deze is gebaseerd op de gefixeerde schadevergoeding in de bodemprocedure met grote mate van waarschijnlijkheid zal worden toegewezen. Werkneemster heeft tevens achterstallig salaris gevorderd, op grond van de stelling dat zij feitelijk werkzaamheden heeft verricht behorende bij de functie haarstyliste 2. Ook hierover nemen partijen uiteenlopende standpunten in, zodat niet is komen vast te staan dat werkneemster de functie haarstyliste 2 uitoefende. Omdat een spoedeisend belang bij de betaling van achterstallige reiskosten ontbreekt en omdat anderzijds niet uitgesloten is dat werkgever vanwege te veel opgenomen vakantiedagen een verrekenbare vordering op werkneemster heeft, wordt dit deel van de vordering eveneens afgewezen.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 13-12-2013

Zaaknummer: 2521895 UV EXPL 13-481

RECHTSPRAAK

Continu B.V./Kiss Engineering B.V.

Verbod op indienstneming gedetacheerde werknemer gedurende een periode van een jaar op straffe van een halfjaar brutomaandloon en/of 1000 uren is nietig want in strijd met artikel 9a Waadi. Inlener komt beroep op artikel 9a Waadi toe

Kiss was in oktober 2012 op zoek naar een geschikte persoon voor de invulling van een vacature. Continu heeft twee kandidaten voorgesteld en heeft op detacheringsbasis een van deze kandidaten (hierna: H) ondergebracht bij Kiss. Op deze dienst van Continu zijn haar algemene voorwaarden van toepassing. De detachering heeft zeven weken geduurd met 278 werkzame uren, welke uren bij Kiss tegen een uurtarief van € 39 exclusief btw in rekening zijn gebracht en door Kiss zijn betaald. Kiss heeft H op een later moment zelf in dienst genomen. Kiss handelt daarmee in strijd met artikel 14 lid 2 van de tussen partijen overeengekomen algemene voorwaarden en is de overeengekomen boete verschuldigd van zes brutomaandsalarissen, te weten € 14.100 (zes maal € 2.350). Kiss stelt zich onder meer op het standpunt dat het boetebeding in strijd is met artikel 9a Waadi. Continu werpt in strijd met de Waadi een zware belemmering op voor het tot stand komen van een rechtstreekse arbeidsverhouding tussen Kiss en H, aldus Kiss.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Artikel 9a van de Waadi lid 2 jo. lid 1 bepaalt, kort gezegd, dat elk beding dat de indiensttreding van een arbeidskracht bij een inlener na afloop van de terbeschikkingstelling belemmert, nietig is. Daarop bestaat een uitzondering indien op grond van het beding de inlener een redelijke vergoeding is verschuldigd aan de uitlener voor de door de uitlener verleende diensten in verband met de terbeschikkingstelling, werving of opleiding van de arbeidskracht. Artikel 14 lid 2 van de algemene voorwaarden van Continu betreft een absoluut geformuleerd verbod tot het in dienst nemen van de arbeidskracht tot twaalf maanden na afloop van de opdracht en is derhalve in beginsel nietig tenzij voornoemde uitzondering zich voordoet. Op overtreding van dat verbod stelt artikel 14 lid 3 van de algemene voorwaarden een boete ter hoogte van zes brutomaandsalarissen. Tussen partijen is niet in geschil dat lid 2 en lid 3 van artikel 14 van de algemene voorwaarden in onderling verband en in samenhang moeten worden beoordeeld. Aldus moet worden beoordeeld in

hoeverre de boete in lid 3 een redelijke vergoeding is in de zin van artikel 9a lid 2 van de Waadi. Wat een redelijke vergoeding is, is in de Waadi niet gedefinieerd. In de memorie van toelichting bij de Waadi staat daarover het volgende: 'de redelijkheid van een dergelijke vergoeding kan worden beoordeeld aan de hand van wat in de markt gebruikelijk is, de kosten die zijn gemaakt en de duur van de terbeschikkingstelling. Als de terbeschikkingstelling bijvoorbeeld lang heeft geduurd, zullen de inkomsten daaruit groter zijn (en de kosten voor een groter deel zijn terugverdiend). Het ligt in de rede dat bij de bepaling van de hoogte van een vergoeding hiermee rekening wordt gehouden.' Dat een vergoeding ter hoogte van zes brutomaandsalarissen (in dit geval € 14.100) voldoet aan deze gezichtspunten heeft Continu onvoldoende onderbouwd en kon zij desgevraagd ter zitting ook onvoldoende concreet toelichten. In plaats daarvan heeft Continu ter zitting voor het vaststellen van een redelijke vergoeding aangesloten bij een bedrag ter hoogte van 21% van het brutojaarsalaris, wat aanmerkelijk lager is dan een bedrag ter hoogte van zes brutomaandsalarissen. Dat een bedrag van € 14.100 een redelijke vergoeding in de zin van artikel 9a de Waadi zou zijn, is dus niet, althans onvoldoende gebleken. Van de uitzondering die nietigheid van het artikel 14 lid 2 van de algemene voorwaarden zou voorkomen is daardoor geen sprake, zodat artikel 14 lid 2, in samenhang met artikel 14 lid 3, van de algemene voorwaarden nietig is. Nu sprake is van een nietig beding, is Kiss geen betaling verschuldigd van het primair gevorderde bedrag van € 14.100. De primaire vordering van Continu zal daarom worden afgewezen. Partijen worden in de gelegenheid gesteld zich nader uit te laten over de vraag wat een 'redelijk loon' dient te zijn voor Continu.

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 12-12-2013

ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2013:6814

Zaaknummer: 900550 \ CV EXPL 13-6190

Rechters: C. Schollen-den Besten

Advocaten: A.K.M. van Meer

Wetsartikelen: 9a Waadi

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgever

Exhibitieplicht. Afgifte salarisadministratie van elf collega's ziet niet op een rechtsbetrekking waarbij werknemer partij is, zodat werkgever niet verplicht is tot afgifte van deze gegevens

Tussen werknemer en werkgever is een procedure aanhangig waarin werknemer schadevergoeding vordert wegens kennelijk onredelijk ontslag. Werknemer vordert op grond van artikel 843a Rv afgifte van de salarisadministratie en de bankafschriften vanaf 1 september 2012 tot heden in verband met de betaling van lonen aan elf personen. Gelet op de comparitie, verwacht werknemer te zullen worden belast met het bewijs van zijn ingenomen stelling dat werkgever ex-collega's die wel hebben ingestemd met het omzetten van hun reguliere arbeidsovereenkomst in een oproepcontract, anders dan door werkgever in de ontslagprocedure bij UWV is gesteld, voortdurend voor circa 40 uur per week aan het werk houdt. Daarmee komt die omzetting feitelijk neer op een eenzijdige en overbodige verslechtering van arbeidsvoorwaarden, waarmee werknemer terecht niet heeft ingestemd.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Voorop wordt gesteld dat werknemer een vordering ex artikel 843a Rv tijdens een lopende bodemprocedure in kort geding kan instellen (HR 8 februari 2013, NJ 2013/87). Aan de hoofdvereisten van artikel 843a Rv is in dit geval echter niet voldaan. De verlangde gegevens zien niet op een rechtsbetrekking waarbij werknemer partij is. Het gaat immers om administratieve bescheiden die gegevens bevatten die enkel van belang zijn voor de rechtsbetrekking tussen werkgever en elf andere werknemers die intussen op basis van een oproepcontract voor werkgever werkzaam zijn. Dat werknemer er op zichzelf belang bij heeft om over die gegevens te beschikken, maakt nog niet dat werkgever verplicht is deze aan hem te verstrekken (HR 18 februari 2000, NJ 2001/259). Evenmin doet zich hier de uitzondering voor dat werknemer op enige wijze bij de opstelling of invulling van de bescheiden betrokken is geweest, zodat hij daarom toch als partij is te beschouwen in de zin van artikel 843a Rv (Hof Arnhem-Leeuwarden 10 september 2013, NJF 2013/458). Volgt afwijzing van de vordering.

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 12-12-2013

Zaaknummer: 2563922 VV EXPL 130134

RECHTSPRAAK

Ondernemingsraad van TintelTuin B.V./TintelTuin B.V.

TintelTuin heeft in redelijkheid niet tot reorganisatiebesluit kunnen komen door het advies van de OR, dat vanwege een storing in het e-mailverkeer een dag te laat is ontvangen, niet meer in de besluitvorming te betrekken

TintelTuin (kinderopvang) heeft in januari 2013 een reorganisatie doorgevoerd. Op 31 mei 2013 is de ondernemingsraad (hierna: OR) van TintelTuin advies gevraagd over het concept sociaal plan voor de tweede helft van 2013. Op 26 september 2013 is de OR advies gevraagd over het 'voorgenomen besluit reorganisatie 2014'. Nadat de OR op 1 oktober 2013 heeft laten weten dat de adviesaanvraag onvoldoende is gemotiveerd, heeft TintelTuin op 3 oktober 2013 meegedeeld dat de OR kennelijk behoefte heeft aan meer informatie en dat daar op korte termijn op zal worden teruggekomen. Verder is medegedeeld dat het advies over het sociaal plan los moet worden gezien van het advies over de aankomende reorganisatie. Nadat de OR een paar keer om advies is gevraagd, hetgeen vervolgens weer werd uitgesteld, is besloten het sociaal plan als voorgelegd vast te stellen. Op 17 oktober 2013 heeft de OR tot en met 25 oktober de tijd gekregen advies uit te brengen over de voorgenomen reorganisatie. Op 25 oktober heeft de voorzitter van de OR door middel van een sms aan de bestuurder bericht dat binnen de organisatie van TintelTuin geen e-mailverkeer mogelijk was, waardoor hij het advies niet tijdig aan TintelTuin kon toezenden. Op zaterdag 26 oktober om 10:19 uur is de OR medegedeeld dat het reorganisatieplan is vastgesteld. Op 26 oktober om 23:48 heeft de OR negatief advies uitgebracht en een uitgewerkt alternatief voorgesteld. TintelTuin stelt dat het besluit van 26 oktober (10:19 uur) definitief is. De OR stelt dat TintelTuin in redelijkheid niet tot het besluit heeft kunnen komen.

De Ondernemingskamer oordeelt als volgt. De OR heeft gesteld dat TintelTuin het sociaal plan – op 24 september 2013 – eenzijdig heeft vastgesteld, dat zij 'het onderliggende voorgenomen besluit' – de Ondernemingskamer begrijpt: het reorganisatieplan 2014 – nog niet ter advisering had voorgelegd en dat de OR daarvoor 'op een cruciaal onderdeel van de voorgenomen reorganisatie' geen wezenlijke invloed heeft kunnen uitoefenen. Vooropgesteld wordt dat de OR geen beroep heeft ingesteld tegen het besluit tot vaststelling van het sociaal

plan. Dat betekent dat de bezwaren tegen dat plan hier niet meer aan de orde kunnen komen. Daarbij is ook van belang dat TintelTuin steeds duidelijk heeft gemaakt dat de besluitvorming ten aanzien van het sociaal plan en het reorganisatieplan van elkaar moeten worden onderscheiden.

Voorts heeft de OR aangevoerd dat TintelTuin het reorganisatieplan uiteindelijk heeft vastgesteld zonder advies van de OR, terwijl zij wist dat het advies vrijwel gereed was en door de verstoring van het e-mailverkeer niet kon worden voltooid en verzonden, terwijl het advies haar een dag later alsnog bereikte. Naar het oordeel van de Ondernemingskamer had het in de gegeven omstandigheden in redelijkheid op de weg van TintelTuin gelegen om – na ontvangst van de sms op 25 oktober – het besluit korte tijd uit te stellen om de OR in de gelegenheid te stellen het advies alsnog af te ronden en uit te brengen zodat zij dat advies alsnog in de besluitvorming kon betrekken, althans ten minste contact op te nemen met de OR om te onderzoeken of de technische storing kon worden opgelost of anderszins in de daardoor ontstane problemen kon worden voorzien. TintelTuin heeft in redelijkheid niet tot het reorganisatiebesluit kunnen komen.

De Ondernemingskamer heeft aldus geoordeeld, dat TintelTuin bij afweging van de betrokken belangen op 26 november 2013 om 10:19 uur niet in redelijkheid tot het Besluit heeft kunnen komen. De Ondernemingskamer volstaat met dit oordeel. De Ondernemingskamer heeft de overige bezwaren verworpen dan wel niet zo ernstig geacht dat zij tot het oordeel kunnen leiden dat TintelTuin in redelijkheid niet tot het Besluit heeft kunnen komen. Uit het over en weer gestelde blijkt voorts, dat TintelTuin zich – zoals tevoren aangekondigd – bereid heeft getoond om ondanks het nemen van het besluit serieus met de ondernemingsraad te overleggen over de bezwaren van de ondernemingsraad en de door de ondernemingsraad op onderdelen aangedragen alternatieven. Bovendien is aannemelijk, dat, zoals TintelTuin heeft gesteld, verder uitstel tot verder oplopen van kosten leidt als gevolg waarvan de financiële problematiek – mede ten koste van de door de ondernemingsraad verdedigde belangen – slechts kan worden verzwaard. Dit een en ander betekent, dat de Ondernemingskamer het verzoek voor het overige – en dus ook het verzoek tot het treffen van voorlopige voorzieningen – zal afwijzen.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 11-12-2013

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2013:4521

Zaaknummer: 200.137.743/01 OK

Wetsartikelen: 25 WOR

RECHTSPRAAK

Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie/mr. X

Kandidaat-notaris handelt laakbaar door niet te voldoen aan permanente educatieverplichting. De stelling dat zij niet langer kandidaat-notaris is, maar notarieel medewerkster, voldoet niet, nu zij volgens de wet kwalificeert als kandidaat-notaris

De KNB verwijt betrokkene dat zij over het tijdvak 2010-2011 – evenals over de tijdvakken 2006-2007 en 2008-2009 – geen studiepunten ten behoeve van de permanente educatie heeft behaald, terwijl zij op grond van de Verordening bevordering vakbekwaamheid (hierna: de verordening) als kandidaat-notaris gehouden was om over dat tijdvak 40 studiepunten te behalen. Gezien de bijzondere maatschappelijke positie van het notariaat acht de KNB het van groot belang dat de burger erop kan vertrouwen dat (kandidaat-)notarissen hun kennis onderhouden. De handelwijze van betrokkene is naar de mening van de KNB dan ook tuchtrechtelijk laakbaar. Betrokkene heeft zich op het standpunt gesteld dat zij geen kandidaat-notaris meer is, aangezien zij na het voltooien van de beroepsopleiding voor het notariaat ervoor heeft gekozen om op haar kantoor niet langer als kandidaat-notaris maar als notarieel medewerker werkzaam te zijn.

Het hof oordeelt als volgt. Vaststaat dat betrokkene aan bedoelde opleidingsvereisten voldoet. Met betrekking tot haar werkzaamheden heeft betrokkene zowel ter zitting in eerste aanleg als in hoger beroep verklaard dat zij hypotheek- en leveringszaken behandelt, dat zij in die zaken onder meer conceptakten opmaakt en dat zij dit onder leiding van een kandidaat-notaris doet. Dit brengt naar het oordeel van het hof mee dat zij notariële werkzaamheden onder verantwoordelijkheid van een notaris verricht. Nu betrokkene aan de wettelijke vereisten van artikel 1 lid 1 aanhef en sub b (oud) Wet op het notarisambt (Wna) (met ingang van 1 januari 2013 vernummerd tot sub c) voldoet, is het hof van oordeel dat betrokkene kandidaat-notaris is en dus aan het tuchtrecht is onderworpen. De functie waarvan in artikel 1 van de Verordening bevordering vakbekwaamheid wordt gesproken betreft de functie van (al dan niet ervaren) kandidaat-notaris. Welke (notariële) werkzaamheden betrokkene op enig moment daadwerkelijk verricht en hoe zij zich presenteert is naar het oordeel van het hof niet van belang bij de beoordeling of zij in strijd met de verordening heeft gehandeld, nog

daargelaten dat dit, zeker wat de werkzaamheden betreft, voor de KNB niet is vast te stellen. Ook overigens ziet het hof geen reden om betrokkene als kandidaat-notaris niet aan de educatieverplichting te houden, zodat, nu vaststaat dat zij in het betreffende tijdvak niet aan die verplichting heeft voldaan, de conclusie moet zijn dat betrokkene in strijd met de verordening heeft gehandeld. Een maatregel zou in beginsel gepast zijn, maar gezien de omstandigheden is het hof van oordeel dat dit keer kan worden volstaan met gegrondverklaring van de klacht zonder oplegging van een maatregel.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 10-12-2013

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2013:4589

Zaaknummer: 200.119.050/01 NOT

Rechters: W.J.J. Los, J.C.W. Rang en C.P. Boodt

Advocaten: W.J. Geselschap en M. Kremer

Wetsartikelen: 1 Wet op het notarisambt

RECHTSPRAAK

X Wooncenter B.V./werknemer

Werknemer die uitvoering geeft aan zwartgelddeal tussen zijn afdelingsleider en een klant en daarmee interne regels overtreedt, kan niet op staande voet worden ontslagen. Dat hoge loonvordering bedrijfseconomisch zuur is, is onvoldoende voor matiging ex artikel 7:680a BW

Werknemer (56 jaar) is op 1 november 2006 in dienst getreden van Wooncenter B.V. voor 22 uur per week. Daarnaast is werknemer in dienst van Keukenstudio BVBA, een Belgische dochteronderneming. Op 6 maart 2013 is werknemer door Keukenstudio op staande voet ontslagen. Op 7 maart 2013 volgde het ontslag door Wooncenter. Aan werknemer werd verweten dat hij frauduleus zou hebben gehandeld door een dure mengkraan/quooker zelf (met personeelskorting) te bestellen en deze 'zwart' aan een klant te verkopen. De klant en werknemer bevestigen dat deze handelwijze voortvloeit uit een tussen de klant en filiaalmanager gemaakte afspraak. De filiaalmanager is tijdens de koop van de keuken vertrokken waardoor werknemer de order moest overnemen en uitvoeren.

Het hof oordeelt als volgt. Voldoende aannemelijk is geworden dat werknemer enkel de gemaakte afspraken tussen de klant en zijn afdelingshoofd heeft uitgevoerd. Het hof acht het voorts voldoende aannemelijk dat werknemer zich bij de uitvoering van de door de familie (partner klant) met de afdelingsleider gemaakte afspraak heeft laten leiden door servicegerichtheid, dat wil zeggen door de wens de met de klant, de familie van de partner van de klant, gemaakte afspraak ten aanzien van de quooker na te komen. Het hof sluit niet uit dat, zoals werknemer ter zitting in hoger beroep heeft verklaard, in dat verband voor hem mede een rol heeft gespeeld dat de afdelingsleider, destijds afdelingsleider bij Wooncenter, hiërarchisch boven werknemer was geplaatst, waardoor werknemer zich mogelijk ook om die reden verplicht heeft gevoeld de door de afdelingsleider met de klant gemaakte afspraak uit te voeren. Met de kantonrechter is het hof voorshands van oordeel dat in de gegeven omstandigheden, in onderling verband en samenhang gewogen, het ontslag op staande voet van werknemer een te ingrijpende maatregel was. Naast hetgeen hiervoor is overwogen, voegt het hof toe dat werknemer ten tijde van het ontslag 55 jaar oud was en gedurende ruim zes

jaar naar tevredenheid bij Wooncenter had gewerkt. Onder al deze omstandigheden was het ontslag op staande voet van werknemer niet gerechtvaardigd.

Het beroep van Wooncenter op artikel 7:680a BW met het argument dat het bedrijfseconomisch 'zuur' is dat Wooncenter wordt getroffen door een loonvordering, faalt.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 10-12-2013

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2013:5983

Zaaknummer: HD 200.131.271/01

Rechters: M.J.H.A. Venner-Lijten, C.E.C.J. Ponsioen en P.M. Huijbers-Koopman

Advocaten: M.J.J. Pieters en G.E.R. Ummelen

Wetsartikelen: 7:677 BW, 7:678 BW en 7:680a BW

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgever

Ondanks concrete toezegging aan WWB-werknemer, is geen daadwerkelijke hulp of bemiddeling geboden bij het verbeteren van arbeidsmarktpositie na ontslag. Opzegging is kennelijk onredelijk

Werknemer is in 1997 in dienst getreden van Stichting Maatwerk. Nadat de Stichting Maatwerk niet langer operationeel was geworden, is werknemer via de Wet Inschakeling Werkzoekende (WIW) in dienst van de gemeente gekomen. Hij is werkzaam als administratief medewerker bij een bewonersvereniging. Per 1 januari 2004 is de WIW opgegaan in de Wet Werk en bijstand (WWB). Vanwege de afbouw van gesubsidieerde arbeid door het Rijk is besloten alle werknemers die in een WWB-baan werkzaam zijn, ontslag aan te zeggen. Werknemer stelt dat de opzegging van zijn arbeidsovereenkomst kennelijk onredelijk is. Primair stelt hij dat sprake is van een valse dan wel voorgewende reden, subsidiair beroept hij zich op het gevolgcriterium.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Van een valse of voorgewende reden is geen sprake. Gelet op de afbouw van de gesubsidieerde arbeid heeft de gemeente in redelijkheid de keuze kunnen maken tot het doen vervallen van de WWB-arbeidsplaatsen en daarmee het ontslag van de zestien werknemers. Ten aanzien van het gevolgcriterium wordt overwogen dat beide partijen worden geacht het risico van het wegvallen van de subsidie op voorhand te hebben ingecalculeerd. Bij de opzegging heeft de gemeente werknemer aangeboden hem te ondersteunen door zijn 'mogelijkheden voor de toekomst te bespreken en uit te werken', waarbij ook concrete nazorg voor de door ontslag getroffen werknemers in het vooruitzicht is gesteld, waarbij het begrip 'maatwerk' is gebruikt. Werknemer heeft in dit verband onweersproken gesteld dat de feitelijke invulling van die nazorg beperkt is gebleven tot doorverwijzing naar het UWV, voorlichting over het aanvragen van een WW-uitkering en een oriënterend gesprek met een re-integratiecoach. Van daadwerkelijke hulp of bemiddeling bij het verbeteren van zijn positie op de arbeidsmarkt na zijn ontslag is niet gebleken, hetgeen op grond van haar aanbod wel van de gemeente verwacht had moeten worden. Het ontslag is derhalve kennelijk onredelijk. Er wordt een schadevergoeding van € 13.500 toegekend, welk bedrag grosso modo overeenkomt met het bedrag dat nodig is om zijn WW-uitkering

gedurende de totale duur (38 maanden) aan te vullen tot 100% van het laatstverdiende loon, in welke periode werknemer dan op eigen gelegenheid en voor eigen rekening de door hem gewenst hulp bij re-integratie kan invoepen.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 08-11-2013

Zaaknummer: 2033647 / CV EXPL 13-18600

RECHTSPRAAK

Stichting Pensioenfonds Metalektro/werkgever

Werkgever heeft onvoldoende belang te vorderen dat Stichting Pensioenfonds Metalektro dekkingsgraadopslag in mindering brengt op overdrachtswaarden ter inkoop van pensioenen voor werknemers. Mogelijke boete-oplegging door DNB onvoldoende geconcretiseerd

(Zie ook AR 2013-1028.) Werkgever is bij het tussenarrest in de gelegenheid gesteld haar belang nader toe te lichten bij de laatste door haar ingestelde vordering, inhoudende dat voor recht wordt verklaard dat het korten van de overdrachtswaarde met de dekkingsgraadopslag in strijd is met de Pensioenwet (PW), dan wel de Pensioen- en spaarfondsenwet (PSW).

Het hof oordeelt als volgt. Werkgever heeft betoogd dat, voor zover de overeenkomst met PME meebrengt dat PME de dekkingsgraadopslag in mindering mocht brengen op de overdrachtswaarden, sprake is van een nietig beding volgens de PW dan wel de PSW en dat dit betekent dat PME de (van de vorige pensioenuitvoerders ontvangen) overdrachtswaarden alsnog geheel moet aanwenden voor de inkoop van pensioenen voor de desbetreffende deelnemers. Als dit al het gevolg zou zijn van de nietigheid van dit onderdeel van de overeenkomst tussen partijen (waarbij werkgever klaarblijkelijk veronderstelt dat zij dan geen vergoeding aan PME hoeft te betalen voor de dienovereenkomstige verhoging van de pensioenaanspraken van de werknemers, hetgeen niet voor de hand ligt omdat aan werkgever nimmer is toegezegd dat geen dekkingsgraadopslag behoefde te worden betaald), is daarmee het belang van werkgever bij een verklaring voor recht dat sprake is van een met de PW dan wel de PSW strijdig beding nog niet gegeven. Doordat PME niet het gehele bedrag van de overdrachtswaarden voor de inkoop van pensioenaanspraken heeft aangewend, maar daarop een bedrag voor dekkingsgraadopslag in mindering heeft gebracht, is werkgever immers zelf niet in enig belang geschaad. Bij de inkoop van pensioenaanspraken zijn namelijk uitsluitend de belangen van de werknemers van werkgever in het geding. Zoals het hof reeds in het tussenarrest heeft overwogen, treedt werkgever niet namens haar werknemers op en is voorts niet gebleken dat zij gemachtigd is ten behoeve van hen op te treden. Haar belang bij de verklaring voor recht heeft werkgever evenmin voldoende aannemelijk gemaakt met het betoog dat zij door De Nederlandsche Bank kan worden beboet omdat zij een deel van de

pensioentoezegging aan haar werknemers niet heeft ondergebracht bij een pensioenuitvoerder en dat zij daarmee in strijd handelt met haar onderbrengingsplicht als bedoeld in artikel 2 PSW en artikel 23 PW dan wel dat haar werknemers haar tot betaling kunnen aanspreken van het verschil tussen het pensioen waarop zij volgens de pensioentoezegging van werkgever recht hebben en hun actuele pensioen. Werkgever heeft op geen enkele wijze geconcretiseerd of onderbouwd dat zij aan haar werknemers toezeggingen heeft gedaan tot hogere pensioenen dan die welke door PME zijn geoffreerd en gerealiseerd. Op grond van het voorgaande moet de conclusie zijn dat werkgever geen voldoende belang heeft bij de door haar als laatste gevorderde verklaring voor recht.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 27-08-2013

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2013:2684

Zaaknummer: 200.069.897/01

Rechters: J.E. Molenaar, R.J.M. Smit en S.F. Schütz

Advocaten: O.F. Blom en B. van Tilburg

Wetsartikelen: 2 PSW en 23 PW

RECHTSPRAAK

werkneemster/Network Hardware Resale LLC

Geen rechtsgeldig ontslag op staande voet wegens werkweigering nu werkneemster ziek is. Deskundigenoordeel ex artikel 7:629a BW niet vereist in kort geding. Niet toepassen van hoor en wederhoor maakt wel overgelegd deskundigenoordeel niet onjuist

Werkneemster is met ingang van 15 september 2010 in dienst getreden van Network Hardware Resale (hierna: NHR). Op 1 april 2012 hebben partijen een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd gesloten. Werkneemster was aangesteld als Office Manager en in die functie onder meer werkzaam als receptioniste. Het salaris van werkneemster bedroeg laatstelijk € 1.900 bruto per maand exclusief vakantietoeslag. Op 12 oktober 2012 is zij door NHR op staande voet ontslagen. NHR heeft voor het aan werkneemsters gegeven ontslag op staande voet de volgende (door haar als 'urgent reason' aangemerkte) redenen opgegeven. Op 26 september 2012 heeft NHR met werkneemster een bespreking gehad. Haar is toen meegedeeld dat NHR had besloten de arbeidsovereenkomst wegens onaanvaardbaar gedrag van werkneemster en het niet in acht nemen van bedrijfsregels ('unacceptable behaviour and not observing the company rules') te beëindigen. Werkneemster was al meermalen officieel gewaarschuwd in verband met te laat komen op het werk en had op 3 september 2012 een (schriftelijke) 'final warning' gekregen om de 'company rules' na te leven in verband met het niet verstrekken van informatie over de plaats waar zij verbleef na een ziekmelding en het feit dat zij zonder toestemming een middag was weggebleven van het werk omdat zij de week daarop een vakantie had gepland. Op 26 september 2012 is werkneemster ten slotte weer 20 tot 30 minuten te laat op het werk verschenen. Een en ander is aan werkneemster bij brief van 26 september 2012 door NHR meegedeeld. Hoewel NHR van mening was dat er reden bestond de arbeidsovereenkomst met onmiddellijke ingang te beëindigen, heeft zij, zo schrijft NHR in haar brief van 12 oktober 2012, dat niet gedaan wegens onder andere de negatieve gevolgen die dat zou hebben voor de socialezekerheidsrechten van werkneemster. NHR heeft daarom een conceptovereenkomst tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden opgesteld en aan werkneemster ter ondertekening gegeven. NHR heeft werkneemster geadviseerd juridische bijstand in te roepen maar niet later dan vrijdag 5

oktober 2012 terug te komen naar NHR om de overeenkomst te ondertekenen. Op 5 oktober 2012 heeft werkneemster laten weten door persoonlijke omstandigheden (een familiereünie) niet op die dag op het kantoor van NHR te kunnen langskomen. De deadline voor ondertekening van de overeenkomst is toen met toestemming van NHR naar maandag 8 oktober 2012 verschoven. Ook op 8 oktober 2012 is werkneemster echter niet op kantoor verschenen. NHR heeft haar daarom bij brief van 9 oktober 2012 verzocht op donderdag 11 oktober 2012 om 9.00 uur haar werk te hervatten. Toen werkneemster die dag niet verscheen heeft NHR haar op staande voet ontslagen. Werkneemster heeft zich op het standpunt gesteld dat zij op 11 oktober 2012 ziek was.

Het hof oordeelt als volgt. De stelling dat werkneemster niet-ontvankelijk moet worden verklaard omdat zij in eerste aanleg geen artikel 629a-verklaring kon overleggen, faalt. In kort geding is een deskundigenoordeel niet verplicht (Kamerstukken II 1995/96, 24 439, nr. 3, p. 64-65 (MvT)). Aangezien werkneemster stelt op donderdag 11 oktober 2012 ziek te zijn geweest en daarom geen gehoor heeft gegeven aan de oproep van NHR om op die dag om 9.00 uur haar werk te hervatten, zal NHR in de bodemprocedure in beginsel moeten bewijzen dat van arbeidsongeschiktheid van werkneemster op die dag geen sprake was. De kantonrechter heeft het voorgaande miskend waar hij heeft overwogen dat vooralsnog niet aannemelijk is geworden dat werkneemster op 11 oktober 2012 wegens ziekte niet in staat was om haar werkzaamheden voor NHR te verrichten en dat daarom niet te verwachten is dat in een bodemprocedure zal komen vast te staan dat NHR werkneemster op 12 oktober 2012 ten onrechte heeft ontslagen. De enkele omstandigheid dat werkneemster zich niet ziek heeft gemeld, zal naar het voorlopig oordeel van het hof voor het ontslag op staande voet van werkneemster in de bodemprocedure onvoldoende worden geacht, mede omdat werkneemster kennelijk van de Arbodienst de mededeling kreeg dat zij nog steeds ziekgemeld stond. Ook indien in aanmerking wordt genomen dat werkneemster al meermalen gewaarschuwd was om op tijd op het werk aanwezig te zijn en dat zij de 'company rules' genoemd in de brieven van NHR van 3 en 26 september 2012 diende na te leven, moet naar 's hofs voorlopige oordeel het door NHR gegeven ontslag op staande voet als een te vergaande sanctie worden beschouwd, als moet worden aangenomen dat werkneemster daadwerkelijk door ziekte verhinderd was haar werk te hervatten, hetgeen het geval is als NHR niet zal kunnen aantonen dat werkneemster niet door ziekte verhinderd was haar werk te hervatten. Het hof acht vooralsnog bepaald onzeker of NHR in een bodemprocedure erin zal slagen aan te tonen dat werkneemster op 11 oktober 2012 niet arbeidsongeschikt was respectievelijk niet mocht menen arbeidsongeschikt te zijn.

Werkneemster heeft haar stelling dat zij door ziekte niet in staat was haar werk te hervatten gestaafd met een verklaring van een verzekeringsarts van het UWV. Tegen deze

deskundigenverklaring heeft NHR alleen ingebracht dat het UWV het beginsel van hoor en wederhoor heeft geschonden doordat met NHR geen contact is gezocht, dat het oordeel is gebaseerd op eenzijdig door werkneemster verstrekte informatie en dat het daarom niet voldoet aan de eisen die artikel 7:629 a lid 3 BW daaraan stelt, namelijk dat het onderzoek onpartijdig en naar beste geweten moet zijn volbracht. In de bodemprocedure zal NHR echter de onjuistheid van het deskundigenoordeel moeten aantonen. Dat NHR niet in de gelegenheid is gesteld haar visie aan de verzekeringsarts op de gezondheidstoestand van werkneemster in de periode van het ontslag kenbaar te maken, betekent nog niet dat van een inhoudelijk onjuiste verklaring sprake is. De kans dat NHR erin zal slagen van de arbeidsgeschiktheid van werkneemster bewijs te leveren, schat het hof, gelet op het gebrek aan inhoudelijke argumenten van NHR tegen het deskundigenoordeel en in aanmerking genomen dat ook de schriftelijke verklaring van de huisarts en de brieven van de neuroloog aan de aanwezigheid van ziekte van werkneemster ten tijde van het ontslag steun bieden, vooralsnog laag in.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 27-08-2013

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2013:2682

Zaaknummer: 200.123.280/01 SKG

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

Advocaten: I. Rhodes en mr. M.A. de Vries

Wetsartikelen: 7:677 BW, 7:678 BW en 7:629a BW

RECHTSPRAAK

El Al Israel Airlines/werknemer

Werknemer heeft arbeidsovereenkomst met El Al, ondanks schriftelijke overeenkomst met Staat Israël en loonbetaling via Israël. Mocht geen arbeidsovereenkomst met El Al tot stand zijn gekomen, dan is El Al opvolgend werkgever ex artikel 7:668a BW

El Al verzorgt vluchten van en naar Israël en heeft een vestiging in Amstelveen, ook wel El Al Town Office (verder: Town Office) genoemd. Daarnaast bestaat een afdeling op Schiphol, El Al Security genoemd (verder: Security). In Amstelveen worden allerlei activiteiten verricht, waaronder ticketverkoop. Bij Security op Schiphol worden vooral beveiligingsactiviteiten verricht. De Staat Israël financiert de beveiliging van het vluchtverkeer tussen Schiphol en vliegvelden in Israël. El Al krijgt daartoe van de Staat Israël een budget, dat voor Schiphol via Security wordt besteed. De werknemers bij Security hebben een schriftelijke overeenkomst met de Staat Israël gesloten. De tewerkstellingsvergunningen en de vergunningen voor de beveiligingswerkzaamheden worden via de Israëlische ambassade (verder: de ambassade) gerealiseerd. De ambassade betaalt het salaris van werknemers bij Security vanaf een aparte rekening, die een-op-een door El Al wordt gevuld. El Al keurt de hoogte van het salaris goed. Werknemer, thans 38 jaar oud, is Israëlsch staatsburger en is in 2004 door El Al in Israël als werknemer geworven. Hij is na een interne training bij El Al aanvankelijk in de functie van medewerker bij Security begonnen en heeft later de functie van ‘assistant security officer’ bij Security vervuld. Werknemer is vanaf februari 2005 in dienst van de Staat Israël werkzaam op Security op basis van tijdelijke arbeidsovereenkomsten. Na de vijfde verlenging geeft de Staat Israël aan dat het contract per 1 januari 2011 niet meer zal worden verlengd. Hij heeft voor Security steeds financieel administratieve werkzaamheden verricht. El Al Town Office biedt werknemer een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aan als ‘senior accountant’. De overeenkomst is een paar keer verlengd. De laatste overeenkomst eindigt per 1 januari 2013. Werknemer stelt zich op het standpunt dat de arbeidsovereenkomst niet van rechtswege eindigt.

Het hof oordeelt als volgt. De eerste vraag is of werknemer in dienst is getreden van de Staat Israël of van meet af aan in dienst was van El Al. Hoewel sprake is van een schriftelijke

overeenkomst tussen werknemer en de ambassade van Israël, acht het hof voorhands voldoende aannemelijk dat sprake is van een arbeidsovereenkomst tussen werknemer en El Al. Voorts neemt het hof in aanmerking dat werknemer uitdrukkelijk heeft gesteld dat hij nooit de bedoeling heeft gehad een overeenkomst met de Staat Israël aan te gaan, met name ook niet toen hij de overeenkomst van 16 februari 2005 ondertekende, en dat zijn stelling dat hem bij die gelegenheid desgevraagd is gezegd dat die constructie werd gehanteerd in verband met de benodigde verblijfs- en tewerkstellingsvergunning, in zoverre bevestiging vindt in de schriftelijke verklaring van Mark Wentzel (algemeen directeur) van 10 januari 2013 dat deze verklaart dat hem door de controller van El Al Head Office in Tel Aviv desgevraagd is gezegd dat de omstandigheid dat de salarisbetalingen via een tussenrekening bij de ambassade verliepen belastingtechnische redenen had. Het enkele feit dat de salarissen van medewerkers van Security werden betaald vanaf een bankrekening die op naam stond van de Israëlische ambassade, is onvoldoende om aan de conclusie dat sprake is van een arbeidsovereenkomst tussen El Al en werknemer in de weg te staan, reeds omdat vaststaat dat op dezelfde datum waarop die salarissen werden betaald de desbetreffende bedragen door El Al op diezelfde rekening van de ambassade – die niet door de ambassade maar door de controller en de General Manager van El Al werd beheerd – werden gestort en dus slechts via die rekening door El Al werden betaald en, voorts, dat belastingtechnische redenen hieraan ten grondslag lagen. Ook het enkele feit dat werknemer na afloop van de laatste verlenging van de overeenkomst van 16 februari 2005 een zogenoemde ‘severance payment’ (beëindigingsvergoeding) van de Israëlische Staat heeft ontvangen, staat daaraan niet in de weg en wettigt evenmin de door El Al getrokken conclusie dat ook werknemer er kennelijk van uitging dat hij in 2011 in dienst zou treden bij een andere werkgever. Op grond van artikel 7:668a lid 1 BW is werknemer voor onbepaalde tijd in dienst van El Al.

Ook als zou moeten worden aangenomen dat werknemer aanvankelijk vanaf 16 februari 2005 in dienst is geweest van de Israëlische Staat en vervolgens vanaf 1 januari 2011 van El Al – wat het hof in dit geding niet aanneemt –, dan moet geoordeeld worden dat deze werkgevers ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijs geacht moeten worden elkaars opvolger te zijn in de zin van artikel 7:668a lid 2 BW. Dit leidt tot de conclusie dat ten aanzien van werknemer ook is voldaan aan de vereisten van artikel 7:668a lid 2 BW, zodat de tussen werknemer en El Al bestaande arbeidsovereenkomst ook op deze grond als voor onbepaalde tijd aangegaan heeft te gelden.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 25-06-2013

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2013:4690

Zaaknummer: 200.124.139/01 SKG

Rechters: D.J. van der Kwaak, W. Tonkens-Gerkema en M.A. Goslings

Advocaten: I.M.C.A. Reinders Folmer en J.M. Caro

Wetsartikelen: 7:668a BW en 7:610 BW

RECHTSPRAAK

Stichting Pensioenfonds Metalektro/werkgever

Is toepassen dekkingsgraadopslag bij overdracht personeelspensioen in strijd met de Pensioenwet?

Werkgever – een dochter van een Nederlandse scheepswerf – is per 1 januari 2005 een vrijwillige pensioenregeling aangegaan met het Pensioenfonds Metalektro (PME). Partijen verschillen van mening over de vraag wat zij precies zijn overeengekomen, meer in het bijzonder met betrekking tot de verschuldigdheid van de zogenoemde dekkingsgraadopslag. Het meningsverschil spitst zich toe op de vraag of PME in verband met haar dekkingsgraad (op 1 december 2005) van 127% 27% in mindering mocht brengen op de door haar van Centraal Beheer en Reaal ontvangen overdrachtswaarden in het kader van de tot stand te brengen (vrijwillige) collectieve waardeoverdracht (per 1 december 2005).

Het hof oordeelt als volgt. Uit diverse gespreksverslagen blijkt duidelijk dat PME een dekkingsgraadopslag in rekening zou brengen. De enkele omstandigheid dat PME in de offerte van 23 december 2005 niet nogmaals expliciet heeft gestipuleerd dat de dekkingsgraadopslag zou worden betaald uit de overdrachtswaarde, maakt niet dat werkgever – in afwijking van hetgeen in het gespreksverslag van 2 december 2005 is vermeld – ervan mocht uitgaan dat dat niet het geval zou zijn. Dat zou slechts anders zijn indien PME uitdrukkelijk aan werkgever zou hebben meegedeeld dat zij geen dekkingsgraadopslag in rekening zou brengen, ook niet door die opslag in mindering te brengen op de overdrachtswaarde. Dat is echter niet het geval geweest.

Het hof komt thans toe aan een bespreking van de laatste vordering van werkgever, inhoudende dat voor recht zal worden verklaard dat het korten door PME van de door haar verkregen overdrachtswaarden met een dekkingsgraadopslag in strijd is met de Pensioenwet (PW) dan wel de Pensioen- en spaarfondsenwet (PSW). Kort samengevat komen de stellingen van werkgever neer op het volgende. Op grond van artikel 32ba jo. artikel 32a lid 1 aanhef en onder f PSW (oud) en artikel 83 PW, alsmede de daarop gebaseerde uitvoeringsbesluiten en -regels, geldt als eis bij (collectieve) waardeoverdracht van een pensioen dat het pensioen of de aanspraak op pensioen door de instelling jegens welke het pensioen of de aanspraak op pensioen wordt verworven, aldus wordt vastgesteld, dat de (collectieve) actuariële waarde

ervan ten minste gelijk is aan de op dezelfde grondslagen berekende actuariële waarde van het af te kopen pensioen of de af te kopen aanspraken op pensioen. Bij een collectieve waardeoverdracht geldt ingevolge deze bepalingen de eis van 'collectieve actuariële gelijkwaardigheid op basis van dezelfde grondslagen'. Volgens werkgever staat vast dat de door PME toegepaste korting/verrekening van de dekkingsgraadopslag ad 27% op/met de overdrachtswaarde in strijd met deze, nader in uitvoeringsregelingen en -besluiten uitgewerkte, voorwaarde is en daarom nietig is. Werkgever heeft zich tevens beroepen op strijdigheid met het afkoopverbod van artikel 32 lid 4 PSW (oud) (naar huidig recht artikel 65 PW). Indien werkgever in haar standpunt moet worden gevolgd dat PME in strijd heeft gehandeld met de genoemde bepalingen van PSW (oud) of PW (en/of de daarop gebaseerde uitvoeringsbesluiten en -regelingen) door op de overdrachtswaarden die zij in het kader van de collectieve waardeoverdrachten van respectievelijk Centraal Beheer en Reaal Verzekeringen heeft ontvangen een dekkingsgraadopslag in mindering te brengen, leidt dat op zichzelf nog niet tot de conclusie dat werkgever voldoende belang heeft bij een vaststelling in een civielrechtelijke procedure dat dat het geval is. Daartoe dient voldoende aannemelijk te zijn dat dit met de wet strijdige handelen civielrechtelijke gevolgen heeft. Handelen in strijd met de wet kan worden aangemerkt als onrechtmatig handelen, maar werkgever heeft niet aangevoerd dat de handelwijze van PME jegens haar, werkgever, onrechtmatig is. De wettelijke bepalingen waarop werkgever zich beroept, strekken tot bescherming van de belangen van de deelnemers in pensioenregelingen. Werkgever heeft echter niet aangevoerd dat zij in deze procedure (mede) namens haar werknemers optreedt, laat staan dat zij daartoe door hen is gemachtigd. Volgt aanhouding van de zaak (zie vervolg AR 2013-1026).

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 25-09-2012

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2012:2653

Zaaknummer: 200.069.897-01

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

Advocaten: O.F. Blom en B. van Tilburg

Wetsartikelen: 32 PSW en 65 PW

RECHTSPRAAK

Stichting De Terebint c.s./werkneemster

Uitlatingen voormalig werkneemster over christelijke leefgemeenschap De Terebint in EO-programma De Vijfde Dag zijn niet onrechtmatig. Voor uitleg geheimhoudingsbeding is nadere bewijsvoering nodig

De Terebint is een christelijke leefgemeenschap, die hulp biedt aan mensen met persoonlijke kwesties en levensproblemen. Werkneemster is sinds jaar en dag bestuurder van De Terebint. Op 1 januari 2008 is werkneemster bij De Terebint in dienst getreden. In de arbeidsovereenkomst is een geheimhoudingsbeding opgenomen. Werkneemster heeft haar medewerking verleend aan een reportage van het EO-programma “De Vijfde Dag” en heeft een interview gegeven aan dagblad De Stentor. De Terebint verzoekt werkneemster te verbieden zich op smadelijke, lasterlijke dan wel beledigende wijze uit te laten over De Terebint en werkneemster te gebieden binnen drie dagen een rectificatie openbaar te maken aan diverse media. Voorts wordt betaling van een bedrag van € 75.000 gevorderd, als voorschot op een toe te kennen schadevergoeding. Er is volgens De Terebint sprake van het opzettelijk aantasten van de eer en goede naam van De Terebint door verspreiding van onjuistheden via de media.

De voorzieningenrechter oordeelt als volgt. In deze zaak gaat het om een botsing van twee fundamentele rechten, namelijk aan de zijde van werkneemster het recht op vrijheid van meningsuiting en aan de zijde van De Terebint het recht op eer en goede naam. Het antwoord op de vraag welk van deze beide rechten zwaarder weegt, moet worden gevonden door een afweging van alle ter zake dienende omstandigheden van het geval. Zoals de Hoge Raad in rechtsoverweging 5.11 van het Paroolarrest (HR 6 januari 1995, NJ 1995, 422) heeft geoordeeld, komt bij deze afweging niet in beginsel voorrang toe aan het door art. 7 Grondwet en art. 10 EVRM gewaarborgde recht op vrijheid van meningsuiting. Bij de afweging van alle ter zake dienende omstandigheden van het geval kunnen de door de Hoge Raad in zijn arrest van 24 juni 1983, NJ 1984, 801 geformuleerde criteria tot uitgangspunt dienen (zoals bevestigd in HR 11 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV1031).

Geoordeeld wordt dat geen sprake is van onrechtmatige gedragingen van werkneemster. Tussen partijen is niet in geschil dat reeds vanaf 2008 verhalen over misstanden bij De Terebint in de media zijn gekomen en dat werkneemster hiermee niets van doen heeft gehad. De door werkneemster in juli 2013 aan de kaak gestelde misstanden zijn van ernstige aard. Werkneemster stelt dat zij, in de periode voordat zij ontslag nam, heeft geprobeerd bepaalde misstanden bij De Terebint onder de aandacht te brengen, maar dat daar geen ruimte voor was. Dit wordt door De Terebint betwist. Dat werkneemster niet op lichtvaardige wijze haar verhaal heeft gedaan, blijkt uit de keuze van het programma waar zij haar medewerking aan heeft verleend; immers door De Terebint wordt De Vijfde Dag aangeduid als een “hoogstaand programma”. Werkneemster heeft in De Vijfde Dag slechts over haar eigen herinneringen gesproken. De daarbij door haar gebruikte woordkeuze is niet van dien aard dat dit als beledigend kan worden opgevat. Daarbij komt dat De Terebint c.s. geen gebruik heeft gemaakt van de door De Vijfde Dag diverse malen aangeboden gelegenheid te reageren op de door werkneemster gemaakte opmerkingen. Van een onrechtmatige daad door werkneemster is geen sprake.

Partijen verschillen van mening over de uitleg van het geheimhoudingsbeding, waarvoor nadere bewijsvoering nodig is. Daarvoor leent een kort geding zich naar zijn aard niet. Voorzover er vanuit dient te worden gegaan dat het geheimhoudingsbeding ook geldt voor de periode na het einde van de arbeidsovereenkomst, heeft De Terebint onvoldoende aannemelijk gemaakt dat de uitlatingen van werkneemster zien op de arbeidsperiode 2008-2011. Volgt afwijzing van de vorderingen.

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 20-12-2013

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2013:3376

Zaaknummer: C/08/147795 / KG ZA 13-416

Rechters: U. van Houten

Advocaten: G.S. de Haas en R.A. Heblj

Wetsartikelen: 6:162 BW, 7 Grondwet en 10 EVRM

RECHTSPRAAK

Stichting De Terebint c.s./werknemer

Uitlatingen voormalig werknemer over christelijke leefgemeenschap De Terebint in EO-programma De Vijfde Dag zijn niet onrechtmatig. Arbeidsovereenkomst is nooit ondertekend, zodat bestaan geheimhoudingsbeding niet aannemelijk is

De Terebint is een christelijke leefgemeenschap, die hulp biedt aan mensen met persoonlijke kwesties en levensproblemen. Werknemer is van 2009-2012 pleegouder geweest in gezinshuis 'De Loot', dat onderdeel uitmaakt van De Terebint en waar pleegkinderen werden opgenomen. In dat verband heeft in dezelfde periode tussen De Terebint en werknemer een arbeidsrelatie bestaan. Werknemer heeft zijn medewerking verleend aan een reportage van het EO-programma De Vijfde Dag. De Terebint verzoekt werknemer te verbieden zich op smadelijke, lasterlijke dan wel beledigende wijze uit te laten over De Terebint en werknemer te gebieden binnen drie dagen een rectificatie openbaar te maken aan diverse media. Voorts wordt betaling van een bedrag van € 75.000 gevorderd, als voorschot op een toe te kennen schadevergoeding. Er is volgens De Terebint sprake van het opzettelijk aantasten van de eer en goede naam van De Terebint door verspreiding van onjuistheden via de media.

De voorzieningenrechter oordeelt als volgt. In deze zaak gaat het om een botsing van twee fundamentele rechten, namelijk aan de zijde van werknemer het recht op vrijheid van meningsuiting en aan de zijde van De Terebint het recht op eer en goede naam. Het antwoord op de vraag welk van deze beide rechten zwaarder weegt, moet worden gevonden door een afweging van alle ter zake dienende omstandigheden van het geval. Zoals de Hoge Raad in rechtsoverweging 5.11 van het Paroolarrest (HR 6 januari 1995, NJ 1995/422) heeft geoordeeld, komt bij deze afweging niet in beginsel voorrang toe aan het door artikel 7 Grondwet en artikel 10 EVRM gewaarborgde recht op vrijheid van meningsuiting. Bij de afweging van alle ter zake dienende omstandigheden van het geval kunnen de door de Hoge Raad in zijn arrest van 24 juni 1983, NJ 1984/801 geformuleerde criteria tot uitgangspunt dienen (zoals bevestigd in HR 11 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV1031).

Geoordeeld wordt dat geen sprake is van onrechtmatige gedragingen van werknemer. De

Terebint heeft gesteld dat werknemer ‘grove verwoordingen’ heeft gebruikt, ‘schokkende insinuaties’ heeft gedaan die ‘op leugens berusten’, dat werknemer De Terebint heeft ‘geschandaliseerd’ en dat hij niet door kan gaan met ‘zijn lastercampagne’. Dit zijn zware termen voor de uitlatingen zoals gedaan in De Vijfde Dag, die, in de woorden van werknemer, hooguit als kritisch zijn aan te merken. Het had dan ook op de weg van De Terebint gelegen om haar stellingen op dit punt voldoende aannemelijk te maken.

Voor zover schadevergoeding wordt gevorderd uit hoofde van overtreding van het geheimhoudingsbeding uit de arbeidsovereenkomst wordt het volgende overwogen. Door De Terebint is een arbeidsovereenkomst overgelegd die niet is ondertekend. Volgens werknemer is deze arbeidsovereenkomst nooit door hem ondertekend, aangezien hij het niet eens was met de gang van zaken op De Loot en met de inhoud van deze overeenkomst. De Terebint heeft onvoldoende aannemelijk gemaakt dat er tussen haar en werknemer een geheimhoudingsbeding is overeengekomen. De stellingen van De Terebint dat het geheimhoudingsbeding toch geldt omdat werknemer daartegen niet geprotesteerd heeft dan wel omdat werknemer naar het beding gehandeld heeft, zijn onbegrijpelijk. Volgt afwijzing van de vorderingen.

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 20-12-2013

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2013:3377

Zaaknummer: C/08/147920 / KG ZA 13-422

Rechters: U. van Houten

Advocaten: G.S. de Haas en E.G.J. Hendriksen

Wetsartikelen: 6:162 BW, 7 Grondwet en 10 EVRM

RECHTSPRAAK

werkgeefster/werknemer

Dat werknemer na het krijgen van een vaste aanstelling geheel anders is gaan werken is niet komen vast te staan. Dat werknemer niet de drive heeft waar werkgeefster op zit te wachten is een oncontroleerbare uiting van ongenoegen. Afwijzing ontbindingsverzoek

Werknemer is op 1 juni 2012 voor onbepaalde tijd in dienst getreden van werkgeefster. In de periode daarvoor heeft hij op detacheringsbasis als lasser bij werkgeefster gewerkt. Werkgeefster verzoekt ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Volgens werkgeefster heeft werknemer nadat hij een vaste aanstelling heeft gekregen, plotsklaps een geheel andere houding ten aanzien van de uit te voeren werkzaamheden aan de dag heeft gelegd dan voordien. Dit uitte zich onder meer in het geregeld te laat verschijnen op de werkvloer, het bellen en sms'en tijdens werk, het veelvuldig voor langere tijd verlaten van zijn werkplek, het veelvuldig ziek melden en het onbereikbaar zijn tijdens ziekte.

De kantonrechter oordeelt als volgt. De door werkgeefster genoemde bezwaren tegen werknemer zijn onvoldoende gebleken. De direct leidinggevende van werknemer heeft ter terechtzitting verklaard dat het veelvuldig te laat komen dateert van voor oktober 2012 en dat hij daarna niet heeft gemerkt dat werknemer te laat op zijn werk is verschenen. Het thans opnoemen van die 'klacht' komt ten minste niet sympathiek over. Dit plaatst de overige gronden ook in een negatief daglicht, temeer nu werknemer met klem ontkent dat deze gronden zich hebben voorgedaan. Dit alles speelde immers volgens zijn zeggen in een periode dat het minder goed met hem ging, doch die periode is al meer dan een jaar geleden geëindigd. Wat er dan van het verzoekschrift overblijft, is de algemene klacht dat werknemer niet de 'drive' heeft waar werkgeefster op zit te wachten. Hij heeft niet het vuur voor de onderneming en denkt niet mee bij de uitvoering van de werkzaamheden. Dergelijke oncontroleerbare uitingen van ongenoegen van werkgevers zijn zo ongrijpbaar dat deze, om te kunnen slagen, ten minste goed onderbouwd moeten zijn met feiten en/of controleerbare gespreksverslagen, maar daarvan blijkt evenmin voldoende. Volgt afwijzing van het ontbindingsverzoek.

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 19-12-2013

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2013:3374

Zaaknummer: 2580870 EJ VERZ 13-7069

Rechters: H.R.K. Valk

Advocaten: H.G.M. van Zutphen en C. van Hout

Wetsartikelen: 7:685 BW

RECHTSPRAAK

werkgeefster/werknemer

Lid van managementteam stelt werkgeefster niet op de hoogte van het op grote schaal verrichten van nevenwerkzaamheden tijdens werktijd. Ontbinding wegens dringende reden

Werknemer is sinds 1993 in dienst van (een rechtsvoorganger van) werkgeefster, aanvankelijk als psycholoog voor 28 uur per week, uiteindelijk als hoofd innovatie en lid van het managementteam voor 36 uur per week. Op de arbeidsovereenkomst is de CAO GGZ van toepassing waarin is bepaald dat werknemer geen (al dan niet betaalde) nevenfuncties mag verrichten die redelijkerwijs niet verenigd kunnen worden met zijn functie. Werkgeefster verzoekt ontbinding van de arbeidsovereenkomst, primair wegens een dringende reden. Daartoe stelt werkgeefster dat werknemer in werktijd voor eigen rekening op grote schaal concurrerende nevenwerkzaamheden heeft verricht zonder daarover openheid van zaken te geven, ook niet nadat het onderwerp in verschillende gesprekken uitdrukkelijk aan de orde was geweest.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Het verzoek tot ontbinding wordt toegewezen op de primaire grondslag. Bij aanvang van het dienstverband is werknemer toestemming gegeven voor nevenactiviteiten van beperkte duur en omvang, welke hij werd geacht in eigen tijd te compenseren. Daarbij is van belang dat het dienstverband aanvankelijk slechts voor 28 uur per week (als psycholoog) was. Uit niets blijkt dat werknemer opgave heeft gedaan van de toename van zijn nevenactiviteiten en de oprichting van zijn eenmanszaak. De werkelijke omvang van de nevenwerkzaamheden is pas bekend geworden nadat een collega MT-lid toevallig in zijn elektronische agenda had gekeken. Werknemer is daarna zijn agenda gaan aanpassen. Een correcte opgave van de nevenwerkzaamheden had op de weg van werknemer gelegen. Gezien de door werknemer op zichzelf niet betwiste (de laatste jaren sterk toegenomen) omvang van de nevenwerkzaamheden en de fulltime aanstelling is het voorts onaannemelijk dat werknemer deze nevenwerkzaamheden geheel heeft kunnen compenseren in zijn vrije tijd, zeker nu hij daarvoor geen verlof heeft opgenomen, grote aantallen overuren heeft laten uitbetalen en ook nog eens een indrukwekkende lijst van publicaties op eigen titel heeft geproduceerd.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 12-12-2013

Zaaknummer: EA 13-1216

RECHTSPRAAK

werkneemster/Stichting Viva! Zorggroep

Wijzigingsovereenkomst op grond waarvan Thuishulp A de functie Thuishulp in een lagere functieschaal accepteert, is geen nietig beding ex artikel 12 lid 1 Wet CAO. Beroep op wilsgebreken faalt

Werkneemster is sinds 2003 in dienst van Stichting Viva! Zorggroep (hierna: Viva) als thuishulp. Op de arbeidsovereenkomst is de CAO VVT van toepassing. Op grond van artikel 3.1.2 dienen de functies van Viva ingedeeld en ingeschaald te worden in een van de functiegroepen van het FWG-systeem. In artikel 3.1.2 lid 2 van de cao is bepaald dat de wijze van herindelen van de functie van werknemer en de daarbij te volgen procedure zijn vastgelegd in het hoofdstuk functiewaardering (FWG) van de cao. In artikel 11.2.1 van de cao ('herindeling') is – samengevat – bepaald dat de werkgever tot herindeling overeenkomstig de in de cao neergelegde herindelingsprocedure dient over te gaan indien (a) cao-partijen overeenkomen om het systeem of de systeeminhoud aan te passen, en/of (b) indien sprake is van een wezenlijke verandering van de inhoud van een functie, en/of (c) indien sprake is van indeling van een nieuwe functie. Als gevolg van verliezen die Viva op het onderdeel huishoudelijke zorg maakt en de tegenvallende winst bij de AWBZ-activiteiten heeft Viva besloten alle thuishulpfuncties in de functieschalen FWG 15 en FWG 20 (in casu de functie van Thuishulp A) te laten vervallen. Aan werkneemster is de functie van Thuishulp in FWG 10 aangeboden, die zij uiteindelijk heeft geaccepteerd. Werkneemster vordert voor recht te verklaren dat de wijziging in de arbeidsovereenkomst, inhoudende een salarisverlaging, nietig is op de voet van artikel 12 lid 1 Wet CAO. Subsidiair beroept zij zich op de vernietigbaarheid van de wijziging op grond van bedreiging of dwaling.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Centraal staat de vraag of de wijzigingsovereenkomst, waarbij werkneemster de functie van Thuishulp in FWG 10 heeft geaccepteerd, nietig is omdat het aanbod en de aanvaarding van de functie van Thuishulp FWG 10 een nietig beding is op grond van artikel 12 lid 1 Wet CAO. Dat is een andere vraag, dan die of Viva terecht de functie van Thuishulp A in FWG 15 vervallen heeft verklaard. Deze laatste vraag is ontkennend beantwoord in het kader van een ontbindingsverzoek ten aanzien van 17 arbeidsongeschikte werknemers (zie AR 2012-0334). Aan de drie voorwaarden voor het volgen

van een herindelingsprocedure als bedoeld in artikel 3.1.2 en artikel 11.2.1 van de cao is ten aanzien van de functie Thuishulp in FWG 10 niet voldaan, zodat niet gezegd kan worden dat deze procedure gevolgd moest worden. Het beroep op de wilsgebreken faalt ook. Er is geen sprake geweest van dwang en werkneemster heeft zich laten bijstaan door een juridisch adviseur. Volgt afwijzing van de vorderingen.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 30-10-2013

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2013:10425

Zaaknummer: 567019- CV EXPL 12-9626

Rechters: T.S. Pieters

Advocaten: H.S. Eisenberger en B.A. Voermans

Wetsartikelen: 12 Wet CAO, 11.2.1 CAO VVT, 3:44 BW en 6:228 BW

RECHTSPRAAK

De Staat der Nederlanden, het ministerie van Veiligheid en Justitie, Bestuursdepartement/Groepsondernemingsraad Bestuursdepartement van het ministerie van Veiligheid en Justitie

Ondernemingsraad ministerie van Veiligheid en Justitie kan in redelijkheid niet weigeren in te stemmen met het besluit tot afschaffing van stoelmassages, waarmee een kostenbesparing van € 210.000 per jaar gemoeid is. Kantonrechter verleent vervangende toestemming

De Staat heeft met Helder Werk B.V. de Raamovereenkomst inzake Stoelmassage (hierna: de overeenkomst) gesloten. De Groepsondernemingsraad Bestuursdepartement van het ministerie van Veiligheid en Justitie (hierna: GOR BD) weigert in te stemmen met het expireren van deze overeenkomst. In de brief 30 juli 2013 van de GOR BD aan de secretaris-generaal (hierna: S-G) heeft de GOR BD de nietigheid ingeroepen van het besluit van de S-G om de overeenkomst te laten expireren. De Staat verzoekt de kantonrechter toestemming om het besluit strekkend tot beëindiging van het aanbod van stoelmassages te mogen nemen en de overeenkomst per 21 september 2013 te laten expireren.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Tussen partijen is niet in geschil dat in 2006 sprake was van een besparing van € 250.000 die samenhang met het vervallen van een subsidie op het bedrijfsrestaurant. Besloten werd toen om dat bedrag ten gunste te laten komen van de medewerkers in de vorm van onder meer het aanbieden van stoelmassage. Reeds de omstandigheid dat er nu geen financiële ruimte is voor iets extra's doet de noodzaak tot evaluatie van de stoelmassage vervallen. Dit brengt mee dat de GOR BD de Staat in redelijkheid niet kan houden aan de toegezegde evaluatie. Evenmin kan de GOR BD in redelijkheid van de Staat verlangen dat onderzoek wordt gedaan naar nut en effect van stoelmassages. De Staat heeft in dat verband onweersproken gesteld dat (wetenschappelijk) bewijs van het nuttige effect van stoelmassages ontbreekt. Nu de Staat de achtergrond en het te verwachten resultaat van de beoogde bezuinigingsmaatregelen, waaronder het afschaffen

van stoelmassage, heeft bekend gemaakt aan de GOR BD, heeft de GOR BD het instemmingsverzoek kunnen beoordelen in een breder perspectief. Hierbij is van belang dat het afschaffen van stoelmassage de enige arbomaatregel is waarop ingevolge de Nota Stofkam wordt bezuinigd. Nu de GOR BD aldus moet worden geacht voldoende inzicht te hebben gehad in de te nemen taakstellingsmaatregelen, kan ook op deze grond de instemming in redelijkheid niet worden onthouden. De verzochte toestemming wordt verleend.

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 28-10-2013

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2013:17603

Zaaknummer: 2303006 RP VERZ 13-50570

Rechters: R.J. Paris

Advocaten: M.B. den de Witte-Van Haak en A. Joosten

Wetsartikelen: 27 WOR

RECHTSPRAAK

X/European Patent Office c.s.

Kwalificatievraag. European Patent Office stelt met succes dat de rechtsmacht van de Nederlandse rechter in dit geval wordt beperkt door de in het volkenrecht erkende uitzondering van immuniteit van jurisdictie

X heeft op 28 november 2002 een contract of employment for a fixed period of time gesloten met Michael Bailey Associates Limited (hierna: MBA). Hij verrichtte de werkzaamheden van Technical Project Assistant bij European Patent Office (hierna: EPO). Halfjaarlijks tot jaarlijks tekende X nieuwe arbeidsovereenkomsten met MBA. Op 14 december 2012 is de aanvraag voor een Verklaring arbeidsrelatie voor 2013 van X afgewezen omdat volgens de Belastingdienst 'de conclusie (is) dat de arbeidsrelatie met de opdrachtgever ZZP No.1/MBA kwalificeert als Loon uit dienstbetrekking'. Centrale vraag in deze procedure is of er een arbeidsovereenkomst bestaat tussen X en EPO.

De kantonrechter oordeelt als volgt. EPO is blijkens de dagvaarding gevestigd in Rijswijk, zodat de kantonrechter te Den Haag in beginsel bevoegd is om kennis te nemen van de primaire vorderingen. De vraag is evenwel of de rechtsmacht van de Nederlandse rechter in dit geval wordt beperkt door de in het volkenrecht erkende uitzondering van immuniteit van jurisdictie. Ingevolge artikel 8 van het Europees Octrooiverdrag wordt in het Protocol inzake voorrechten en immuniteiten de voorwaarden omschreven waaronder de organisatie in elke verdragsluitende staat de voorrechten en immuniteit genieten die noodzakelijk zijn voor de vervulling van hun taken. Artikel 4 lid 3 van hetzelfde verdrag omschrijft de taak van het Europees Octrooibureau als het verlenen van Europese octrooien. Tot de geschillen die onmiddellijk verband houden met de vervulling van de aan de organisatie opgedragen taken behoren in elk geval arbeidsgeschillen die kunnen rijzen tussen de organisatie en diegenen die in haar dienst bij het vervullen van die taken een essentiële rol vervullen. Partijen verschillen van mening of hiervan bij X sprake is. Naar het oordeel van de kantonrechter is dit het geval. De werkzaamheden van X betroffen immers het mogelijk maken van de digitale indiening van patentaanvragen en als zodanig de aanvang van de verlening van de octrooien. Het beroep op artikel 6 EVRM gaat niet op, waarbij wordt verwezen naar de uitspraak EHRM 11 juni 2013, nr.

65542/12. De kantonrechter verklaart zich in dit kort geding onbevoegd om kennis te nemen van de vorderingen tegen EPO. Er is geen sprake van een arbeidsovereenkomst met MBA. Nadat X op 13 april 2011 een einde had gemaakt aan zijn arbeidsovereenkomst met MBA, heeft A Productions Holding BV een overeenkomst gesloten met The ZZP Company no. 1. Hoewel partijen hebben gesproken over het sluiten van een nieuwe arbeidsovereenkomst, hebben partijen hierover geen overeenstemming kunnen bereiken. Volgt afwijzing van de vorderingen.

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 03-10-2013

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2013:16952

Zaaknummer: 2224021/13-22283

Rechters: I.F. Dam

Advocaten: N.E.P. Gustings, G.R. den Dekker en I.R. Köhne

Wetsartikelen: 7:610 BW, 4 Europees Octrooiverdrag, 8 Europees Octrooiverdrag en 6 EVRM

RECHTSPRAAK

IHC Merwede Employment B.V./werknemer

Emotionele en wantrouwende houding werknemer tijdens re-integratietraject vloeit voort uit geconstateerde medische beperkingen. Reflexwerking opzegverbod tijdens ziekte. Afwijzing ontbindingsverzoek

Werknemer is sinds oktober 2008 bij IHC in dienst, laatstelijk in de functie van medewerker verkoop binnendienst. Op 22 juni 2012 heeft werknemer zich ziek gemeld wegens werkgerelateerde en privéproblemen. Na hersteldmelding in augustus 2013, heeft werknemer zich dezelfde maand wederom ziek gemeld. De bedrijfsarts heeft werknemer op 5 september 2013 volledig arbeidsongeschikt geacht voor zijn eigen functie of andere, aangepaste werkzaamheden. Naar zijn oordeel was de oorzaak van de klachten volledig gelegen in de arbeidssituatie. Ook uit het deskundigenoordeel van het UWV volgt dat werknemer volledig arbeidsongeschikt is. IHC verzoekt ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens een verstoorde arbeidsrelatie. Daartoe wordt aangevoerd dat de re-integratie zeer moeizaam is verlopen waarbij werknemer steeds (onterechte) verwijten jegens IHC heeft geuit. Ook heeft werknemer zaken onnodig op de spits gedreven, zoals zijn verzet tegen het opstarten van het tweede spoor, het opvragen van zijn personeelsdossier en de hervatting van zijn werkzaamheden na zijn hersteldmelding.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Het ontbindingsverzoek houdt verband met het bestaan van het opzegverbod tijdens de eerste twee jaar van ziekte als bedoeld in artikel 7:670 lid 1 sub a BW. Blijkens de overgelegde rapportages van de bedrijfsarts en de deskundigenoordelen van het UWV heeft werknemer wegens psychische problemen beperkingen op het gebied van persoonlijk en sociaal functioneren. Werknemer heeft bovendien zelf verklaard dat hij lijdt aan angststoornissen. Het gedrag van werknemer, zoals zijn emotionele reactie op het voornemen van IHC om zijn re-integratiemogelijkheden buiten de eigen onderneming te onderzoeken, zijn enigszins wantrouwende houding rond het verkrijgen van (inzage in en kopieën van) zijn medisch dossier, en zijn onaangekondigde hersteldmelding, past goed bij de geconstateerde medische beperkingen en kan daardoor mogelijk zelfs geheel worden verklaard. Aan het opzegverbod tijdens ziekte dient derhalve reflexwerking toe te komen. Re-

integratie in de eigen functie dan wel in de eigen onderneming van IHC of externe re-integratie is niet uitgesloten. Volgt afwijzing van het ontbindingsverzoek.

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 16-12-2013

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2013:17765

Zaaknummer: 2460926 RP VERZ 13-50711

Rechters: F.J. Verbeek

Advocaten: H.B. Dekker en R. Craenen

Wetsartikelen: 7:670 lid 1 BW en 7:685 BW

RECHTSPRAAK

Coöperatieve Rabobank Kromme Rijnstreek U.A./werkneemster

***Na dienstverband van 24 jaar wordt de arbeidsovereenkomst van
Verkoop en Service Adviseur wegens disfunctioneren ontbonden.
Disfunctioneren valt veeleer in risicosfeer werkgever. C=1***

Werkneemster (42 jaar) is sinds 1989 in dienst getreden van (een rechtsvoorganger van) Rabobank. Vanaf 2009 is zij werkzaam in de functie Verkoop en Service Adviseur B. Rabobank verzoekt ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Daaraan wordt primair ten grondslag gelegd dat werkneemster gedurende langere tijd disfunctioneert en het functioneren ondanks aansturing met korte lijnen aantoonbaar niet leidt tot verbetering van dat functioneren en subsidiair dat zij geen enkel vertrouwen meer heeft dat werkneemster aan de gestelde eisen kan voldoen. Werkneemster betwist het gestelde disfunctioneren. Het ontbindingsverzoek is volgens haar gebaseerd op valse, verzonden en gemanipuleerde gronden.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Het verweer dat sprake is van een voorgewende reden wordt verworpen. Het beroep op de valse reden wordt gezien als betwisting van de grond voor ontbinding. Geoordeeld wordt dat de in 2011 genoemde kritiek aansluit op de eerder in 2009 en 2010 geformuleerde verbeterpunten, die erop neerkomen dat werkneemster op de commerciële onderdelen van haar functie minder presteert dan van een medewerker in die functie verwacht wordt. Voldoende is gebleken dat werkneemster in de periode van 2009 tot 2012 onvoldoende op niveau functioneerde, hoewel in 2010 sprake was van een verbetering in haar functioneren. Die verbetering heeft zich echter niet doorgezet in 2011. Dat Rabobank in 2012 een verbetertraject is gestart is begrijpelijk en zelfs verstandig. Uit de eindevaluatie van het verbetertraject volgt dat werkneemster niet aan de gestelde functie-eisen voldoet. Rabobank heeft voldoende aannemelijk gemaakt dat werkneemster niet heeft voldaan aan de eisen die Rabobank redelijkerwijs aan de functieervulling door werkneemster mocht stellen, zodat het ontbindingsverzoek wordt toegewezen.

Aan werkneemster wordt een vergoeding toegekend met C=1. De wijze waarop werkneemster vanaf 2009 heeft gefunctioneerd valt veeleer in de risicosfeer van Rabobank. Rabobank heeft

in haar verzoek veel waarde toegekend aan de demotie die werknemster volgens haar in 2006 heeft gekregen als gevolg van disfunctioneren, waarbij Rabobank wijst op knelpunten die ook later in de beoordeling van het functioneren van werknemster in haar functie van Verkoop en Service Adviseur B zijn genoemd. Waar Rabobank zo stellig aangeeft dat werknemster al vóór het aanvaarden van haar huidige functie niet voldeed aan de functie-eisen van de huidige functie, had het voor de hand gelegen dat Rabobank haar niet (zonder meer) tot de huidige functie had moeten toelaten. Ook weegt mee dat Rabobank ten onrechte werknemster – die zich een loyaal werknemster had getoond met veel inzet voor Rabobank en ondanks het langdurig dienstverband – op 23 oktober 2013 op non-actief heeft gesteld. Een dergelijke houding past een goed werkgever niet.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 12-12-2013

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2013:7105

Zaaknummer: 2478617 UE VERZ 13-760 MJ/4221

Rechters: M.J. Slootweg

Advocaten: L.W. Oude Essink en B.J.L. Baas

Wetsartikelen: 7:611 BW en 7:685 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Terberg-Benschop B.V.

Geen sprake van ziekte of gebrek. Waarnemingen bedrijfsarts en huisarts komen niet overeen met constatering verzekeringsarts op grond van een foto. Oordeel verzekeringsarts wordt niet gevolgd

Werknemer is in dienst van Terberg als assemblagemedewerker. Op 24 oktober 2012 heeft hij zich in verband met lichamelijke klachten ziek gemeld. De bedrijfsarts heeft na onderzoek van werknemer op 8 november 2012 geoordeeld dat werknemer 'onveranderd arbeidsgeschikt voor zijn eigen werk' was. Werknemer heeft dezelfde dag een deskundigenoordeel aangevraagd bij het UWV. Op 11 december 2012 concludeert de verzekeringsarts dat op/rond de bestreden datum van 8 november 2012 wel sprake was van een te objectiveren medische aandoening die wel leidt tot beperkingen ten aanzien van het functioneren van werknemer in zijn arbeid en wel zodanig dat werknemer op 8 november 2012 ten onrechte volledig arbeidsgeschikt is verklaard voor de bedongen arbeid. Werknemer vordert betaling van achterstallig salaris vanaf 8 november 2012.

De kantonrechter oordeelt als volgt. De verzekeringsarts is tot de in het deskundigenoordeel getrokken conclusie gekomen op grond van het door huisarts en dermatoloog ingestelde beleid en op grond van een door werknemer aan de verzekeringsarts getoonde foto, waarop de gestelde ontsteking volgens de verzekeringsarts duidelijk zichtbaar is. Zowel de bedrijfsarts als de huisarts hebben echter geen afwijkingen waargenomen op de plaats waar werknemer pijnklachten ervaart. Geoordeeld wordt dat niet voldoende zekerheid is verkregen dat de door werknemer aan de verzekeringsarts getoonde foto een foto is geweest van het huidgebied waar zijn klachten op zagen. Uit de verklaring van de huisarts moet – zonder verdere toelichting, die echter ontbreekt – veeleer worden aangenomen dat die foto juist niet van het betreffende huidgebied was genomen. De huisarts komt immers onafhankelijk van de bedrijfsarts tot dezelfde conclusie als de bedrijfsarts: er is op het betreffende huidgebied niets afwijkends waar te nemen. Reeds op deze grond kan niet langer voldoende betekenis aan het deskundigenoordeel van de verzekeringsarts worden toegekend, nu dat oordeel was gebaseerd op door werknemer aangereikte maar niet met de gegevens van huisarts en bedrijfsarts sporende en verder niet te verifiëren informatie. Werknemer heeft onvoldoende onderbouwd

dat hij door ziekte of gebrek niet in staat was de overeengekomen werkzaamheden te verrichten. Volgt afwijzing van de vorderingen.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 11-12-2013

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2013:6216

Zaaknummer: 860853 UC EXPL 13-4085 MJ/4221

Rechters: M.J. Slootweg

Advocaten: B.C.S.J. van den Berg en J.J. Degenaar

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

RECHTSPRAAK

werkneemster/werkgever

Overwerkvergoeding in cao is niet van toepassing op tijd-voor-tijdregeling. Nu werkgever de cao niet volledig volgt, hoeft werkneemster niet bedacht te zijn op het na haar verhuizing exact toepassen van de reiskostenvergoeding volgens de regels van de cao

Werkneemster is op 18 september 1995 in dienst getreden van werkgever in de functie van administratief medewerkster. Op de arbeidsovereenkomst is de CAO Landbouwwerktuigen Exploiterende Ondernemingen (hierna: CAO LEO) van toepassing verklaard. Vanaf 1998 is werkneemster op verzoek van werkgever 40 uur per week gaan werken. De kern van het geschil tussen partijen betreft de vraag of werkneemster op grond van de CAO LEO aanspraak heeft op toekenning van meer tijd-voor-tijduren dan het aantal dat partijen hadden afgesproken. Tussen partijen is niet in geschil dat werkneemster sinds 1998 40 uur per week is gaan werken tegenover een salarisbetaling afgestemd op 38 uur per week en een toekenning van 2 uur per week tijd-voor-tijd. Die vergoeding van ‘tijd voor tijd’ dient in de ogen van werkneemster te worden verhoogd met 30% omdat de meer dan 38 uur per week gewerkte uren volgens haar zijn te beschouwen als overwerk in de zin van de CAO LEO. De CAO LEO kent voor overwerk een toeslag van 30% op het salaris. In reconventie vordert werkgever terugbetaling van te veel betaalde reiskostenvergoeding.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Het standpunt van werkneemster treft reeds geen doel op de grond dat de CAO LEO – zoals die van tijd tot tijd is aangepast in de ten deze relevante periode van februari 2006 tot en met mei 2011 – de mogelijkheid bood om een in het verleden afgesproken en van de cao afwijkende arbeidsduur te handhaven voor werknemers die administratieve werkzaamheden verrichten. Deze uitzondering is op werkneemster van toepassing. De afwijkende afspraak is tussen partijen in 1998 gemaakt en valt daarmee onder de toepassing van deze uitzonderingsbepaling in de cao. Wel volgt uit de betreffende cao-bepaling dat partijen vanaf de inwerkingtreding van de cao in 2003 afspraken dienden te maken dat de bepalingen uit de tussen hen vóór 2003 gesloten arbeidsovereenkomst van kracht blijven. Werkneemster heeft niet weersproken dat een dergelijke afspraak impliciet tussen hen is gemaakt gelet op de wijze waarop in de praktijk door partijen op dit onderdeel

aan de oorspronkelijke overeenkomst gevolg is gegeven. De vordering tot terugbetaling van te veel ontvangen reiskostenvergoeding over de periode van 2007 tot en met 2011 is gebaseerd op de stelling dat werkneemster voorafgaand aan die periode is verhuisd zodat haar op grond van de CAO LEO bestaande aanspraak op een reiskostenvergoeding is verlaagd. Werkgever vordert in totaal € 3.349 netto terug. Nu werkgever zelf de CAO LEO niet volledig volgde, behoefde werkneemster niet bedacht te zijn op het na haar verhuizing exact toepassen van de reiskostenvergoeding volgens de regels van de CAO LEO. In een dergelijke situatie ligt het toch vooral op de weg van werkgever om aan te geven welke wijziging van het bedrag van de reiskostenvergoeding na de verhuizing van werkneemster gaat plaatsvinden. Dit geldt temeer nu het gaat om een structureel automatisch, zonder voorafgaande declaratie, met het salaris uitgekeerde vergoeding. Volgt afwijzing van de vordering.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 11-12-2013

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2013:6136

Zaaknummer: 847934 AC EXPL 13-140 MJ/4221

Rechters: M.J. Slootweg

Advocaten: D. Maats en W. Brinkkemper

Wetsartikelen: CAO Landbouwwerktuigen Exploiterende Ondernemingen

RECHTSPRAAK

Bruil Beton & Mix B.V./werknemer

***Ontbinding arbeidsovereenkomst zieke werknemer wegens
bedrijfseconomische redenen. Beroep op reflexwerking opzegverbod
faalt. Werkgever heeft voldoende re-integratie-inspanningen in
tweede spoor verricht***

Werknemer is sinds 2006 in dienst van (een rechtsvoorganger van) Bruil. Werknemer is sinds 29 oktober 2012 ziek. Bruil verzoekt ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van verandering van omstandigheden. Zij voert daartoe aan dat er is sprake is van een bedrijfseconomische noodzaak tot reorganisatie, als gevolg waarvan de arbeidsplaats van werknemer is komen te vervallen. Het UWV heeft reeds een vergunning verleend voor het ontslag van werknemer. Bruil stelt in dit verband dat zij bij de keuze om de arbeidsplaats van werknemer te laten vervallen, het afspiegelingsbeginsel heeft toegepast. Voor de reorganisatie is een sociaal plan opgesteld, ter zake waarvan Bruil overleg heeft gevoerd met de ondernemingsraad. De vakbonden hebben ingestemd met het sociaal plan.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Bruil heeft voldoende aannemelijk gemaakt dat er sprake is van een bedrijfseconomische noodzaak tot reorganisatie. Ten aanzien van het beroep op de reflexwerking van het opzegverbod tijdens ziekte wordt geoordeeld dat de door Bruil ter onderbouwing van haar ontbindingsverzoek aangevoerde bedrijfseconomische gronden geheel losstaan van de huidige arbeidsongeschiktheid van werknemer. Voorts is het, gelet op de rapportages van de bedrijfsarts en de arbeidskundige, voldoende aannemelijk dat werknemer vanwege zijn klachten niet in staat is terug te keren in zijn eigen functie. Reeds om deze reden dient aan het belang van werknemer bij een reservering van zijn arbeidsplaats een beperkt gewicht te worden toegekend. Verder kan nog als belang dienen dat werknemer de gelegenheid moet hebben te kunnen re-integreren in het tweede spoor. Niet aannemelijk is geworden dat Bruil onvoldoende inspanningen verricht heeft voor de re-integratie in het tweede spoor. Bovendien heeft Bruil te kennen gegeven bij het UWV een participatieverzoek te zullen indienen, waarmee zij zich de belangen van werknemer om de re-integratie in het tweede spoor te kunnen voortzetten aantrekt. Nu geen andere passende functie voorhanden is, wordt de arbeidsovereenkomst ontbonden. Er wordt, conform het sociaal plan, een

vergoeding toegekend met C=0,8.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 09-12-2013

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2013:7084

Zaaknummer: 2462371 UE VERZ 13-751 RCH/4087

Rechters: R.C. Hartendorp

Advocaten: J. Kalisvaart en M.H. Andreae

Wetsartikelen: 7:658a BW, 7:670 lid 1 BW en 7:685 BW

RECHTSPRAAK

werknemers/KLM Catering Services Schiphol B.V.

Eenzijdige wijziging nachtdiensttoeslag distributiemedewerkers KCS voldoet aan Stoof/Mammoet-criteria. Zowel ondernemingsraad als vakbonden hebben na een zorgvuldig, uitgebreid en langdurig onderhandelstraject ingestemd met harmonisering van de nachtdiensttoeslag

Werknemers zijn in dienst van KLM Catering Services Schiphol (hierna: KCS) op de afdeling distributie. Op de arbeidsovereenkomsten is de cao voor de Contract Cateringbranche (hierna: CCAO) van toepassing. De medewerkers van de afdeling Distributie werken als enige werknemers van KCS structureel in nachtdiensten. Op grond van een protocol dat in 1996 tussen KCS en de vakbonden is gesloten, hebben de medewerkers recht op 6,4 uur extra vergoeding per week. Daarnaast geldt de onregelmatigheidstoeslag op basis van artikel 39 CCAO. Na een onderhandelingstraject met de vakbonden is per 1 juli 2012 een nieuwe Nachtdienstregeling (hierna: NDR) overeengekomen. De regeling op grond van het protocol komt daarmee te vervallen en wordt vervangen door een persoonlijke toeslag en de NDR. Dit is nadelig voor de werknemers, omdat de persoonlijke toeslag – anders dan de nachttoeslag op grond van het protocol – niet wordt geïndexeerd. In deze procedure stellen twaalf werknemers zich kort gezegd op het standpunt dat KCS niet gerechtigd is eenzijdig de NDR in te voeren. Zij vorderen nakoming van de ‘oude’ regeling.

De kantonrechter oordeelt als volgt. De toeslag conform het protocol is een primaire arbeidsvoorwaarde die geïncorporeerd is in de individuele arbeidsovereenkomsten. Er is geen eenzijdig wijzigingsbeding overeengekomen, zodat beoordeeld wordt of de eenzijdige wijziging de toets van het arrest Stoof/Mammoet kan doorstaan. Geoordeeld wordt dat dit het geval is. KCS heeft een gerechtvaardigd belang bij harmonisering van haar arbeidsvoorwaarden waar het de nachtdiensttoeslag betrof en de begrijpelijke wens tot invoering van een algemene nachtdiensttoeslag die voor alle werknemers van KCS geldt wanneer zij in nachtdiensten werken. KCS heeft zowel met de ondernemingsraad als met de vakbonden een zorgvuldig, uitgebreid en langdurig onderhandelstraject gevolgd. Het feit dat zowel de ondernemingsraad als de bonden hebben ingestemd met deze wijziging vormt een

zwaarwegende aanwijzing dat de inhoud van het wijzigingsvoorstel redelijk is. Voor zover de werknemers betogen dat de bonden de belangen van de betreffende groep van 37 werknemers 'hebben geofferd' voor het grotere geheel, wordt geoordeeld dat ook wanneer de wijziging op individueel niveau wordt gezien, deze de redelijkheidstoets van Stoof/Mammoet kan doorstaan. De NDR behelst een zeer langdurige en geleidelijke afbouwregeling. Uit de overgelegde individuele overzichten per werknemer blijkt dat gedurende een periode variërend tussen de 5 jaar en 12 jaar, gerekend vanaf 1 juli 2012, de toeslag krachtens het protocol wordt afgebouwd naar de nieuwe toeslag krachtens de NDR. Het gevolg hiervan is dat het inkomensniveau van de werknemers gedurende lange tijd (nagenoeg) ongewijzigd blijft, en daarna zeer langzaam wordt teruggebracht. Dit geeft de werknemers voldoende tijd om op deze wijziging te anticiperen. Hoewel onmiskenbaar sprake is van een voor de werknemers nadelige wijziging van hun arbeidsvoorwaarden, behoren in het licht van de hiervoor geschetste omstandigheden de belangen van KCS bij de eenzijdige wijziging zwaarder te wegen. Hierbij weegt ook de nadien door KCS toegevoegde toezegging mee dat de werknemers de toeslagen behouden wanneer zij op initiatief van KCS worden overgeplaatst.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 06-11-2013

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2013:10420

Zaaknummer: 602462 CV EXPL 13-5382

Rechters: T.S. Pieters

Advocaten: M.J. de Jong en I.A.V. el Mecky

Wetsartikelen: 7:611 BW

ANNOTATIE

Medezeggenschapsrechten ambtenaar onnodig gemarginaliseerd

mr. dr. G.W. van der Voet

1. Inleiding

De Hoge Raad geeft in zijn beschikking van 8 november 2013 een ruime uitleg aan het ‘politiek primaat’ als bedoeld in artikel 46d WOR. De vraag is of dit terecht is. In dit commentaar worden eerst de feiten uiteengezet (par. 2). Vervolgens wordt de uitspraak van de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam (OK) samengevat (par. 3), gevolgd door een samenvatting van de uitspraak van de Hoge Raad (par. 4). Aansluitend volgt een kritische beschouwing (par. 5 en 6) en tot slot een conclusie (par. 7).

2. Feiten

Stadsdeel Zuid – een deelgemeente van de gemeente Amsterdam – heeft besloten een krediet van € 4.060.000 ter beschikking te stellen voor de renovatie van een gemeentelijk zwembad (‘De Mirandabad’), zonder de OR daarbij om advies te vragen.

De OR is van mening dat ter zake wel advies had moeten worden gevraagd, omdat het zou gaan om een belangrijke investering en tevens om het aantrekken van een belangrijk krediet als bedoeld in artikel 25 lid 1 aanhef en onder h, respectievelijk onder i WOR. Om die reden heeft de OR de OK verzocht te verklaren dat Stadsdeel Zuid niet in redelijkheid tot het bestreden besluit heeft kunnen komen, en het te verplichten het besluit in te trekken en de gevolgen ongedaan te maken.

Stadsdeel Zuid heeft zich vervolgens verweerd door aan te voeren dat het geen advies behoefde te vragen, omdat het besluit een aangelegenheid betreft die valt onder het ‘primaat van de politiek’ als bedoeld in artikel 46d aanhef en onder b WOR.

3. Oordeel van de Ondernemingskamer

De OK heeft het verweer van Stadsdeel Zuid verworpen en de OR in het gelijk gesteld (Hof

Amsterdam 31 oktober 2012, *JAR* 2013/29).

Daarbij stelt de OK zich op de het standpunt dat het feit dat het hier gaat om een besluit van een democratisch gekozen orgaan, op zichzelf niet voldoende is om te concluderen dat het besluit 'de publiekrechtelijke vaststelling van taken van publiekrechtelijke lichamen en onderdelen daarvan of het beleid ten aanzien van de uitvoering van die taken' betreft als bedoeld in artikel 46d aanhef en sub b WOR. Het feit dat het besluit betrekking heeft op 'de renovatie van onder haar beheer vallende sportvoorzieningen en het beschikbaar stellen van gelden daarvoor' en daarmee tevens betrekking heeft op 'de verdeling van haar financiële middelen' maakt dat niet anders.

De OK licht dit nader toe door erop te wijzen dat zelfs indien het besluit van de gemeente Amsterdam een zwembad te bouwen en te exploiteren destijds berustte op politieke afwegingen en keuzes bij de uitoefening van haar publiekrechtelijke taak, dit niet zonder meer inhoudt dat het nu genomen besluit tot renovatie – eveneens – op zodanige (hernieuwde) politieke afwegingen en keuzes berust. Gelet ook op de aard van het besluit is volgens de OK namelijk evenzeer voorstelbaar dat het niet (mede) op grond van politieke afwegingen wordt gemaakt. Het lag volgens de OK daarom op de weg van Stadsdeel Zuid aan de hand van concrete feiten en omstandigheden inzichtelijk – en daardoor toetsbaar – te maken dat en op welke wijze politieke afwegingen en keuzes (ook thans) hebben plaatsgevonden.

Het honoreren van het niet nader gemotiveerde verweer dat het besluit onder het primaat van de politiek valt, simpelweg omdat het is genomen door een democratisch gekozen orgaan, zou er volgens de OK namelijk toe leiden dat de medezeggenschap bij de overheid verder zou worden beperkt dan strikt genomen nodig is met het oog op de bescherming van het primaat van de politiek. Daarbij speelt een rol dat het volgens de OK in casu niet gaat om een besluit dat als zodanig van dien aard is dat het een politieke afweging vergt van de voor- en nadelen ervan.

A-G Hammerstein vat de argumenten van de OK in zijn conclusie (ECLI:NL:PHR:2013:951) kernachtig samen door te stellen dat de overheid volgens de OK alleen een beroep mag doen op artikel 46d aanhef en onder b WOR als aan het desbetreffende besluit politieke afwegingen ten grondslag liggen. Als dit niet aanstonds volgt uit de aard van het besluit, moet de ondernemer aan de hand van concrete omstandigheden stellen dat hiervan sprake is (o.w. 4.2). In dit geval volgt het volgens de OK niet uit de aard van het besluit en is door de deelgemeente niet voldoende gesteld om dit toch aan te nemen.

4. Oordeel van de Hoge Raad

De Hoge Raad is, in navolging van de A-G, van oordeel dat de OK de strekking van artikel 46d

aanhef en sub b WOR heeft miskend.

De Hoge Raad wijst op het feit dat Stadsdeel Zuid ingevolge hoofdstuk V, paragraaf 2 Gemeentewet en artikel 26 van de Amsterdamse Verordening op de stadsdelen, binnen de door de gemeente Amsterdam vastgestelde kaders, bij uitsluiting bevoegd is tot het inrichten en vaststellen van de begroting van Stadsdeel Zuid en tot het nemen van de daarmee samenhangende krediet- en investeringsbesluiten. De Hoge Raad overweegt vervolgens dat het onderhavige besluit rechtstreeks betrekking heeft op het inrichten en vaststellen van de begroting van Stadsdeel Zuid en op de daarmee samenhangende terbeschikkingstelling van financiële middelen door middel van een krediet, in dit geval ten behoeve van de renovatie van een door Stadsdeel Zuid geëxploiteerd zwembad. Anders dan de OK, is de Hoge Raad van oordeel dat een dergelijk besluit onmiskenbaar van dien aard is dat het een politieke afweging vergt van de daaraan verbonden voor- en nadelen. Reeds daarom is volgens de Hoge Raad sprake van een besluit als bedoeld in artikel 46d aanhef en sub b WOR. De deelgemeente was er volgens de Hoge Raad dus niet toe gehouden concrete feiten en omstandigheden te stellen en, aan de hand daarvan, aannemelijk te maken dat en op welke wijze het besluit noopte tot politieke afwegingen en keuzes.

5. Onduidelijkheid over de reikwijdte van het primaat van de politiek

De onderhavige beschikking is duidelijk gemotiveerd en is in lijn met eerdere uitspraken van de Hoge Raad (zie HR 26 januari 2000, *JAR* 2000/30 (Haagse grenscorrecties); HR 26 januari 2000, *JAR* 2000/46 (Polderdistrict Betuwe); HR 1 maart 2002, *JAR* 2002/116 (Rijksrecherche); HR 20 mei 2005, *JAR* 2005/156 (SSC-HRM) en HR 9 februari 2007, *JAR* 2007/72 (Van Mesdagkliniek); zie voorts o.a. L.C.J. Sprengers, 'Het primaat van de politiek en de OR: een overzicht', *ArbeidsRecht* 2005/2, p. 13 e.v.).

Aanvankelijk gaf de OK een beperkte uitleg aan het primaat van de politiek, door zich op het standpunt te stellen dat als het besluit valt onder het primaat van de politiek, aan de OR geen adviesrecht toekomt, tenzij het besluit personele gevolgen heeft. In dat laatste geval moest het besluit volgens de OK integraal ter advisering worden voorgelegd, omdat het besluit slechts in zijn geheel door de OR kon worden beoordeeld. Wel diende de OR zich bij zijn advisering te beperken tot de apolitieke overwegingen die aan het besluit ten grondslag lagen en diende de rechterlijke toetsing beperkt te blijven tot een rechtmatigheidstoets. (Zie o.a. Hof Amsterdam 24 oktober 1996, *JAR* 1996/245.)

Aan deze ruimhartige uitleg van de uitzondering op het primaat van de politiek maakte de Hoge Raad in 2000 een einde, door te oordelen dat deze uitzondering niet reeds aan de orde is als er inherente personele gevolgen zijn, maar alleen als het besluit in het bijzonder of

uitsluitend ziet op de regeling van de personele gevolgen. In 2002 oordeelde de Hoge Raad vervolgens dat niet alleen besluiten van democratisch gekozen organen met (mede) wetgevende bevoegdheid onder het primaat van de politiek kunnen vallen, maar ook besluiten van (indirect) democratisch gecontroleerde overheidsorganen. Wel moet het gaan om besluiten die naar hun aard een politieke afweging vergen van de daaraan verbonden voor- en nadelen. Door de Hoge Raad is in 2007 (in de zaak betreffende de verzelfstandiging van de Van Mesdagkliniek) voorts de praktijk gehonoreerd waarbij het besluit met betrekking tot de personele gevolgen wordt gesepareerd van het principebesluit, zodat de OR geen adviesrecht meer toekomt ten aanzien van het eigenlijke besluit, ook indien dat besluit ingrijpende personele gevolgen kan hebben (zie over deze uitspraak uitgebreid o.a. P.A.M. Witteveen, 'Over knippen en scheren bij overheidsmedezeggenschap', *ArA* 2007/3, p. 61 e.v.).

Het behoeft geen nader betoog dat de medezeggenschapsrechten van de ambtenaar door deze ruime uitleg van het primaat van de politiek feitelijk worden gemarginaliseerd. In de onderhavige zaak doet de OK een nieuwe poging om ruimte te creëren voor een adviesrecht van de OR, maar ook deze poging strandt – geheel in lijn met de hierboven uiteengezette vaste rechtspraak van de Hoge Raad – in cassatie.

Omdat de Hoge Raad tot nu toe nog niet eenmaal heeft geoordeeld dat een besluit níét onder het primaat van de politiek valt, bestaat onduidelijkheid over wanneer dit in de praktijk het geval zal zijn. In een annotatie bij de onderhavige uitspraak geven Huisman en Jellinghaus (*JIN* 2013/189) daarom aan het te betreuren dat de Hoge Raad zijn taak als gids in deze zaken steeds maar niet oppikt en de rechtspraak steeds maar niet de nodige zekerheid verschaft. Duidelijk is volgens hen thans dat besluiten betreffende begrotingsaangelegenheden naar hun aard onder het primaat van de politiek vallen. Wanneer een besluit daar niet onder valt, maakt de Hoge Raad echter niet duidelijk. Zij wijzen erop dat de Hoge Raad aan het einde van zijn beschikking weliswaar de frase herhaalt dat het primaat van de politiek niet oneindig is ('Deze beperking gaat evenwel niet verder dan strikt genomen nodig is met het oog op de bescherming van het primaat van de politiek'), maar dat de Hoge Raad helaas wederom niet uitlegt waar dan precies de grens ligt.

6. Artikel 46d WOR te ruim geformuleerd

De vraag is of het gemaakte verwijt aan het adres van de Hoge Raad terecht is en of de oorzaak van al deze onduidelijkheid niet veeleer is gelegen in de niet duidelijk begrensde, ruime formulering van het primaat van de politiek in artikel 46d aanhef en sub b WOR. Blijkens de memorie van toelichting heeft de wetgever daarmee beoogd te voorkomen dat politiek gekleurde besluiten van democratisch gecontroleerde organen in het kader van het beroepsrecht ingevolge de WOR in aanmerking komen voor toetsing door de rechter, hetgeen

in strijd zou zijn met de staatsrechtelijke bevoegdheidsverdeling (*Kamerstukken II* 1993/94, 23 551, nr. 3, p. 5 en 6).

De vraag is of het staatsrechtelijke belang van de scheiding der machten (van de wetgevende macht, het ambtelijk apparaat en de rechtelijke macht) de onderhavige inperking van de medezeggenschapsrechten van de ambtenaar rechtvaardigt en of dit niet op gespannen voet staat met het gelijkheidsbeginsel (zie in dit verband A.R. Houweling en G.W. van der Voet, 'Uniform of gedifferentieerd arbeidsrecht. Een nationaal en rechtsvergelijkend onderzoek naar de rechtvaardiging en toekomst van bijzondere arbeidsverhoudingen', *ArA* 2013/2, p. 3-61).

Aan de beantwoording van deze vraag kwam Jellinghaus in zijn bijdrage over de ambtenaar helaas niet toe (zie Jellinghaus over het primaat van de politiek in 'De ambtenaar'; A.R. Houweling en G.W. van der Voet (red.), *Bijzondere arbeidsverhoudingen*, Den Haag: BJu 2012, p. 62-65). Witteveen gaat hier in zijn annotatie bij de uitspraak inzake de Van Mesdagkliniek wel op in, en stelt zich – mijns inziens terecht – op het standpunt, dat dit niet strookt met het uitgangspunt van de wetgever in 1995 dat de medezeggenschap van de ambtenaar marktconform dient te worden geregeld (*Kamerstukken II* 1993/94, 23 551, nr. 3, p. 2-5). Dat er mede politieke overwegingen aan het besluit ten grondslag liggen, mag er daarom volgens Witteveen niet toe leiden dat aan de OR in het geheel geen adviesrecht ter zake van dat besluit toekomt. Dat adviesrecht dient naar zijn mening alleen beperkt te blijven tot het deel van het besluit dat niet onder het primaat van de politiek valt. Hij bepleit met andere woorden een terugkeer naar de lijn zoals die aanvankelijk (voor 2000) door de OK was uitgezet. Relevant is in dat opzicht nog het bezwaar dat de A-G opwerpt in overweging 4.3 van zijn conclusie bij de onderhavige beschikking. De maatstaf van de aanwezigheid van al dan niet politieke afwegingen lijkt hem namelijk niet praktisch hanteerbaar, omdat daardoor bij de toepassing van de bepaling een discussie ontstaat over het al dan niet 'politieke' karakter van bepaalde argumenten. Dat roept problemen op, omdat niet goed valt in te zien hoe de rechter moet vaststellen dat de desbetreffende overwegingen 'politiek' van aard zijn.

Ik vraag mij echter af of dit voor de OK in de praktijk inderdaad problematisch zal zijn. Mochten de argumenten al een politiek karakter hebben, dan zie ik bovendien niet in waarom de OK het besluit niet evenals de besluiten van ondernemers uit de marktsector integraal aan de toets van artikel 26 lid 4 WOR zou mogen onderwerpen. Deze rechtmatigheidstoets verschilt in wezen immers niet van de toets aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur waaraan de bestuursrechter besluiten van bestuursorganen kan onderwerpen (zie bijv. F.H.J.G. Brekelmans en R.J.G.M. Widdershoven, 'Beginselen van behoorlijke medezeggenschap in de WMO en de WOR', *NTOR* 1994/4, p. 179 e.v.). Deze toets leidt er ten principale niet toe dat de rechter plaatsneemt op de stoel van het bestuursorgaan.

Sprengers – die de discrepantie tussen de bedoeling van de wetgever in 1995 en de tekst van artikel 46d sub b WOR al veel eerder signaleerde – wijst er bovendien op dat de bestuursrechter – anders dan de OK – eventueel zelf in de zaak kan voorzien (vgl. art. 8:74 lid 3 en 4 Awb). De OK kan dit niet: die kan alleen tegenhouden dat een besluit in strijd met de eisen van artikel 25 WOR, dan wel (anderszins) in strijd met de willekeur wordt genomen. De OK laat de autonomie van de (publiekrechtelijke) ondernemer bij toetsing ex artikel 26 WOR dus – meer nog dan de bestuursrechter – ongemoeid. Sprengers concludeert naar mijn mening dan ook terecht dat het primaat van de politiek ten principale niet door deze toetsing wordt aangetast, zodat een bepaling als artikel 46d WOR achterwege had kunnen blijven. Hij wijst er voorts op dat het de wetgever bij de totstandkoming van artikel 46d WOR al duidelijk had kunnen zijn dat een scheiding van het politieke besluit en de personele gevolgen op de wijze bedoeld in de toelichting niet in alle gevallen te realiseren zou zijn en is van mening dat, wil de OR ten aanzien van de personele gevolgen wezenlijke invloed kunnen uitoefenen, de OR zich daar nog voor de politieke besluitvorming over zal moeten kunnen uitlaten (L.C.J. Sprengers, *De Wet op de ondernemingsraden bij de overheid*, Deventer: Kluwer 1998, p. 239-316).

In navolging van Sprengers zou ik dan ook willen pleiten voor een afschaffing van artikel 46d WOR in de huidige vorm. Daar waar aangewezen zou in de WOR naar mijn mening hooguit aansluiting dienen te worden gezocht bij de artikelen 8:2 e.v. Awb, waarin nader omschreven bestuursbesluiten (waaronder algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels) worden uitgesloten van het beroepsrecht van de belanghebbende.

7. Conclusie

Geconcludeerd kan worden dat de Hoge Raad er niet in slaagt duidelijke grenzen te stellen aan het primaat van de politiek. Gevolg van de – vooralsnog – grenzeloos ruime formulering en uitleg van artikel 46d WOR is dat het adviesrecht van ondernemingsraden bij overheidsinstellingen in de praktijk weinig voorstelt. Hiervoor bestaat mijns inziens geen objectieve rechtvaardigingsgrond. Het gemaakte onderscheid staat daardoor op gespannen voet met het gelijkheidsbeginsel en het uitgangspunt van de wetgever dat de medezeggenschapsrechten van de ambtenaar marktconform zouden worden vormgegeven. Wat mij betreft aanleiding voor de wetgever om artikel 46d WOR aan te passen.