

Nieuwsbrief AR Updates - Nummer 10, 2014

Nummer 10, 2014

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

INHOUDSOPGAVE

Hof

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2014:588 04-03-2014

Benetra B.V./werknemer

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2014:630 04-03-2014

Stichting Zorg en Ondersteuning c.s./Stichting Gehandicaptenzorg voorheen genaamd Stichting Gehandicaptenzorg Limburg en X

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2014:596 04-03-2014

werknemer/402 Events.Com B.V. in liquidatie

Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2014:21 21-01-2014

Koninklijke Nederlandse Chemische Vereniging/werkneemster

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2014:84 21-01-2014

X Makelaardij/werknemer

Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2014:12 14-01-2014

Art & Finish Creative Services/X

Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2013:2244 02-07-2013

werknemer/Gemeente Rotterdam

Rechtbank

Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2014:866 05-03-2014

FNV Bondgenoten c.s./SNS Reaal

Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2014:1407 04-03-2014

werknemer/ABN AMRO Bank N.V.

Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2014:1410 03-03-2014

SieMatic Total Concept B.V./werknemer

Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2014:815 03-03-2014

werknemer/Koninklijke Begeer B.V.

Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2014:867 27-02-2014

X/Y

Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2014:1451 26-02-2014

Stichting Pensioenfonds Smit/Smit Nederland B.V. c.s.

Rechtbank Zeeland-West-Brabant, ECLI:NL:RBZWB:2014:1314 24-02-2014

werkgeefster/werknemer

Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2014:989 17-02-2014

Abvakabo FNV c.s./Stichting Welsaen c.s.

Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2014:1055 12-02-2014

werkneemster/SIG Combibloc B.V.

Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2013:6188 19-12-2013

Wegener B.V./werknemer

Rechtbank Zeeland-West-Brabant, ECLI:NL:RBZWB:2013:8027 03-09-2013

werknemer/werkgever

Antillen

Gerecht in eerste aanleg van Curaçao, ECLI:NL:OGEAC:2014:3 21-01-2014

rector magnificus/raad van toezicht van de University of Curaçao

Uitspraken zonder ECLI

Hof van Justitie van de Europese Unie 06-03-2014

Amatori/Telecom Italia

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Rechtbank Gelderland 25-02-2014

werkneemster/werkgeefster

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Rechtbank Rotterdam 27-02-2014

werknemer/werkgeefster

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Annotatie

Volledige of gedeeltelijke loonstop bij weigering passende arbeid te verrichten

mr. dr. L. van den Berg

RECHTSPRAAK

Amatori/Telecom Italia

Richtlijn overgang van onderneming kan geen betrekking hebben op pas na de overgang tot stand gekomen autonome economische eenheid, behoudens het gunstigheidsbeginsel naar nationaal recht. Richtlijn overgang van onderneming verzet zich niet tegen intra-concernovergang, ook niet bij sterke overheersing van vervreemder over verkrijger.

In februari 2010 heeft Telecom Italia een interne reorganisatie doorgevoerd. Bij die interne reorganisatie heeft Telecom Italia een afdeling opgesplitst in een tiental onderafdelingen, waaronder de afdelingen 'IT Operations', 'IT Governance' en 'Engineering'. Op 28 april 2010 heeft Telecom Italia die afdeling IT Operations ondergebracht bij haar dochteronderneming TIIT in de vorm van een inbreng in natura in het kapitaal van laatstgenoemde. Werknemers stellen zich op het standpunt dat zij niet mee zijn overgegaan krachtens overgang van onderneming. Werknemers hebben ter ondersteuning van hun beroep aangevoerd dat vóór de inbreng van de afdeling 'IT Operations' in het kapitaal van TIIT, deze afdeling geen functioneel autonome eenheid was in de structuur van Telecom Italia. Bovendien bestond die afdeling niet voordat de overgang plaatsvond. Daarenboven verzet het feit dat de vervreemder een sterke overheersing uitoefent ten aanzien van de verkrijger, zich ertegen dat die inbreng als een overgang van een onderneming wordt aangemerkt.

Het Hof van Justitie EU oordeelt als volgt. Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of reeds ten tijde van de overgang een autonome economische eenheid moet bestaan. De overgang moet betrekking hebben op een duurzaam georganiseerde economische eenheid, waarvan de activiteit niet tot de uitvoering van een bepaald werk is beperkt. Elk geheel van personen en elementen waarmee een economische activiteit met een eigen doelstelling kan worden uitgeoefend en dat voldoende gestructureerd en zelfstandig is, vormt een dergelijke eenheid (zie arresten van 10 december 1998, Hernández Vidal e.a., C-127/96, C-229/96 en C-74/97, Jur. p. I-8179, punten 26 en 27; 13 september 2007, Jouini e.a., C-458/05, Jur. p. I-7301, punt 31; 6 september 2011, Scattolon, C-108/10, Jur. p. I-7491, punt 42).

Daaruit volgt dat voor de toepassing van genoemde richtlijn, de betrokken economische eenheid vóór de overgang met name over voldoende functionele autonomie moet beschikken, aangezien het begrip 'autonomie' verwijst naar de bevoegdheid van de verantwoordelijken van de betrokken groep werknemers om op relatief vrije en onafhankelijke manier het werk binnen die groep te organiseren en meer in het bijzonder de bevoegdheid om bevelen te geven en om de taken te verdelen tussen de ondergeschikten binnen die groep, dit alles zonder rechtstreekse tussenkomst van andere organisatiestructuren van de werkgever (arrest Scattolon, punt 51 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Die conclusie vindt steun in artikel 6 lid 1 eerste en vierde alinea van Richtlijn 2001/23, betreffende de vertegenwoordiging van de werknemers, volgens hetwelk het de bedoeling is dat die richtlijn van toepassing is op elke overgang die voldoet aan de voorwaarden van artikel 1 lid 1 van die richtlijn, ongeacht of de overgegangene economische eenheid in de structuur van de verkrijger al dan niet als eenheid blijft bestaan (zie in die zin arrest van 12 februari 2009, Klarenberg, C-466/07, Jur. p. I-803, punt 50). Het gebruik in artikel 6 lid 1 eerste en vierde alinea van de woorden 'blijft bestaan' betekent dat de autonomie van de overgegangene eenheid in ieder geval reeds moet bestaan op het moment van de overgang. Indien in het hoofdgeding dus zou blijken dat de overgedragen eenheid vóór de overgang niet over een voldoende functionele autonomie beschikte, wat door de verwijzende rechter dient te worden nagegaan, valt die overgang niet onder Richtlijn 2001/23. In dergelijke omstandigheden zou uit die richtlijn geen verplichting voortvloeien om de rechten van de overgedragen werknemers te behouden. Gelet op een en ander moet op de eerste vraag worden geantwoord dat artikel 1 lid 1 onder a en b van Richtlijn 2001/23 aldus moet worden uitgelegd dat het zich niet verzet tegen een nationale regeling, zoals die welke in het hoofdgeding aan de orde is, op grond waarvan bij een overgang van een deel van een onderneming de verkrijger de vervreemder kan opvolgen in de arbeidsbetrekkingen, wanneer dat deel van de onderneming geen functioneel autonome economische eenheid is die reeds bestond op het ogenblik van de overgang.

Met zijn tweede vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 1 lid 1 onder a en b van Richtlijn 2001/23 aldus moet worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een nationale regeling, zoals die welke in het hoofdgeding aan de orde is, op grond waarvan de verkrijger de vervreemder kan opvolgen in de arbeidsbetrekkingen wanneer die vervreemder na de overgang van het deel van de betrokken onderneming een sterke overheersing uitoefent ten aanzien van de verkrijger. Om te beginnen blijkt nergens uit Richtlijn 2001/23 dat de Uniewetgever had bedoeld dat die richtlijn alleen kon worden toegepast indien de verkrijger onafhankelijk was van de vervreemder. Voorts dient in herinnering te worden gebracht dat het Hof reeds heeft geoordeeld dat Richtlijn 77/187, zoals gewijzigd bij Richtlijn 98/50 en ingetrokken en in wezen vervangen bij Richtlijn 2001/23, elke juridische wijziging in de persoon van de werkgever beoogt te regelen, indien de andere voorwaarden van de richtlijn

eveneens zijn vervuld, en dat zij dus kan worden toegepast op een overgang tussen twee dochtermaatschappijen van eenzelfde groep, die afzonderlijke rechtspersonen vormen en elk specifieke arbeidsverhoudingen met hun werknemers hebben. De omstandigheid dat de betrokken vennootschappen niet alleen dezelfde eigenaars, maar ook dezelfde directie en dezelfde gebouwen hebben en dezelfde werkzaamheden verrichten, is daartoe irrelevant (arrest van 2 december 1999, Allen e.a., C-234/98, Jur. p. I-8643, punt 17). Er is geen reden waarom voor de toepassing van genoemde richtlijn het overeenstemmende marktgedrag van de moedermaatschappij en haar dochterondernemingen zwaarder zou wegen dan de formele scheiding tussen die vennootschappen, die eigen rechtspersoonlijkheid hebben. Een dergelijke oplossing, die erop neer zou komen dat overgangen tussen vennootschappen van eenzelfde groep buiten het toepassingsgebied van de richtlijn vallen, druist juist in tegen het doel van deze laatste, die beoogt te verzekeren dat de werknemers bij verandering van ondernemer hun rechten zo veel mogelijk behouden, door het mogelijk te maken dat zij op dezelfde voorwaarden als zij met de vervreemder waren overeengekomen, in dienst van de nieuwe werkgever blijven (arrest Allen e.a., punt 20). De omstandigheid dat, zoals in de onderhavige zaak in het hoofdgeding, de vervreemdende onderneming een sterke overheersing uitoefent ten aanzien van de verkrijger, die tot uiting komt door een nauwe verbintenis van lastgeving en door een vermenging van het ondernemersrisico, kan dus op zich de toepassing van Richtlijn 2001/23 niet uitsluiten.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 06-03-2014

Zaaknummer: C-458/12

RECHTSPRAAK

FNV Bondgenoten c.s./SNS Reaal

Buitendienstmedewerkers SNS Reaal hebben op grond van Reglement VB recht op uitbetaling variabele beloning over 2012, zonder neerwaartse bijstelling. Uitleg reglement conform cao-norm.

Drie werknemers zijn in dienst van SNS Reaal in de functie van accountmanager pensioenen, desk accountmanager respectievelijk accountmanager. Deze functies behoren tot de buitendienst. Op hun arbeidsovereenkomsten is de CAO SNS Reaal van toepassing. Cao-partijen hebben overeenstemming bereikt over versobering van de variabele beloningsregeling. Met ingang van 1 januari 2012 heeft het Reglement Variabele Beloning Buitendienst (en Desk Accountmanagement) Reaal en Zwitserleven (hierna: Reglement VB) gegolden, waarin de (van de mate van realisatie van de prestatiedoelstelling afhankelijke) variabele beloning is gemaximeerd op 35% van het totale vaste inkomen (salaris incl. vakantiegeld en dertiende maand, excl. toeslagen) van de medewerker. In artikel 13 (getiteld 'Neerwaartse aanpassing') van het Reglement VB is bepaald: Tot het moment van uitbetaling is de raad van bestuur bevoegd de hoogte van de variabele beloning neerwaarts aan te passen tot een passende hoogte indien ongewijzigde toekenning of uitkering van de variabele beloning niet met de financiële toestand van werkgever in haar geheel te verenigen is (zoals bedoeld in art. 12 en 14 van de Regeling beheerst beloningsbeleid Wft 2011 (hierna: RBB)). Op 1 februari 2013 is SNS Reaal genationaliseerd. De kern van hetgeen partijen verdeeld houdt, betreft de beantwoording van de vraag waartoe artikel 13 van het Reglement VB SNS Reaal jegens de vakbonden en de betrokken buitendienstmedewerkers verplicht en van de vraag waarop de vakbonden en deze werknemers op grond van dat beding aanspraak kunnen maken. De vakbonden en de genoemde werknemers menen SNS Reaal aan de uitbetaling van de met de door hen behaalde prestatiedoelstellingen over 2012 corresponderende variabele beloning te kunnen houden, terwijl SNS Reaal stelt dat zij deze variabele beloning gelet op de financiële situatie van de groep niet hoeft uit te betalen.

De kantonrechter oordeelt als volgt. In het partijdebat is uitvoerig aandacht besteed zowel aan de vraag welke uitleg aan de relevante bepaling van het Reglement VB toekomt als aan de kwestie van de eenzijdige wijziging van die bepaling. SNS Reaal heeft zich terecht op het

standpunt gesteld dat van een eenzijdige wijziging van dat beding geen sprake is geweest. Ten aanzien van de uitleg wordt de cao-norm toegepast. Artikel 13 van het Reglement VB dient mede te worden uitgelegd in het licht van de tekst en strekking van RBB, omdat deze regeling in artikel 13 wordt genoemd. De kantonrechter concludeert dat bij de toepassing van artikel 13 van het Reglement VB de financiële situatie van de groep dient te worden beoordeeld, niet naar een enkel peilmoment, maar over een zekere periode, en wel zo dat in geval van fluctuatie van de relevante kengetallen niet de doorslag geeft dat op enig moment aan de normen is voldaan, noch dat op enig (ander) moment daaraan niet is voldaan. Waar aldus in artikel 13.4 van het Reglement VB wordt afgeweken van de proportionele benadering die de RBB kenmerkt, en de in een kalenderjaar verworven aanspraak op variabele beloning in zijn geheel vervalt als aan de onder 2 gestelde eisen niet is voldaan, ziet de kantonrechter aanleiding om de zinsnede 'door de uit te keren variabele beloning' strikt uit te leggen. Anders dan SNS Reaal heeft betoogd, bestaat er geen reden om, zo er twijfel is, deze zinsnede ruim en ten nadele van de betrokken werknemers uit te leggen. Ook de door SNS Reaal gestipuleerde onaanvaardbaarheid van het rechtsgevolg waartoe deze interpretatie zou leiden, maakt niet dat de kantonrechter tot een ander oordeel komt. SNS Reaal heeft in dit geding geen beroep gedaan op artikel 13.1 van het Reglement VB. Zij heeft niet weersproken dat uitbetaling van de variabele beloning over 2012 aan de buitendienstmedewerkers haar financiële toestand in haar geheel nauwelijks beïnvloedt. Uitleg van het Reglement VB leidt ertoe dat SNS Reaal wordt veroordeeld om het Reglement VB jegens de betrokken buitendienstmedewerkers na te komen door aan hen de variabele beloning over 2012 uit te betalen waarop zij gelet op de realisatie van de prestatiedoelstellingen over dat jaar op grond van het Reglement VB, zonder neerwaartse bijstelling ingevolge artikel 13 van dat reglement, recht hebben. De door de vakbonden gevorderde schadevergoeding in de zin van artikel 15 en 16 Wet CAO is niet afzonderlijk betwist en wordt aan FNV Bondgenoten, CNV Dienstenbond en De Unie toegewezen tot een bedrag van € 10.000 per vakbond.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 05-03-2014

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2014:866

Zaaknummer: 2240681 UC EXPL 13-12253

Rechters: H.M.M. Steenberghe

Advocaten: A.A.M. Broos en S.F. Sagel

Wetsartikelen: 13 Reglement Variabele Beloning Buitendienst Reaal en Zwitserleven, 15 Wet CAO en 16 Wet CAO

RECHTSPRAAK

werknemer/402 Events.Com B.V. in liquidatie

Toezegging pensioendeelname gaat in vanaf eerste dag arbeidsovereenkomst, zodat werkgever die pas een half jaar later werknemer aanmeldt toerekenbaar tekort is geschoten en gehouden is schade te vergoeden.

Werknemer is op 1 september 2006 in dienst getreden van 402 Events, in de functie van commercieel manager. Het salaris bedroeg ingevolge de arbeidsovereenkomst en ook laatstelijk € 5.000 bruto per maand. Aan werknemer is toen ook een pensioentoezegging gedaan. Per 1 februari 2007 heeft 402 Events de aan werknemer gedane pensioentoezegging ondergebracht bij een pensioenverzekeraar, te weten Delta Lloyd. In september 2007 is werknemer uitgevallen wegens arbeidsongeschiktheid welke arbeidsongeschiktheid uiteindelijk in een blijvende WIA-status heeft geresulteerd. Thans stelt werknemer 402 Events aansprakelijk, omdat hij tekort is geschoten in de nakoming van zijn verplichtingen (te weten: te laat de pensioentoezegging ondergebracht bij de verzekeraar). Had 402 Events werknemer gelijk bij aanvang van de arbeidsovereenkomst aangemeld bij de pensioenverzekeraar, dan had hij bij het arbeidsongeschikt raken recht gehad op premievrije voortzetting van zijn pensioenopbouw. Dit verschil vordert werknemer thans als schade.

Het hof oordeelt als volgt. Een werkgever die een pensioentoezegging doet, is deze vanaf de eerste dag van de arbeidsovereenkomst verschuldigd (gehouden daadwerkelijk het pensioen onder te brengen). Werknemer lijdt niet alleen schade doordat hij in de gegeven omstandigheden geen recht heeft op premievrije pensioenopbouw. Werknemer lijdt tevens schade doordat hij niet reeds vanaf de datum van zijn indiensttreding bij 402 Events, maar eerst per 1 februari 2007 deel kon nemen in de pensioenregeling van 402 Events, nu 402 Events pas per die datum en niet eerder haar pensioenregeling bij een pensioenverzekeraar, te weten Delta Lloyd, had ondergebracht. Per 1 september 2006, de datum van indiensttreding van werknemer, had 402 Events in strijd met de met werknemer gesloten pensioenovereenkomst het pensioen van werknemer nog niet bij een pensioenverzekeraar ondergebracht. De slotsom is dat 402 Events jegens werknemer is tekortgeschoten in de nakoming van de met hem gesloten pensioenovereenkomst. Nu het tegendeel niet is gesteld

of gebleken, kan dit tekortschieten 402 Events worden toegerekend. Het hof veroordeelt 402 Events om onder een door werknemer aan te wijzen verzekeringsmaatschappij af te storten een bedrag van € 47.786,02 bruto benodigd voor de financiering van de door 402 Events aan werknemer gedane pensioentoezegging, inhoudende een beschikbarepremieregeling ingaande 1 september 2006 conform het pensioenreglement 402 Events.com B.V., waarbij een aanspraak op een kapitaal bij leven voor ouderdomspensioen en partnerpensioen vanaf de pensioendatum is toegezegd met daarnaast premievrije pensioenopbouw bij arbeidsongeschiktheid.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 04-03-2014

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2014:596

Zaaknummer: HD 200.122.089-01

Rechters: M.J.H.A. Venner-Lijten, M. van Ham en A.W. Rutten

Advocaten: Ph.C.M. van der Ven en W.D. Kootstra

Wetsartikelen: 6:74 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/ABN AMRO Bank N.V.

Uitleg bepaling ketenregeling en uitzendperiodes in CAO ABN AMRO. Uitzendperiode die in het halve jaar voor aanvang van de arbeidsovereenkomst valt, wordt in keten – ondanks overschrijding van de periode van een half jaar – buiten beschouwing gelaten.

Werknemer is vanaf 13 september 2013 krachtens een uitzendovereenkomst bij ABN AMRO werkzaam geweest tot 1 mei 2011. Met ingang van 1 mei 2011 is tussen werknemer en ABN AMRO een arbeidsovereenkomst voor de duur van zeven maanden overeengekomen. Deze arbeidsovereenkomst is twee keer verlengd voor de duur van een jaar. De derde arbeidsovereenkomst liep af ingaande 1 december 2013. Op de arbeidsovereenkomsten is de CAO ABN AMRO van toepassing. In deze cao is het volgende bepaald: 'De duur van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is maximaal drie jaren. In afwijking van wettelijke bepalingen wordt bij het aangaan en verlengen van zo'n arbeidsovereenkomst geen rekening gehouden met alle uitzend- en detachingsperiodes bij de Bank, die liggen in het halfjaar voorafgaand aan de eerste arbeidsovereenkomst.' Partijen verschillen van mening over de uitleg van deze bepaling, nu de uitzendperiode 13 september 2010 tot 1 mei 2011 ook buiten de periode van het in de cao bedoelde halve jaar valt, immers gedurende de periode 13 september 2010 tot 1 november 2010.

De kantonrechter oordeelt als volgt. De uitleg van de cao-bepaling geschiedt conform de cao-norm (HR 31 mei 2002, JAR 2002/153). Werknemer heeft ter zitting aangegeven dat zijn uitzendperiode in de periode van het halve jaar valt. Desondanks stelt hij dat de cao-bepaling niet op hem van toepassing is, omdat uit de zinsnede 'die liggen in het halve jaar voorafgaand aan de eerste arbeidsovereenkomst' wel moet volgen dat uitsluitend bedoeld is uitzend- en detachingsperiodes die het halve jaar niet overschrijden, dus die binnen het halve jaar blijven. Dit standpunt van werknemer wordt verworpen. In de eerste plaats bepaalt de cao dat alle uitzend- en detachingsperiodes die in het halve jaar vallen buiten beschouwing blijven en de uitleg van werknemer doet aan het woordje 'alle' afbreuk. Het woord 'alle' wijst erop dat de cao-partijen niets hebben uitgesloten, ook niet de uitzend- en detachingsperiodes die deels buiten het halve jaar vallen. In de tweede plaats is de uitleg van werknemer gebaseerd op

de aanname dat cao-partijen de bijzin wel achterwege zouden hebben gelaten indien het hun bedoeling was dat ook met uitzend- en detachingsperiodes die gedeeltelijk buiten het halve jaar vallen geen rekening wordt gehouden. Deze uitleg is niet conform de cao-norm, omdat deze uitleg niet is gebaseerd op de bewoordingen van de cao. Uit rechtsoverweging 4.9 van het arrest van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 23 april 2013 (AR 2013-0382) gewezen in een vergelijkbare zaak, blijkt dat ABN AMRO, die als cao-partij bij de totstandkoming van de cao was betrokken, geen (specifieke) verklaring heeft kunnen geven voor het feit dat bedoelde zinsnede is opgenomen. Hoewel dit vanwege de toepasselijke cao-norm in het onderhavige geschil geen rol van betekenis mag spelen, volgt daaruit wel dat de door werknemer geconstrueerde bedoeling onjuist kan zijn. Waar de cao objectief kenbaar bepaalt dat ‘alle’ uitzend- en detachingsperiodes die in het halve jaar vallen buiten beschouwing worden gelaten, en de uitzendperiode van werknemer in het halve jaar valt, dient het standpunt van ABN AMRO te worden gevolgd. Er is derhalve geen sprake van conversie in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 04-03-2014

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2014:1407

Zaaknummer: 2705488 VV EXPL 14-10

Rechters: C.H. de Haan

Advocaten: S. Bonestroo-Van Zon en M.J.M.T. Keulaerds

Wetsartikelen: 7:668a BW

RECHTSPRAAK

**Stichting Zorg en Ondersteuning c.s./Stichting
Gehandicaptenzorg voorheen genaamd Stichting
Gehandicaptenzorg Limburg en X**

***Ontslag stichtingbestuurder die krachtens statuten tevens bestuurder
dient te zijn van andere stichting niet rechtsgeldig zonder zijn stem.***

X is (de enige) bestuurder van SGL. Samen met A, B en C vormde hij het bestuur van SZO. In de statuten van SZO staat dat het bestuur uit één (1) bestuurslid van SGL bestaat, in casu X. Op 18 juni 2013 hebben A, B en C als bestuurders van SZO het bestuursbesluit genomen X te ontslaan als bestuurslid van SZO. X was op die vergadering niet aanwezig. Blijkens de notulen moest het ontslag de mogelijkheid openen voor SZO haar onroerend goed te verkopen. Nadien hebben A, B en C tevens de statuten van SZO gewijzigd, waardoor de zetel in het bestuur van SGL niet langer meer was vereist. X en SGL stellen zich op het standpunt dat het ontslag en de statutenwijziging niet rechtsgeldig zijn.

Het hof oordeelt als volgt. SZO stelt dat de rechtbank heeft miskend dat in casu niet van SZO geveegd kon worden dat het ontslagbesluit en de wijziging van statuten in aanwezigheid van X, althans een bestuurslid van SGL, kon en moest plaatsvinden. Artikel 3 lid 1 van de statuten van SZO bepaalt dat een bestuurslid van SZO tevens bestuurslid van SGL dient te zijn. Met andere woorden: de statuten van SZO bepalen dat in haar bestuur een bestuurslid van SGL moet zitten. Artikel 11 lid 1 van de statuten van SZO bepaalt dat het bestuur de statuten kan wijzigen. Daar waar voorop staat dat het bestuur van SZO mede moet bestaan uit een lid dat tevens bestuurslid is van SGL is het in beginsel niet mogelijk om de statuten te wijzigen zonder dat daarbij betrokken is een bestuurslid dat tevens bestuurslid is van SGL. Dit betekent dat indien het bestuur van SZO geen lid meer kent dat tevens bestuurslid is van SGL, het bestuur van SZO aan SGL de voordracht van een nieuw bestuurslid tevens bestuurslid van SGL dient te vragen en deze vervolgens dient te benoemen voordat de statuten van SZO kunnen worden gewijzigd. Appellanten hebben geen omstandigheden aangevoerd die zodanig zwaar van gewicht zijn dat van genoemd beginsel zou mogen worden afgeweken. Indien de persoonlijke verhoudingen tussen X en de overige bestuursleden zodanig waren verstoord dat van SZO handhaving van X niet meer kon worden geveegd, had allereerst SGL in staat moeten

worden gesteld om een ander bestuurslid van SGL de plaats van X te laten innemen dan wel, indien X zoals is gesteld enig bestuurslid was van SGL, SGL, en wel haar raad van toezicht, in staat te stellen een nieuw bestuurslid te benoemen.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 04-03-2014

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2014:630

Zaaknummer: HD200.133.559/01

Wetsartikelen: 2:14 BW en 2:15 BW

RECHTSPRAAK

Benetra B.V./werknemer

Loonsanctie opgelegd na overgang van onderneming gaat toch mee over op verkrijger. Overgang van onderneming in transportbranche zonder overgang van vrachtauto's. Arbeidsongeschikte werknemer gaat wel degelijk mee over bij overgang van onderneming.

(Hoger beroep van AR 2011-0812.) Werknemer is sinds 2005 in dienst van (de rechtsvoorgangers van) Benetra als chauffeur. Hij is sinds 27 augustus 2009 arbeidsongeschikt. Op 27 december 2010 is Benetra verkocht aan Wiba. Bij de verkoop is afgesproken dat werknemer in dienst zal blijven van Benetra en pas zal overgaan indien hij weer arbeidsgeschikt is. Vanaf maart 2011 heeft Benetra de loondoorbetaling gestopt. In juni 2011 is aan Benetra een loonsanctie opgelegd. De kantonrechter heeft geoordeeld dat werknemer wel degelijk krachtens overgang van onderneming is overgegaan naar Wiba, maar dat de loonsanctie niet is overgegaan. Dit laatste omdat de loonsanctie pas na de overgang van onderneming is opgelegd en derhalve niet mee over kan gaan op de verkrijger. Volgens de kantonrechter dient Benetra de loonsanctie te voldoen aan werknemer (die inmiddels bij Wiba werkzaam is).

Het hof oordeelt als volgt. Met betrekking tot de vraag of sprake is van overgang van onderneming oordeelt het hof als volgt. Uit de overeenkomst van 17 december 2010 tussen Wiba enerzijds en Benetra anderzijds valt af te leiden dat Benetra (destijds SF Benelux BV) zowel haar klantenbestand als haar volledige personeel (met uitzondering van werknemer en nog één andere werknemer) van haar vestiging in Y overdroeg aan Wiba, terwijl Wiba bovendien nog twee maanden om niet kon beschikken over het bedrijfsterrein te Y. Voorts staat vast dat Benetra met ingang van 1 januari 2011 al haar activiteiten in Y heeft gestaakt. Daarmee is naar voorshands oordeel van het hof voldoende aannemelijk dat er sprake is van overgang van onderneming, waaraan niet afdoet dat Wiba niet ook nog de vrachtauto's van Benetra heeft overgenomen, omdat zij kennelijk zelf al over voldoende materieel beschikte of anderszins kon beschikken.

Tijdens zijn arbeidsongeschiktheid is werknemer aan de vestiging te Y verbonden gebleven.

Die vestiging was voorts verantwoordelijk voor alle re-integratieactiviteiten tijdens zijn arbeidsongeschiktheid. Onder deze omstandigheden kan naar het voorlopig oordeel van het hof niet worden gezegd dat zich hier de situatie voordoet als bedoeld in het arrest van de Hoge Raad van 11 februari 2005 (ECLI:NL:HR:2005:AR4466, JAR 2005/67), omdat niet kan worden aangenomen dat werknemer op het moment van overgang van onderneming niet langer bij de vestiging in Y werkzaam was of daar (definitief) niet kon terugkeren. De omstandigheid dat werknemer geen bezwaar heeft gemaakt tegen het feit dat het loon dat hij ontving vanaf 1 januari 2011 niet door Wiba maar nog steeds door Benetra werd betaald, kan niet worden beschouwd als een weigering om bij Wiba in dienst te treden.

Ingevolge artikel 7:663 BW gaan door de overgang van onderneming alle rechten en verplichtingen die op dat tijdstip voor de werkgever in die onderneming voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst tussen hem en de daar werkzame werknemer van rechtswege over op de verkrijger. Dat betekent dat, indien in de op dat moment bestaande arbeidsverhouding sprake is van een situatie van arbeidsongeschiktheid de (wettelijke) verplichting tot re-integratie van die arbeidsongeschikte werknemer van rechtswege overgaat op de verkrijger. De verkrijgende werkgever dient daarbij ook op te komen voor de eventuele gevolgen van het niet voldoen aan die re-integratieverplichting door de oude werkgever. Wanneer dat gevolg, zoals in dit geval, inhoudt dat het UWV gebruikmaakt van haar bevoegdheid om de verplichting tot doorbetaling van loon op grond van artikel 7:629 lid 11 BW te verlengen, dan dient dat gevolg, nu dat immers samenhangt met de wijze waarop de 'werkgever' op grond van de bestaande arbeidsovereenkomst vorm heeft gegeven aan de re-integratieverplichting in de relatie tot de werknemer voor rekening van de verkrijger te komen. De werknemer kan daaraan derhalve een loonaanspraak ontlelen, omdat hij een arbeidsovereenkomst heeft. Die arbeidsovereenkomst heeft hij niet meer met de oude werkgever, nu deze immers van rechtswege is overgegaan naar de verkrijger. Daarbij is naar het voorlopig oordeel niet van belang dat de beschikking van het UWV in dit geval gericht is tot Benetra, die kennelijk nog als werkgever is opgevoerd door werknemer bij zijn aanvraag voor een WIA-uitkering. Het staat zowel Benetra als Wiba vrij om als belanghebbende deze beschikking aan te vechten, maar het heeft in ieder geval niet als gevolg dat werknemer er in de relatie met Wiba geen rechten aan zou kunnen ontlelen. Andersom heeft het echter ook niet als gevolg dat werknemer met succes in rechte Benetra zou kunnen aanspreken. Voorts is in dit verband van belang dat de verplichting tot loondoorbetaling op grond van artikel 7:629 lid 11 BW niet is ontstaan vóór het tijdstip van de overgang van onderneming en ook geen betrekking heeft op die eerdere periode.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 04-03-2014

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2014:588

Zaaknummer: HD 200.105.666/01

Rechters: C.M. Aarts, M. van Ham en C.E.C.J. Ponsioen

Advocaten: M.J.M. Postma en D.J. van de Weerd

Wetsartikelen: 7:662 BW en 7:663 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Koninklijke Begeer B.V.

Werkgever niet aansprakelijk voor RSI-klachten productiemedewerker. Dat werknemer stelselmatig is overbelast, is niet komen vast te staan. Beroep op omkeringsregel faalt, omdat het verband tussen de gezondheidsschade en de arbeidsomstandigheden te onzeker en te onbepaald is.

Werknemer is in 1997 in dienst getreden van Begeer. In 1996 heeft hij op basis van een werkervaringsplaats werkzaamheden verricht. Vanaf 25 november 1996 tot zijn uitval wegens ziekte op 8 oktober 1997, heeft werknemer afwisselend de voorkomende productiewerkzaamheden verricht, daaronder het machinaal persen, slijpen, schuren en polijsten, en het emailleren en monteren van goud- en zilverwerk. Op 8 oktober 1997 heeft werknemer zich ziek gemeld met plotselinge, niet eerder opgetreden klachten aan zijn (dominante) rechterarm, -pols en -hand. De arboarts heeft RSI-klachten geconstateerd. Werknemer vordert dat voor recht wordt verklaard dat Begeer en Reaal aansprakelijk zijn voor de schade die hij in de uitoefening van zijn werkzaamheden voor Begeer heeft geleden en zal lijden. Hij stelt dat hij is blootgesteld aan fysiek zwaar belastende werkomstandigheden – onder meer repeterende arm-, pols- en handbewegingen bij het slijpen en polijsten – en aan hoge werkdruk tijdens productiepieken en onderbezetting. Verschillende deskundigen hebben werknemer onderzocht. Op grond van de bevindingen van twee deskundigen moet ervan worden uitgegaan dat de armklachten door overbelasting in het werk zijn ontstaan.

De kantonrechter oordeelt als volgt. De twee deskundigen hebben zich bij hun beschrijving van de werkzaamheden uitsluitend of hoofdzakelijk laten leiden door de door werknemer verstrekte informatie over de duur van de fysieke belasting en over de werkdruk waaronder hij zou hebben gewerkt. Deze informatie hebben de onderzoekers onvoldoende onbevangen voor volledig en juist gehouden. Van hun werkbeschrijving kan in dit geding niet worden uitgegaan, omdat onderzoekers ten onrechte, zonder enige kwantitatieve onderbouwing van de duur van de blootstelling aan relevante risicofactoren, hebben aangenomen dat werknemer gedurende vijf dagen per week gemiddeld acht uur per dag aan de polijstmachine heeft gewerkt. Miskend is dat hij door Begeer juist afwisselend werd ingezet op alle voorkomende

productiewerkzaamheden en dus ook taken heeft verricht die niet of veel minder armbelastend waren, zoals het monteerwerk en de werkzaamheden in het kader van de kwaliteitscontrole. Ook een neuroloog heeft zich over de mogelijke werkgerelateerdheid van het uitblijven van klachtvermindering uiterst kritisch betoond. Hij wees erop dat klachten in het bewegingsapparaat na overbelasting normaliter bij rust verdwijnen en dat in het geval van werknemer vanuit neurologisch opzicht niet is te verklaren waarom de klachten zijn blijven voortbestaan. Op grond van het voorgaande is niet komen vast te staan dat werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden voor Begeer is blootgesteld aan zodanige fysiek belastende arbeidsomstandigheden dat zijn voortdurende en chronisch geworden armklachten daardoor zijn veroorzaakt. De omkeringsregel is in dit geval niet van toepassing, omdat het verband tussen de gezondheidsschade en de arbeidsomstandigheden te onzeker en te onbepaald is (HR 7 juni 2013, AR 2013-0455). Daarbij komt dat preventieve maatregelen niet van Begeer konden worden verlangd. De Gezondheidsraad heeft bij rapport van 27 november 2000 (publicatienummer 2000/22) geoordeeld dat de toenmalige stand van de wetenschap nog niet toereikend was om tot het stellen van normen te kunnen komen. Volgt afwijzing van de vordering.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 03-03-2014

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2014:815

Zaaknummer: 847470 UC EXPL 13-27

Rechters: J. Sap

Advocaten: G.J. Knotter en H. van Katwijk

Wetsartikelen: 7:658 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgeefster

Voorzieningenrechter is na verwijzing gebonden aan voorlopig oordeel van kantonrechter dat werknemer statutair bestuurder is. Afwijzing vordering tot wedertewerkstelling vanwege ontbreken belang.

Werknemer is in 1998 in dienst getreden van (een rechtsvoorganger van) werkgeefster. Hij is de functie van Managing Director gaan vervullen. Werknemer maakt deel uit van de directie en is eindverantwoordelijk voor het algemene beleid. In 2003 is werknemer in het Handelsregister ingeschreven als alleen bevoegde bestuurder. Op 22 mei 2013 is 68% van de aandelen verkocht. Op 23 oktober 2013 is werknemer een beëindigingsvoorstel gedaan. Werknemer heeft aangegeven hiermee niet te kunnen instemmen. Werknemer heeft wedertewerkstelling in zijn functie Managing Director gevorderd. De kantonrechter heeft geoordeeld dat werknemer tevens is benoemd en werkzaam was als statutair directeur (zie AR 2014-0061). De zaak is vervolgens doorverwezen naar de voorzieningenrechter van de civiele kamer van de rechtbank.

De voorzieningenrechter oordeelt als volgt. Anders dan werknemer stelt, is de voorzieningenrechter ook inhoudelijk gebonden aan het voorlopig oordeel van de kantonrechter dat werknemer statutair bestuurder is. Anders zou sprake zijn van een tweede beoordeling van dezelfde kwestie in dezelfde instantie en zou dat feitelijk als verkapt (intern) appel hebben te gelden. Dit strookt niet met artikel 71 lid 5 Rv. In hoger beroep kan de vraag aan de orde worden gesteld of werknemer statutair bestuurder was (MvT bij art. 71 Rv, Parl. Gesch. Herz. Rv, p. 229). Dit brengt met zich dat de stelling van werkgeefster dat de vordering op grond van artikel 3:303 BW dient te worden afgewezen vanwege het ontbreken van belang doel treft. Werknemer heeft uitsluitend belang bij toewijzing van zijn vordering tot wedertewerkstelling indien ook (een eventuele vordering tot) herstel van de dienstbetrekking voor toewijzing in aanmerking zou komen. Dit laatste is gelet op het bepaalde in lid 3 van artikel 2:244 BW evenwel uitgesloten.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 27-02-2014

Zaaknummer: C/10/442737 / KG ZA 14-42

RECHTSPRAAK

X/Y

Voorwaardelijke ontbinding arbeidsovereenkomst au pair wegens vertrouwensbreuk. Geschil over al dan niet bestaan van een arbeidsovereenkomst. Vanwege de emotionele lading, die beide partijen parten speelt, wordt geen vergoeding toegekend.

Y is sinds 1 oktober 2008 bij X werkzaam als au pair. Zij is bij X geplaatst na bemiddeling door Au Pair Worldwide. Y ontving naast kost en inwoning € 340 en vanaf 1 januari € 375 per maand en een overurenvergoeding van € 4,50 per uur. Nadat X in februari terugkwam van vakantie, bleek Y het huis verlaten te hebben en haar kamer volledig te hebben ontruimd. Y stelt dat zij werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst en heeft onder andere betaling van het minimumloon en vakantiegeld van X gevorderd. Y heeft zich ziek gemeld. De voorzieningenrechter heeft de vordering tot betaling van het minimumloon toegewezen (zie AR 2013-0765). Thans verzoekt X voorwaardelijke ontbinding. Dit voorwaardelijke karakter van de verzochte ontbinding houdt verband met de betwisting door X dat de verhouding tussen hem en Y als een arbeidsovereenkomst gekwalificeerd moet worden en met het feit dat Y vanaf 22 februari 2013 eenzijdig de au-pairrelatie heeft beëindigd. Aan het verzoek wordt ten grondslag gelegd dat door het plotselinge vertrek van Y, haar disproportionele eis en de incriminerende brief van haar gemachtigde sprake is van een vertrouwensbreuk. Y beroept zich op (de reflexwerking van) het opzegverbod tijdens ziekte.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Van verband met het opzegverbod tijdens ziekte is geen sprake. Y heeft de vertrouwensbreuk niet betwist. Er sprake is van een fundamentele vertrouwensbreuk die zowel voortzetting van de arbeidsovereenkomst als de aanvang van een op terugkeer gericht re-integratieproces illusoir en bij voorbaat kansloos maakt. Onder deze omstandigheden komt aan het opzegverbod geen werking toe. Vanwege de onherstelbare vertrouwensbreuk wordt de arbeidsovereenkomst ontbonden. Inmiddels loopt er een bodemprocedure over de vraag of de verhouding tussen partijen gekwalificeerd dient te worden als een arbeidsovereenkomst en de uit die kwalificatie voortvloeiende rechtsgevolgen. In het kader van deze procedure zal niet op die beoordeling vooruitgelopen worden. Ten aanzien van de intenties van X is gebleken dat hij Y als een volwaardig en vrijwillig lid van zijn

gezin beschouwde en dat Y van mening is dat X op een voor haar schadelijke wijze misbruik van haar heeft gemaakt. Dit verschil in perceptie, na vier jaar van samenwerken, is tekenend voor de zware emotionele lading die het geschil voor beide partijen heeft. Vanwege deze emotionele lading, die beide partijen parten speelt, is de vaststelling van een vergoeding niet passend. Onder de bijzondere omstandigheden van dit geval, brengt een neutrale beoordeling naar billijkheid van de zaak met zich dat van de vaststelling van een vergoeding wordt afgezien.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 27-02-2014

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2014:867

Zaaknummer: 2668663 UE VERZ 14-1 HS

Rechters: H.M.M. Steenberghe

Advocaten: M.B. Bruinsma en R. Korver

Wetsartikelen: 7:685 BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/werkgeefster

Ontslag op staande voet directeur wegens het via een privéholding betalen van een factuur en het in de boekhouding verhangen van diverse posten, is naar voorlopig oordeel niet rechtsgeldig. Onverwijldheidsvereiste.

Werkneemster is sinds 1991 in dienst, laatstelijk als titulair directeur. Op 15 januari 2014 is ze geschorst, omdat zij een opdracht uit de boekhouding zou hebben gehaald die via de privéholding van werkneemster is betaald. Werkneemster zou dit gedaan hebben om zichzelf in het kader van de earn-out te bevoordelen. Daarnaast is gebleken dat er kosten verhangen zijn van salariskosten naar promotiekosten. Op 17 januari 2014 is werkneemster om deze redenen op staande voet ontslagen. Werkneemster heeft de vernietiging van het ontslag op staande voet ingeroepen. Zij voert onder meer aan dat niet aan de onverwijldheidseis is voldaan.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Naast de maatstaf in het GTM-arrest (NJ 1980/328) moet het gegeven worden betrokken dat in de ontslagbrief meerdere redenen zijn genoemd, die volgens werkgeefster zowel afzonderlijk als in samenhang als dringende reden kwalificeren. Die redenen kunnen gelijktijdig aan het licht zijn getreden, maar het is even zo goed mogelijk dat voor elk daarvan afzonderlijke verschijningsmomenten gelden. In dat laatste geval behoort dan ook een daarop aangepaste beoordeling van de onverwijldheidseis plaats te vinden. Aan deze eis wordt niet voldaan indien de daadwerkelijke sanctionering van afzonderlijke reeds vaststaande verwijten (die in de eigen visie van de werkgever op zichzelf ernstig genoeg zijn voor een ontslag op staande voet) wordt opgehouden in verband met nader onderzoek naar de gegrondheid van de vermoedelijke extra verwijten.

In dit geval zijn twee redenen aan het ontslag ten grondslag gelegd: (1) het via een privéholding betalen van een factuur en (2) het in de boekhouding verhangen van diverse posten, waaronder salarisposten, naar de post promotieposten. Voor wat betreft het eerste verwijt wordt niet aan de onverwijldheidseis voldaan. De controller was hier namelijk in oktober 2013 al van op de hoogte. De financieel manager was hierover in december 2013

geïnformeerd. Een goede reden die vervolgens het tijdsverloop tot 17 januari 2014 rechtvaardigt, ontbreekt. Voor wat betreft het tweede verwijt wil de kantonrechter voorlopig wel aannemen dat werkgeefster de juistheid van haar vermoedens, die zien op een uitgebreider feitencomplex, nader wilde toetsen. Dat heeft zij direct op de dag na de schorsing gedaan door het horen van enkele bij de financiële administratie betrokken functionarissen en dat is zeker voldoende voortvarend geweest. De verwijten die werkneemster in de ontslagbrief worden gemaakt, zouden kunnen inhouden dat zij haar werkzaamheden als directeur in strijd met de geldende (interne) regels heeft uitgevoerd. Daarmee zou werkneemster zich eventueel ook diskwalificeren voor haar functie, hetgeen verder in het voorwaardelijk ontbindingsverzoek aan de orde zal komen. De verwijten houden niet in dat werkneemster bedrieglijke aanpassingen in de boekhouding heeft doorgevoerd of zich anderszins schuldig heeft gemaakt aan malversaties. Om de handelwijze van werkneemster 'mogelijk' frauduleus te noemen, gaat dus veel te ver en is misplaatst. Volgt toewijzing van de loonvordering.

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 25-02-2014

Zaaknummer: 2743689 VV EXPL 14-11

RECHTSPRAAK

Abvakabo FNV c.s./Stichting Welsaen c.s.

***Overgang van onderneming na subsidieomlegging
welzijnsorganisaties voor beheer buurthuizen. Gestelde verjaring van
beroep op opzegverbod is, gelet op bepaling in sociaal plan, in strijd
met redelijkheid en billijkheid.***

Combiwel en Welsaen zijn welzijnsorganisaties. Zij beheren onder andere buurthuizen. Nadat concrete subsidiebedragen zijn vastgesteld, heeft Combiwel in 2011 kenbaar gemaakt de opdracht ten aanzien van drie buurthuizen niet te willen uitvoeren, omdat fors bezuinigd zou moeten worden. In het Stedelijk Sociaal Plan is in hoofdstuk I onder 3 het volgende bepaald: 'Als een medewerker wordt ontslagen vanwege het intrekken of vermindering van subsidie, en daarna blijkt dat een andere organisatie subsidie krijgt voor dezelfde activiteiten (subsidieomlegging) dan wordt de opzegging in een dergelijk geval geacht niet te hebben plaatsgevonden en gaat de overgang van onderneming vóór (...).' Na verkregen toestemming is de arbeidsovereenkomst van de werknemers die werkzaam waren bij de betreffende buurthuizen opgezegd. De opdracht voor het accommodatiebeheer en openstelling van de drie buurthuizen is vervolgens aan Welsaen gegeven. Abvakabo FNV en acht werknemers stellen in deze procedure – kort gezegd – dat er per 1 januari 2012 sprake is van overgang van onderneming van Combiwel naar Welsaen betreffende het beheer en de openstelling van de drie buurthuizen. Welsaen voert aan dat geen sprake is van een economische eenheid die haar identiteit heeft behouden. Subsidiar stelt Welsaen dat de vorderingen van Abvakabo c.s. zijn verjaard, omdat er niet tijdig (namelijk binnen zes maanden) een beroep is gedaan op de vernietigbaarheid van de opzegging, op grond van het opzegverbod ex artikel 7:670 lid 8 BW.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Ten deze is voldaan aan het vereiste dat het gaat om een geheel van georganiseerde middelen, bestemd tot het ten uitvoer brengen van een economische entiteit. De betreffende buurthuizen kunnen immers worden beschouwd als een duurzaam georganiseerde economische entiteit, met een georganiseerd geheel van personen en elementen. Dat in dit geschil niet aan het ondernemingsbegrip, dat ruim moet worden opgevat, zou zijn voldaan, heeft Welsaen onvoldoende onderbouwd. Ook is sprake van identiteitsbehoud. De functionele band die voor de overgang tussen de onderling

samenhangende en elkaar aanvullende factoren bestond, is na de overgang behouden gebleven. De buurthuizen zijn dezelfde gebleven, terwijl eveneens de hoofdtak (beheer en openstelling), gelijk is gebleven. Onweersproken is dat er (ook na de overgang) een professionele bezetting nodig blijft om deze hoofdtak uit te voeren. Ook wordt ervan uitgegaan dat de doelgroep waarop de huizen zich richten (de klanten) gelijk zijn gebleven, nu Welsaen dat niet gemotiveerd heeft betwist. Met de door Welsaen gestelde organisatorische veranderingen, zoals het na de overgang integreren van de buurthuizen (en een deel van het personeel) in haar organisatie, kan Welsaen niet het volgens haar ontstane identiteitsverlies bewerkstelligen. Voor wat betreft het beroep van Welsaen op verjaring van de loonvordering wordt opgemerkt dat Welsaen niet als verweer heeft gevoerd dat zij niet is gebonden aan het Stedelijk Sociaal Plan. De kantonrechter houdt het er daarom voor dat Welsaen aan dit plan is gebonden. Dat betekent dat, waar eveneens vaststaat dat er ten deze sprake is van 'subsidieomlegging', het beroep van Welsaen op verjaring in strijd is met de redelijkheid en de billijkheid. Dit beroep is immers strijdig met hoofdstuk I onder 3 uit het Stedelijk Sociaal Plan.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 17-02-2014

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2014:989

Zaaknummer: 2044515 CV EXPL 13-11644

Rechters: T.M.A. van Löben Sels

Advocaten: C.J. de Lange en J.M.H. Lebouille

Wetsartikelen: 6:248 BW, 7:662 BW en 7:670 lid 8 BW

RECHTSPRAAK

Koninklijke Nederlandse Chemische Vereniging/werkneemster

Verlengingsoptie in tijdelijke arbeidsovereenkomst leidt niet tot aanbodplicht een dergelijke overeenkomst aan te bieden. Goed werkgeverschap dwingt evenmin tot aanbieder nieuwe arbeidsovereenkomst.

Werkneemster is per 1 september 2008 in de functie van bureaudirecteur bij KNCV gaan werken op basis van een arbeidsovereenkomst voor de duur van vijf jaar. In deze arbeidsovereenkomst staat opgenomen dat 5 tot 3 maanden voor afloop van de arbeidsovereenkomst een verlenging kan worden aangeboden. KNCV heeft bij het naderen van het einde van die periode een sollicitatieprocedure voor de vacature van bureaudirecteur in gang gezet, waarbij zij eerst werkneemster in de gelegenheid heeft gesteld te solliciteren. Werkneemster heeft naar de vacature gesolliciteerd. Na met werkneemster een sollicitatiegesprek te hebben gevoerd, heeft KNCV aan haar meegedeeld dat zij de vacature ook zal openstellen voor externe kandidaten. Werkneemster heeft vervolgens een procedure bij de kantonrechter gestart wat ertoe heeft geleid dat KNCV aan werkneemster een arbeidsovereenkomst heeft aangeboden (welke door werkneemster is aanvaard). Thans staat de vraag centraal of KNCV hiertoe ook verplicht was.

Het hof oordeelt als volgt. Werkneemster voert aan dat artikel 16 lid 3 van de tussen partijen in 2008 gesloten arbeidsovereenkomst geen vrijblijvende bepaling is. De tekst van het beding biedt voor dat standpunt echter geen steun. Volgens die tekst wordt immers aan elk van partijen het recht, en dus niet de verplichting, gegeven aan de andere partij een aanbod te doen tot verlenging of voortzetting van de arbeidsovereenkomst. Vervolgens wordt bepaald dat een partij die een dergelijk aanbod wenst te doen, de andere partij daarvan in een periode van 5 tot 3 maanden voor de afloop van het dienstverband op de hoogte dient te stellen. Vervolgens is niets bepaald over de wijze waarop de andere partij op een dergelijk aanbod dient te reageren, met name niet dat de andere partij dat aanbod in beginsel zou moeten aanvaarden, dan wel niet zou mogen verwerpen zonder zwaarwegende of goede reden. De

contra proferentem-gedachte leidt in dit geval niet tot een andere uitleg van de bepaling, nu de tekst (taalkundige betekenis) daarvan op zichzelf niet onduidelijk is. Dat werkneemster verdedigt dat een andere uitleg aan de bepaling moet worden gegeven dan de taalkundige betekenis, is uiteraard iets anders. Ook het goed werkgeverschap, c.q. de verplichting om rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van werkneemster, brengt op zichzelf niet mee dat (art. 16 lid 3 zo moet worden begrepen dat) KNCV aan werkneemster een voortzetting van de arbeidsovereenkomst dient aan te bieden behoudens indien sprake is van disfunctioneren of andere zwaarwegende omstandigheden. Feiten of omstandigheden die meebrengen dat het goed werkgeverschap daar in dit geval wel toe leidt, zijn niet, althans onvoldoende gesteld of gebleken. Dat werkneemster – vrijwillig – is verhuisd in verband met de arbeidsovereenkomst met KNCV, waarna zij haar vorige huis niet verkocht kreeg en waarna haar echtgenoot apart is gaan wonen, waardoor werkneemster nu met driedubbele woonlasten zit, dat zij de zorg heeft voor twee studerende kinderen, dat zij thans 57 jaar oud is en dat de arbeidsmarkt op slot zit, zijn geen van alle omstandigheden die het voorgaande anders maken. Bij gebrek aan andere omstandigheden of andersluidende afspraken prevaleert het uitgangspunt dat partijen na ommekomst van de bepaalde tijd vrij zijn al of niet met elkaar een nieuwe arbeidsovereenkomst aan te gaan. Het is het goed recht van een werkgever na afloop van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, niet te verlengen, ook al functioneerde werkneemster al die tijd goed.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 21-01-2014

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2014:21

Zaaknummer: 200.129.144/01

Rechters: M.H. van Coeverden, H.M. Wattendorff en M. Flipse

Advocaten: J.S. Wurfbain en M.J.M. Postma

Wetsartikelen: 7:667 BW en 7:611 BW

RECHTSPRAAK

X Makelaardij/werknemer

Goed werkgeverschap brengt mee dat werkgever bij ontslag van werknemer tevens onderzoekt of er een mogelijkheid bestaat dat werknemer een deel van de (te beëindigen) onderneming overneemt. Ontslag vooruitlopend op beëindiging franchiseovereenkomst leidt niet tot een valse reden.

Werknemer is op 1 februari 2001 bij X in dienst getreden als hypotheekadviseur. Werknemer is gedetacheerd bij de eveneens door X geëxploiteerde onderneming De Hypotheekshop Hoofddorp B.V. (hierna: de Hypotheekshop). Vanaf januari 2012 is werknemer vrijgesteld van werkzaamheden in afwachting van de ontslagprocedure. Tussen partijen is overleg gevoerd over de eventuele overname van de Hypotheekshop door werknemer van X. Dit heeft niet tot een resultaat geleid. De arbeidsovereenkomst met werknemer is tegen 1 mei 2012 opgezegd wegens bedrijfseconomische redenen. De kantonrechter heeft de opzegging als kennelijk onredelijk geoordeeld omdat X werknemer de mogelijkheid tot overname van de Hypotheekshop heeft ontnomen en X veroordeeld een vergoeding van € 40.221 te betalen.

Het hof oordeelt als volgt. Op X rust als goed werkgever de inspanningsplicht te onderzoeken of werknemer de Hypotheekshop kon overnemen, teneinde aldus te trachten de negatieve gevolgen voor werknemer van een ontslag zo veel mogelijk weg te nemen. Uit het feitenrelaas leidt het hof evenwel af dat X een voorstel heeft gedaan, maar dat werknemer daar niet op in heeft willen gaan, dan wel pas later in de procedure alsnog kenbaar heeft gemaakt belangstelling te hebben. Bij deze stand van zaken kan naar het oordeel van het hof niet gezegd worden dat het door X aan werknemer gegeven ontslag kennelijk onredelijk is vanwege de wijze waarop X zich heeft gedragen gedurende de onderhandelingen omtrent de mogelijke overname door werknemer van de Hypotheekshop.

De stelling van werknemer dat sprake is van een valse of voorgewende reden (de Hypotheekshop is pas veel later gestaakt), faalt. De reden dat X niet onmiddellijk de Hypotheekshop heeft gestaakt komt vanwege de franchiseovereenkomst die X met CO had gesloten. Dat X ondertussen tot kostenreductie wenste over te gaan is volstrekt begrijpelijk.

Mede gezien de slechte financiële positie waarin X zich ten tijde van het ontslag bevond, noodzaakten de leeftijd van werknemer, de duur van de arbeidsovereenkomst, de wijze waarop hij heeft gefunctioneerd, de voor hem bestaande mogelijkheden ander werk te vinden, het verlies van anciënniteit en de financiële gevolgen van het ontslag naar het oordeel van het hof niet tot het treffen van een afvloeiingsregeling. Het hof oordeelt dan ook dat het ontslag niet kennelijk onredelijk is.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 21-01-2014

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2014:84

Zaaknummer: 200.125.505/01

Rechters: J.E. Molenaar, S.F. Schütz en L.A.J. Dun

Advocaten: B.D. Roelink en C.L. Kock

Wetsartikelen: 7:681 BW

RECHTSPRAAK

**rector magnificus/raad van toezicht van de University of
Curaçao**

***Ontslagen rector magnificus UNA die civiele rechtsgang start, komt
verschoonbare termijnoverschrijding inzake bestuurlijke rechtsgang
toe.***

(Vervolg op AR 2013-0629.) Eiser is op 1 december 2001 in dienst getreden bij de UNA als wetenschappelijk hoofdmedewerker. Bij separate beschikkingen van 25 augustus 2011 is eiser ontslagen als RM en wetenschappelijk hoofdmedewerker. Eiser heeft daartegen pro forma bezwaarschriften ex artikel 55 van de Landsverordening administratieve rechtspraak ingediend op 21 september 2011. Voorts is eiser een civiele procedure aangevangen door het indienen van een verzoekschrift op 26 september 2011 bij de burgerlijke rechter. In kort geding en in eerste aanleg in de bodemprocedure is eiser ontvankelijk verklaard in zijn vorderingen en zijn deze toegewezen. Eerst in hoger beroep in de bodemprocedure heeft het hof geoordeeld dat de burgerlijke rechter niet de juiste rechtsgang is en eiser alsnog niet-ontvankelijk verklaard. Eiser heeft naar aanleiding van deze uitspraak van het hof op 28 juni 2013 een beroepsschrift ex artikel 15 van de Landsverordening administratieve rechtspraak ingediend ter griffie van het gerecht (hierna ook aangeduid als bestuursrechter). De UNA stelt zich op het standpunt dat eiser te laat is met zijn vorderingen omdat hij niet tijdig is opgekomen tegen de fictieve weigering om op zijn bezwaarschriften te beslissen.

Het gerecht oordeelt als volgt. Bij eiser kon terecht onzekerheid bestaan over de te volgen rechtsgang. Ondanks het ontbreken van een rechtsmiddelenclausule heeft eiser tijdig bezwaar gemaakt. De burgerlijke rechter heeft echter, voor ommekomst van de beroepstermijn op 3 maart 2012, vonnis gewezen op 20 december 2011, en zich daarbij bevoegd geacht een oordeel te geven over de in geschil zijnde ontslagbesluiten. De burgerlijke rechter heeft zich in de bodemprocedure bovendien uitdrukkelijk uitgesproken over zijn bevoegdheid. Verweerders hebben zich eveneens op het standpunt gesteld dat de burgerlijke rechter bevoegd was, althans hebben zich daar niet tegen verzet. Zowel betrokken partijen als de burgerlijke rechter in eerste aanleg verkeerden in de veronderstelling dat de burgerlijke rechter bevoegd was ten aanzien van de in geschil zijnde ontslagbesluiten. Gelet hierop, en onder verwijzing naar de

overwegingen van de burgerlijke rechter in het vonnis van 20 december 2011 en 5 juni 2012, kan eiser niet worden verweten dat hij eerst na uitspraak van het hof een beroepschrift heeft ingediend tegen de fictieve weigering van verweerders om op de ingediende bezwaarschriften te beslissen. Daarbij is van belang dat eiser dit beroepschrift na kennisneming van de uitspraak van het hof, onverwijld heeft ingediend bij de griffie van de bestuursrechter.

Instantie: Gerecht in eerste aanleg van Curaçao

Datum uitspraak: 21-01-2014

ECLI: ECLI:NL:OGEAC:2014:3

Zaaknummer: 2013/63251/66649

Rechters: M.T. Boerlage

Advocaten: A. Bach Kolling en D. Kock

Wetsartikelen: 55 Landsverordening administratieve rechtspraak

RECHTSPRAAK

Art & Finish Creative Services/X

‘Werkgever’ heeft geen belang in hoger beroep op te komen tegen geweigerd ontbindingsverzoek door ‘werknemer’ om de enkele reden dat de kantonrechter een ‘arbeidsovereenkomst’ heeft aangenomen, nu deze vaststelling geen bindende kracht toekomt.

Bij beschikking heeft de kantonrechter het verzoek van X tot ontbinding van de tussen partijen bestaande arbeidsovereenkomst onder toekenning van een vergoeding, afgewezen. Art & Finish komt van deze beschikking in hoger beroep.

Het hof oordeelt als volgt. In haar grief betoogt Art & Finish dat de kantonrechter buiten het toepassingsbereik van artikel 7:685 BW is getreden. Art & Finish is dan ook ontvankelijk in haar hoger beroep. Het hof zal de gegrondheid van de grief van Art & Finish in het midden laten, nu Art & Finish bij die grief geen (rechtens relevant) belang heeft. De kantonrechter heeft de door X verzochte ontbinding met toekenning van een vergoeding, geweigerd. Het oordeel van de kantonrechter dat tussen partijen een arbeidsovereenkomst bestaat, betreft een voorvraag in de ontbindingsprocedure en heeft vanwege de bijzondere aard van die procedure geen bindende kracht (HR 3 december 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4492, NJ 1983/182). Ter zitting heeft Art & Finish nog aangevoerd dat de bestreden beschikking ‘een eigen leven gaat leiden’, dat X zich op die beschikking beroept in andere procedures tussen partijen en dat zij (Art & Finish) er belang bij heeft een onjuiste uitspraak van een overheidsrechter in hoger beroep vernietigd te krijgen. Een en ander levert evenwel niet een voldoende belang op voor het instellen van hoger beroep. Het hof wijst er in dit verband nog op dat X zich in zijn verweerschrift in hoger beroep op het standpunt stelt dat de bestreden beschikking geen bindende kracht heeft, en voorts dat in een tweede tussen partijen gevoerde ontbindingsprocedure de kantonrechter te Rotterdam bij beschikking van oktober 2013 de niet-ontvankelijkheid van X heeft uitgesproken vanwege het ontbreken van een arbeidsovereenkomst.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 14-01-2014

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2014:12

Zaaknummer: 200.134.414/01

Rechters: L.G. Verburg, M. Flipse en H.M. Wattendorff

Advocaten: J.C. Debije en D. Knottenbelt

Wetsartikelen: 7:685 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Gemeente Rotterdam

Onregelmatigheidstoelagen vallen onder ‘vakantieloon’ dat ook tijdens ziekte betaald moet worden (Schultz-Hoff en British Airways-doctrine). Of werknemer bij ‘gewoon ziekteloon’ recht heeft op betaling van onregelmatigheidstoelag is afhankelijk van de vraag of het ‘naar tijdruimte vastgesteld loon’ betreft.

Werknemer is sinds 1997 voor onbepaalde tijd bij de gemeente in dienst getreden als beveiligingsbeambte A voor 36 uur per week. Op de arbeidsovereenkomst van partijen is de CAO voor de Sociale Werkvoorziening (hierna: de cao) van toepassing. Werknemer komt onder meer een onregelmatigheidstoelag toe. Volgens werknemer heeft hij recht op doorbetaling van deze vaste toeslagen over onder meer zijn verlofdagen en perioden van ziekte en verzoekt hij uitkering daarvan. De kantonrechter heeft deze vorderingen afgewezen.

Het hof oordeelt als volgt. Wat betreft de toeslagen over het ‘ziekteloon’ overweegt het hof dat van de verplichting 70% van ‘het naar tijdruimte vastgestelde loon’ door te betalen tijdens ziekte, anders dan in de hier niet aan de orde zijnde situatie als vermeld in artikel 7:629 lid 9 BW, niet bij cao ten nadele van de werknemer kan worden afgeweken. Onder dit begrip (‘het naar tijdruimte vastgestelde loon’) vallen ook vaste toeslagen waar een werknemer recht op heeft naast het basissalaris (in dezen het salaris volgens de toegekende loonschaal), mits naar tijdruimte vastgesteld. Dat in geval van ziekte niet op onaangename uren wordt gewerkt (er wordt dan in principe in het geheel niet gewerkt) staat hieraan niet in de weg. Evenmin staat hieraan in de weg dat een werknemer bij langduriger arbeidsongeschiktheid, respectievelijk arbeidsongeschiktheid ten tijde van de opstelling/ingang van een – nieuw – vijf wekelijks rooster, niet meer wordt ingeroosterd, omdat door het enkel niet meer inroosteren bij arbeidsongeschiktheid, een (uit de inroostering volgend), op zich naar tijdruimte vastgesteld, loonsbestanddeel in het kader van de loondoorbetalingsverplichting van artikel 7:629 BW niet buiten beschouwing gelaten kan worden. Is er sprake van loon in geld, ‘op andere wijze dan naar tijdruimte vastgesteld’, dan kan bij cao (ten nadele van de werknemer) dat geldloon wel van het loonbegrip worden uitgesloten (art. 7:629 lid 8, jo. 7:628 lid 3, jo. 7:628 lid 7 BW). Hierbij past de kanttekening dat in artikel 7:629 BW zelf alleen in lid 9 een (zich hier niet

voordoe) mogelijkheid wordt gegeven voor een afwijking ten nadele van de werknemer, maar dat in lid 8 van ditzelfde artikel, artikel 7:628 lid 3 van toepassing wordt verklaard, terwijl in dit lid 3 wordt bepaald, dat '[i]ndien het loon in geld op andere wijze dan naar tijdruimte is vastgesteld, (...)', de bepalingen van het gehele artikel 7:628 BW van toepassing zijn, dus met inbegrip van lid 7, inhoudende dat na het verstrijken van de eerste zes maanden van de arbeidsovereenkomst, slechts ten nadele van de werknemer van dit artikel kan worden afgeweken bij cao. Nu de toeslagen gekoppeld zijn aan het vaste rooster en dusdanig structureel van aard zijn, moet geoordeeld worden dat sprake is van 'naar tijdruimte vastgesteld loon'. De zaak wordt evenwel aangehouden op dit punt voor nadere bewijsvoering.

Artikel 7:639 lid 1 BW bepaalt dat de werknemer gedurende zijn vakantie recht op loon behoudt. Loon is de vergoeding door de werkgever aan de werknemer verschuldigd ter zake van de bedongen arbeid (o.a. HR 12 oktober 2001, JAR 2001/217). Onregelmatige diensttoeslagen vallen dan eveneens onder het loonbegrip van artikel 7:639 lid 1 BW, mits de werknemer, zo hij niet met vakantie zou zijn, maar in de betrokken periode zou hebben gewerkt, de onregelmatige diensttoeslagen zou hebben ontvangen. In zijn arrest van 15 september 2011 (British Airways) heeft het Hof van Justitie EU overwogen dat uit de formulering van artikel 7 lid 1 van Richtlijn 2003/88, een bepaling waarvan ingevolge deze richtlijn niet kan worden afgeweken, volgt dat alle werknemers jaarlijks een vakantie met behoud van loon wordt toegekend van ten minste vier weken en dat dit recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon moet worden beschouwd als een bijzonder belangrijk beginsel van communautair sociaal recht. 'Jaarlijkse vakantie met behoud van loon' (art. 7 lid 1 Richtlijn 2003/88) betekent dat het loon gedurende de 'jaarlijkse vakantie' in de zin van die richtlijn moet worden doorbetaald en dat, met andere woorden, de werknemer voor deze rustperiode zijn normale loon dient te ontvangen. Het vereiste van betaling van vakantieloon heeft tot doel de werknemer tijdens de jaarlijkse vakantie in een situatie te brengen die qua beloning vergelijkbaar is met de situatie tijdens de gewerkte periodes. Het vakantieloon dient in beginsel overeen te stemmen met het gebruikelijke arbeidsloon van de werknemer. Ofschoon de structuur van het gebruikelijke loon van een werknemer als zodanig valt onder de bepalingen en gebruiken van het recht van de lidstaten, mag zij geen weerslag hebben op het eerder genoemde recht van de werknemer om gedurende zijn periode van rust en ontspanning vergelijkbare economische omstandigheden te genieten als die rond de verrichting van zijn arbeid. Elke last die intrinsiek samenhangt met de uitvoering van de taken die de werknemer zijn opgedragen in zijn arbeidsovereenkomst en waarvoor hij een financiële vergoeding ontvangt, wordt gerekend tot de globale beloning van de werknemer die noodzakelijkerwijs deel moet uitmaken van het bedrag waarop de werknemer recht heeft gedurende zijn jaarlijkse vakantie, alles aldus het Hof van Justitie EU. Het vorenstaande zou ertoe leiden dat bij de voor de gemeente geldende doorbetalingsverplichting van loon tijdens

verlof/vakantie ook de onregelmatigediensttoeslagen betrokken dienen te worden, voor zover werknemer hierop aanspraak zou hebben gehad indien hij in de desbetreffende vakantieperiode zou hebben gewerkt, nu de onregelmatige diensten zouden dienen te worden aangemerkt als last die intrinsiek samenhangt met de uitvoering van de taken die de werknemer zijn opgedragen in/krachtens zijn arbeidsovereenkomst en waarvoor hij een financiële vergoeding ontvangt, terwijl een cao-bepaling die tot een in negatieve zin hiervan afwijkende uitkomst zou leiden in zoverre nietig zou zijn.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 02-07-2013

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2013:2244

Zaaknummer: 200.104.357/01

Rechters: V. Disselkoen, R.S. van Coevorden en S.R. Mellema

Advocaten: Ramsoedh en M.E. de Kleiweg Zwaan

Wetsartikelen: 7:629 BW en 7:628 BW

RECHTSPRAAK

Stichting Pensioenfonds Smit/Smit Nederland B.V. c.s.

Na overgang van onderneming is bedrijfstakpensioenfonds een gesloten fonds geworden, waardoor vervroegde stortingen hadden moeten plaatsvinden. Verplichtingen bedrijfspensioenfondsen na overgang van onderneming.

SPS houdt zich bezig met de uitvoering van de pensioenregeling van de werknemers (zogenaamde actieven, eind 2011 ongeveer 300), ex-werknemers (zogenaamde slapers) en gepensioneerde ex-werknemers van Smit. In een uitvoeringsovereenkomst zijn afspraken gemaakt over de uitvoering van de pensioenregeling. In 2010 is een geschil ontstaan tussen SPS en Smit over de verplichting tot bijstorting ter voorkoming van een korting op de pensioenrechten en pensioenaanspraken per 1 januari 2011. Ter beëindiging van dit geschil is op 23 december 2010 een vaststellingsovereenkomst gesloten tussen (organen van) SPS, Smit en Koninklijke Boskalis. Overeengekomen is dat Smit aan SPS in vier termijnen een bedrag van in totaal € 30 miljoen betaalt. Koninklijke Boskalis staat garant. Per 1 januari 2012 zijn de werknemers van Smit door middel van een overgang van onderneming in dienst getreden bij Baggermaatschappij Boskalis. Zij zijn vanaf die datum gaan deelnemen aan de pensioenregeling van de Boskalis-groep die is ondergebracht bij Stichting Pensioenfonds Boskalis (hierna: Pensioenfonds Boskalis) en zijn niet langer deelnemer bij SPS. Tussen partijen is in de kern in geschil wat de consequenties zijn van het aanbod van Baggermaatschappij Boskalis aan de werknemers van Smit tot het sluiten van een pensioenovereenkomst met Pensioenfonds Boskalis, welk aanbod Baggermaatschappij Boskalis heeft gedaan in het kader van een overgang van onderneming als bedoeld in artikel 7:664 lid 1 onder a BW. Onder andere staat ter discussie of Smit en Koninklijke Boskalis na de overgang van onderneming hun verplichtingen uit de vaststellingsovereenkomst zijn nagekomen.

De rechtbank oordeelt als volgt. SPS stelt dat Smit en Koninklijke Boskalis op grond van de vaststellingsovereenkomst de verplichting hebben tot het betalen van vier jaarlijkse termijnen van € 7.500.000, maar dat deze termijnen onmiddellijk ineens dienen te worden voldaan in het geval SPS een gesloten fonds – een fonds zonder actieven – zou worden. Het standpunt

van SPS dat zij een gesloten fonds is geworden, wordt gevolgd. Smit moest op grond van artikel 7:662 lid 2 onder a BW instemmen met de overgang. Mede door haar toedoen zijn haar werknemers bij Baggermaatschappij Boskalis in dienst getreden, terwijl Baggermaatschappij Boskalis enkel in het kader van deze overgang het aanbod kon doen aan de actieven om over te gaan naar Pensioenfonds Boskalis. Er is weliswaar geen sprake van overeenstemming tussen Smit en SPS, maar wel is voldaan aan de bedoeling van partijen, die in de visie van Smit c.s. daarin bestond dat Smit het in de hand zou hebben wanneer versnelde betaling aan de orde zou zijn. Smit had de bedragen uit de vaststellingsovereenkomst vervroegd moeten storten. Smit en Koninklijke Boskalis zijn aansprakelijk voor de schade, inclusief de wettelijke rente.

In reconventie legt Smit aan haar vordering tot betaling van € 2.621.714,21 ten grondslag dat het door Smit aan SPS verstrekte bedrag van ruim € 4.300.000 voor de uitvoering van de Kanis-regeling een geormerkte voorziening betreft. SPS zal de uitvoering van de Kanis-regeling niet meer nakomen en heeft volgens Smit toegezegd dit bedrag over te dragen aan Pensioenfonds Boskalis als DNB hiertegen geen bezwaar zou hebben. Omdat DNB geen bezwaar heeft, verlangt Smit dat SPS dit bedrag aan haar of Pensioenfonds Boskalis betaalt. Geoordeeld wordt dat de Kanis-regeling geen deel uitmaakt van de pensioenwetgeving. Dit betekent dat de verplichting van Smit jegens haar werknemers tot uitvoering van de Kanis-regeling op grond van artikel 7:663 BW is overgegaan op Baggermaatschappij Boskalis. De uitzondering van artikel 7:664 lid 1 BW is immers niet van toepassing. Nu in de Kanis-regeling uitdrukkelijk is bepaald dat het door Smit gestorte bedrag ziet op de in de Kanis-regeling bedoelde compensatie voor gemiste opbouw aan ouderdoms- en partnerpensioen en SPS heeft erkend dat zij deze regeling niet meer uitvoert, is SPS gehouden het gevorderde restantbedrag – waarvan zij de hoogte niet heeft bestreden – aan Baggermaatschappij Boskalis te voldoen.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 26-02-2014

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2014:1451

Zaaknummer: C/10/424169 / HA ZA 13-489

Rechters: E.D. Rentema

Advocaten: H.B. Dekker en E. Lutjens

Wetsartikelen: 7:663 BW en 7:664 BW

RECHTSPRAAK

werkgeefster/werknemer

Engineer in de lucht- en ruimtevaart experimenteert met zelfgemaakt vuurwerk en hangt dat op aan het hek van de Koninklijke Luchtmacht. Omdat veiligheid in luchtvaartbranche voorop staat, wordt de arbeidsovereenkomst – ondanks een dienstverband van 21 jaar – ontbonden. C=0,5.

Werknemer is sinds 1992 in dienst van Fokker als engineer. Werknemer heeft geëxperimenteerd met zelfgemaakt vuurwerk dat hij achter zijn tuin had opgehangen aan het hek van de Koninklijke Luchtmacht. Hij is vervolgens aangehouden en wordt verdacht van verschillende strafbare feiten, waaronder het in het bezit hebben van een pyrotechnisch mengsel/vuurwerk. Fokker verzoekt ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Zij wijst erop dat de houding en het gedrag van werknemer niet samengaan met de werkzaamheden voor Fokker in de luchtvaartbranche, waar veiligheid een van de belangrijkste, zo niet de belangrijkste voorwaarde is. De interesse van werknemer in pyrotechniek (Van Dale: 'de kunst om vuurwerk te maken' en 'toepassing van hoge temperaturen in de techniek'), in samenhang met het testen van illegaal vuurwerk dat bevestigd was aan het hekwerk van de Koninklijke Luchtmacht, gaan niet samen met zijn werkzaamheden bij Fokker.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Hoewel de zitting in de strafzaak nog niet is geweest, heeft werknemer aangegeven dat hij een uitspraak wenst in de onderhavige procedure. Vast staat dat werknemer hobbymatig geïnteresseerd is geweest in pyrotechniek. Vast staat ook dat hij geëxperimenteerd heeft met zelfgemaakt vuurwerk dat hij achter zijn tuin had opgehangen aan het hek van de Koninklijke Luchtmacht. Ter zitting heeft werknemer desgevraagd aangegeven dat hij het vuurwerk uit veiligheidsoogpunt niet direct heeft verwijderd omdat er – nu het vuurwerk niet afgegaan was – mogelijk nog iets kon gebeuren. Fokker stelt op goede gronden dat, indien bekend is dat werknemers die actief zijn met het experimenteren met vuurwerk, pyrotechniek of zich anderszins bezighouden met explosieven of middelen die schadelijk kunnen zijn voor de luchtvaart, gewoon werkzaam kunnen blijven, zij dit niet zal kunnen uitleggen in de internationale luchtvaart waar veiligheid een van de belangrijkste voorwaarden is. Nu werknemer werkzaam is als engineer, waarbij zijn werkzaamheden

bestaan uit het repareren en herstellen van verschillende luchtvaartuigen, had het hem ook zonder waarschuwing duidelijk moeten zijn dat zijn gedrag niet door Fokker zou worden getolereerd. Het is voorstelbaar dat Fokker hierdoor het vertrouwen in (de integriteit van) werknemer heeft verloren. De arbeidsovereenkomst wordt derhalve ontbonden. Fokker heeft ter zitting ook zelf aangegeven dat de kaarten anders zouden liggen indien werknemer in een hele andere branche werkzaam zou zijn geweest. Daarbij komt dat werknemer 21 jaar goed gefunctioneerd heeft bij Fokker. Alles tegen elkaar afwegende wordt een vergoeding toegekend met $C=0,5$.

Instantie: Rechtbank Zeeland-West-Brabant

Datum uitspraak: 24-02-2014

ECLI: ECLI:NL:RBZWB:2014:1314

Zaaknummer: 2655805 AZ VERZ 13-253

Rechters: W.E.M. Verjans

Wetsartikelen: 7:685 BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/SIG Combibloc B.V.

Afwijzing ontbinding op verzoek werkneemster nadat werkgever een ontslagvergunning bij het UWV heeft aangevraagd en werkneemster een aangeboden vergoeding van bijna € 66.000 heeft geweigerd. Functieverval levert voor werkneemster geen veranderingen in de omstandigheden op.

Werkneemster is op 1 april 1977 als secretaresse in dienst getreden van (een rechtsvoorgangster van) SIG Combibloc. Op 15 januari 2014 is aan werkneemster meegedeeld dat het UWV wegens bedrijfseconomische redenen is verzocht toestemming te verlenen voor opzegging van de arbeidsovereenkomst. Aan werkneemster is een vaststellingsovereenkomst voorgelegd, waarin is bepaald dat aan werkneemster een vergoeding van bijna € 66.000 zal worden toegekend. Werkneemster heeft de vaststellingsovereenkomst niet getekend. Tot op heden heeft het UWV nog niet beslist op de ontslagaanvraag. Thans verzoekt werkneemster ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens bedrijfseconomische redenen, onder toekenning van een vergoeding met C=1,25. Zij stelt dat het vervallen van haar functie in de risicosfeer van SIG Combibloc valt en dat SIG Combibloc bij de ontslagaanzegging intimiderend is opgetreden met als gevolg dat werkneemster zich onder behandeling van een arts heeft gesteld en slaapmiddelen moet gaan gebruiken.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Hetgeen zich tussen partijen afspeelt is een schoolvoorbeeld van waartoe het duale ontslagstelsel kan leiden. De werkgever begint een UWV-procedure om te ontkomen aan een vergoeding conform de aanbevelingen van de kring van kantonrechters en de werknemer begint daarom zelf een ontbindingsprocedure met de bedoeling een dergelijke vergoeding in de wacht te slepen. Bovendien wil de werknemer niet geconfronteerd worden met een kennelijk-onredelijk ontslagprocedure. De enkele stelling dat wegens een reorganisatie haar functie is komen te vervallen, levert voor werkneemster geen veranderingen van omstandigheden op als bedoeld in artikel 7:685 lid 2 BW. Dat kan anders zijn indien er sprake is van bijzondere omstandigheden, maar die zijn noch gesteld noch gebleken. Werkneemster heeft niet weersproken dat het aannemelijk is dat het UWV toestemming gaat verlenen voor de beëindiging van de arbeidsverhouding en er zijn geen

feiten of omstandigheden naar voren gebracht waarom zij de opzegging van de arbeidsovereenkomst niet kan afwachten en niet van haar geleverd kan worden – na opzegging – door te werken tot datum einde dienstverband. Het door werkneemster gedane beroep op aanbeveling 3.4 gaat niet op. Dit artikel en de toelichting daarop hebben betrekking op de omvang van de vergoeding en niet op de kwestie of zich veranderingen in de omstandigheden voordoen. Hoewel de kritiek die werkneemster heeft op de wijze waarop SIG Combibloc de ontslagprocedure bij het UWV heeft ingeleid wordt onderschreven, is deze handelwijze niet aangevoerd als een gewichtige reden die een ontbinding van de arbeidsovereenkomst zou kunnen rechtvaardigen. De door werkneemster gewraakte handelwijze is aangevoerd om een vergoeding te verkrijgen met C=1,25. Volgt afwijzing van het ontbindingsverzoek.

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 12-02-2014

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2014:1055

Zaaknummer: 2716292 EJ VERZ 18-14

Rechters: M.H. van Rhijn

Advocaten: E.P. Cornel en E.F.M. van den Biesen

Wetsartikelen: 7:685 BW en Aanbeveling 3.4

RECHTSPRAAK

Wegener B.V./werknemer

Ontbinding arbeidsovereenkomst arbeidsongeschikte commercieel directeur Wegener. Hoewel reflexwerking aan het opzegverbod tijdens ziekte wordt toegekend, is de arbeidsrelatie onherstelbaar verstoord. C=1,5.

Werknemer is sinds 2000 in dienst van Wegener. Laatstelijk is hij werkzaam in de functie Commercieel Directeur De Stentor. Hij is sinds 2 mei 2012 arbeidsongeschikt. Wegener verzoekt ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens bedrijfseconomische redenen onder toekenning van een vergoeding conform het sociaal plan. Als gevolg van een reorganisatie is werknemer sinds 1 november 2013 boventallig. Er is geen andere passende functie voor hem beschikbaar.

De kantonrechter oordeelt als volgt. De bedrijfseconomische noodzaak tot reorganisatie is voldoende aannemelijk gemaakt. Van de zijde van Wegener is betoogd dat in de specifieke situatie van Wegener geen reflexwerking toekomt aan de beleidsregels die door UWV worden gehanteerd bij de toetsing van een (collectief) ontslag. Artikel 6:248 lid 2 BW staat volgens Wegener aan de toepassing van reflexwerking in de weg. Ook acht Wegener het collectief belang van de onderneming en de resterende werknemers groter dan het individuele belang van een arbeidsongeschikte werknemer. Dit verweer kan niet worden gevolgd. Uitgangspunt is dat in de ontbindingsprocedure reflexwerking wordt toegekend aan artikel 7:670 BW en de beleidsregels van het UWV. Vast staat dat Wegener tijdens de reorganisatie geen plaats wil vrijhouden voor werknemer. Het ad interim laten invullen van de functie tot het herstel van werknemer, zoals tot de reorganisatie gebeurde, is niet de bedoeling van Wegener, zoals zij ter zitting heeft verklaard. Zoals Wegener ter zitting heeft verklaard kwalificeerde werknemer niet 'omdat hij niet beschikbaar was en er geen zicht was dat hij binnen afzienbare tijd beschikbaar zou komen'. Dat Wegener op deze wijze (de strekking van) het ontslagverbod van artikel 7:670 BW schendt is evident. Onweersproken is ook dat Wegener geen reëel onderzoek heeft gedaan naar de geschiktheid van werknemer voor de nieuwe functie na zijn herstel en evenmin de mogelijkheden van herplaatsing van werknemer in een andere passende functie heeft beoordeeld. Ter zitting heeft werknemer aangegeven te veel beschadigd te zijn om nog te

kunnen terugkeren bij Wegener. Het ontbindingsverzoek wordt derhalve toegewezen wegens een onherstelbaar verstoorde verhouding. Aan werknemer wordt een vergoeding toegekend. De vergoeding zal niet worden bepaald volgens het sociaal plan nu dit door Wegener ook niet correct is gehanteerd in de situatie van werknemer en overigens tot een onbillijke uitkomst leidt, gelet op de arbeidsongeschiktheid. Er wordt een vergoeding toegekend met C=1,5 (€ 270.740).

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 19-12-2013

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2013:6188

Zaaknummer: 255920 HA 13- 230

Rechters: M. Engelbert-Clarenbeek

Advocaten: A. Robustella en D.M.C. Kooijman

Wetsartikelen: 7:670 BW en 7:685 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgever

Werkgever schort ten onrechte de loondoorbetaling aan zieke werknemer op, omdat werknemer na een overgang van onderneming weigert een arbeidsovereenkomst voor minder uren te ondertekenen. Ten aanzien van andere geschilpunten wordt de zaak ex artikel 96 Rv voortgezet in bodemprocedure.

Werknemer is in 2010 in dienst getreden van een rechtsvoorganger van werkgever als medewerker in algemene dienst. Op de arbeidsovereenkomst is de CAO voor Linnenverhuur- en Wasserijbedrijven en voor Textielreinigingsbedrijven van toepassing verklaard. Per 1 juni 2013 is werknemer na een overname in dienst getreden van werkgever. Rondom de overname is door werkgever aan werknemer een nieuwe arbeidsovereenkomst aangeboden. In deze arbeidsovereenkomst was onder meer een werkweek van 25 uur per week, in plaats van de geldende 30 uur per week opgenomen. Werknemer is niet op dit aanbod ingegaan. Vervolgens werd werknemer gevraagd een vaststellingsovereenkomst te tekenen om het dienstverband met wederzijds goedvinden te beëindigen. Dit heeft werknemer geweigerd. Op 22 juli 2013 heeft werknemer zich ziek gemeld vanwege rugklachten. Omdat werknemer weigerde de arbeidsovereenkomst te tekenen, heeft werkgever de salarisbetaling per 24 juli 2013 opgeschort. Werknemer vordert betaling van achterstallig salaris vanaf 24 juli 2013 en achterstallige chauffeurstoelage en eindejaarsuitkering. Hij stelt daartoe dat hij sinds 1 maart 2010 feitelijk werkzaam was in de functie van chauffeur bestelwagen en dat daarom moet worden uitgegaan van functiegroep IV van de cao.

De kantonrechter oordeelt als volgt. De loonvordering vanaf augustus 2013 wordt toegewezen. Het spoedeisend belang ten aanzien van dit gedeelte van de vordering is evident en ook niet is betwist dat het zeer waarschijnlijk is dat een vergelijkbare vordering in een bodemprocedure zal worden toegewezen. Werkgever heeft immers de loonbetaling op onrechtmatige wijze opgeschort, als gevolg waarvan werknemer in financiële problemen terecht is gekomen. De kantonrechter laat zich in het onderhavige kort geding niet uit over de stelling van werknemer dat er sprake is van een dienstverband van 30 uur per week en dat hij daarom conform de toepasselijke cao recht heeft op een loon van € 1.372,68 bruto per maand. Dat vergt nader

feitenonderzoek en daar leent de onderhavige procedure zich niet voor. Voorts komt het vooralsnog redelijk en billijk voor dat werkgever de gelegenheid zal hebben om in een bodemprocedure de vorige eigenaren in vrijwaring op te roepen. Op verzoek van beide partijen wordt de procedure op grond van artikel 96 Rv voortgezet in een bodemprocedure.

Instantie: Rechtbank Zeeland-West-Brabant

Datum uitspraak: 03-09-2013

ECLI: ECLI:NL:RBZWB:2013:8027

Zaaknummer: 2270637 / VV EXPL 13-48

Rechters: M.J.M. Klarenbeek

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

Wetsartikelen: 7:629 BW, 7:663 BW en 96 Rv

RECHTSPRAAK

SieMatic Total Concept B.V./werknemer

SieMatic en zuster vennootschap zijn twee zelfstandige bedrijfsvestigingen. Geen herplaatsingsmogelijkheden bij zuster vennootschap. Ontbinding wegens bedrijfssluiting.

Werknemer is sinds 2010 in dienst van SieMatic als keukenadviseur. Het UWV heeft de wegens bedrijfseconomische redenen verzochte toestemming voor opzegging van de arbeidsovereenkomst geweigerd. Op 6 september 2013 is de showroom van SieMatic te Zaltbommel gesloten. Werknemer is sindsdien vrijgesteld van werkzaamheden. SieMatic verzoekt ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Werknemer heeft als verweer gevoerd dat SieMatic samen met een zuster vennootschap in Tiel als één vestiging in de zin van artikel 4:2 Ontslagbesluit moet worden beschouwd, waardoor bij toepassing van het afspiegelingsbeginsel ook de werknemers van de zuster vennootschap moeten worden betrokken.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Anders dan werknemer stelt, is SieMatic een zelfstandige bedrijfsvestiging. Niet aannemelijk is geworden dat er sprake is van een structurele uitwisseling van personeel met de zuster vennootschap. Ook is niet aannemelijk geworden dat er maandelijks een verkoopbespreking plaatsvond voor alle verkopers van Tiel en Zaltbommel gezamenlijk. Van onvoldoende gewicht is dat de backoffice voor beide dochterondernemingen geschiedde vanuit de vestiging Tiel en dat vanuit Tiel de keukens werden besteld, nu dit tussen de ondernemingen onderling werd afgerekend. Bovendien is van belang dat het hier gaat om twee aparte rechtspersonen die ieder een eigen adres hebben en een eigen bedrijfslocatie. Niet is gesteld of gebleken dat misbruik is gemaakt van deze vennootschapsrechtelijke structuur in die zin dat deze zou zijn opgezet met als doel de rechtspositie van de werknemers te verzwakken. Als gevolg van het staken van de bedrijfsactiviteiten is de functie van werknemer komen te vervallen. De arbeidsovereenkomst wordt derhalve ontbonden. Niet aannemelijk is dat SieMatic zich in het kader van de herplaatsingsmogelijkheden niet heeft gedragen als een goed werkgever. De functies bij de zuster vennootschap waren niet passend voor werknemer. Een vergoeding van € 12.388 (bruto) wordt in dit geval billijk geacht. Bij het bepalen van de hoogte van de vergoeding is rekening

gehouden met de gederfde provisiebonus en het feit dat SieMatic technisch gezien failliet is.

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 03-03-2014

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2014:1410

Zaaknummer: 2730213 \ HA VERZ 14-25 \ 1019/PE

Rechters: B.J. Engberts

Advocaten: R.G.F. Lammers en O. Labordus

Wetsartikelen: 7:685 BW en 4:2 Ontslagbesluit

ANNOTATIE

Volledige of gedeeltelijke loonstop bij weigering passende arbeid te verrichten

mr. dr. L. van den Berg

1. Inleiding

Het begrip ziekte in artikel 7:629 lid 1 BW is vrij absoluut; een werknemer is ziek, of niet ziek. Zo is een werknemer met een fulltime dienstverband die in het kader van de op hem rustende re-integratieverplichtingen voor 20 uur per week zijn eigen arbeid heeft hervat, niet 'half hersteld'. Hersteld is de werknemer pas, als hij de bedongen arbeid geheel heeft hervat, dus weer de volledige 40 uur aan het werk is.

De vraag rijst of het in artikel 7:629 lid 3 BW neergelegde 'sanctieregime' bij het schenden van de op de werknemer rustende re-integratieverplichtingen, ook zo'n absoluut karakter heeft. Als de werknemer weigert voor 50% zijn oude arbeid te hervatten, dient dat dan te leiden tot een volledig verlies van loonaanspraken, of zal de loonstop zich moeten beperken tot de uren waarin de werknemer passende arbeid kan verrichten, dus 20 uur?

De rechtspraak is verdeeld over dit vraagstuk. In een arrest van 7 april 2005, *JAR* 2005/111 volgt het Hof Amsterdam een proportioneel regime. Naar het oordeel van het hof moet redelijkerwijs worden aangenomen dat de uitzondering(en) van artikel 7:629 lid 3 onder c (en d) BW op de regel van het eerste lid slechts betrekking hebben op het deel van de bedongen of de aangepaste arbeid die de werknemer, hoewel daartoe in staat, zonder deugdelijke grond niet heeft verricht.

Medio 2013 bleek dat Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (23 juli 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:5362, AR 2013-0579 en Gerechtshof 's-Hertogenbosch (23 juli 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:3341, AR 2013-0575), op uiteenlopende gronden, uitgaan van een absoluut regime. De arresten van de eerdergenoemde gerechtshoven hebben het Hof Amsterdam blijkbaar niet overtuigd. Blijkens een vrij recent gepubliceerde uitspraak persisteert het hof (zonder nadere motivering) in de opvatting dat slechts het loon over de niet-re-integratieve uren mag worden stopgezet (5 november 2013,

ECLI:NL:GHAMS:2013:3845, AR 2014-0129).

De Kantonrechter Utrecht heeft in de, in zijn woorden ‘sterk tegenover elkaar staande oordelen in de rechtspraak’, aanleiding gezien om prejudiciële vragen aan de Hoge Raad te stellen over het in artikel 7:629 lid 3 BW neergelegde regime (18 december 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:7614, AR 2014-0055). In het navolgende zal ik dieper ingaan op de argumenten voor de verschillende benaderingen die in de rechtspraak en literatuur worden gevolgd met betrekking tot het zogeheten proportionele en het absolute regime.

Bij de argumenten voor het absolute regime neem ik het arrest van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, en het hierop door Fluit en De Wolff verschenen commentaar (‘Proportionele of volledige loonweigering bij re-integratieconflicten’, *TRA* 2013/96) als uitgangspunt. Voorts bespreek ik de per 1 juli 2012 geïntroduceerde mogelijkheid van het stellen van prejudiciële vragen aan de Hoge Raad en ga ik in op de door Kantonrechter Utrecht gestelde prejudiciële vragen. Ten slotte loop ik vooruit op het door de Hoge Raad te geven antwoord.

2. De (argumenten) voor het absolute regime

Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden toont zich met zijn uitspraak van 23 juli 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:5362, AR 2013-0579 voorstander van het absolute regime.

Het hof haalt onder meer wetssystematische argumenten aan. Vijf van de in artikel 7:629 lid 3 BW beschreven gevallen beginnen met de woorden ‘voor de tijd gedurende welke...’. Hierbij wordt volgens het hof overduidelijk bedoeld ‘de periode waarin een bepaald omschreven gedrag van de werknemer plaatsvindt’. Wanneer in het onder c omschreven geval het woord ‘tijd’ zou worden gelezen als betrekking hebbend op de re-integratieve uren die niet zijn gewerkt, wordt voor dat ene geval een andere uitleg gegeven aan het woord ‘tijd’ dan in de overige gevallen waar dit woord onder bedoeld lid 3 van artikel 7:629 BW wordt gebruikt. Daar komt volgens het hof nog bij dat die afwijkende uitleg het onder c genoemde geval eigenlijk overbodig maakt, omdat een werknemer hoe dan ook geen aanspraak heeft op loon als hij geen werk heeft verricht door een oorzaak die voor zijn rekening komt (art. 7:627 en 7:628 BW).

Voorts voert het hof een aantal argumenten aan, ontleend aan de memorie van toelichting van het Wetsvoorstel uitbreiding loondoorbetalingsplicht bij ziekte (Wulbz). In die memorie van toelichting staat, voor zover hier van belang, het navolgende:

‘De sanctie op overtreding van de voorschriften van het derde lid is, dat de werknemer zijn recht op loondoorbetaling verliest. Deze sanctie is voldoende afschrikwekkend om te waarborgen dat de werknemer zijn eigen re-integratie serieus oppakt. (...) Er zijn gevallen

denkbaar – bijvoorbeeld wanneer de werknemer slechts een geringe overtreding heeft begaan – waarin een volledige beëindiging van de loondoorbetaling onredelijk zou zijn. Tegen dergelijk misbruik van de sanctieregeling wordt de werknemer beschermd door de eisen van redelijkheid en billijkheid van artikel 6:248 BW (...). Een nog meer genuanceerde regeling waarin het verlies van de loonaanspraak is gerelateerd aan de aard en omvang van de overtreding, stuit op het bezwaar dat werkgever en werknemer over de proportionaliteit van de sanctie snel van mening zullen verschillen. Het opnemen van een zo conflictgevoelige regeling, die allicht zal leiden tot geschillen waarin alleen de rechter een oplossing kan bieden, komt de regering onnodig en onwenselijk voor (...).

Uit de geciteerde passage zijn naar mijn mening in feite drie argumenten af te leiden. Het eerste is dat (uitsluitend) het absolute regime tot een voldoende prikkel tot re-integratie leidt. Wanneer de loonstop slechts betrekking zou hebben op het aantal uren waartoe een werknemer in staat werd geacht passend werk te verrichten maar dit heeft geweigerd, zou de sanctie volgens het hof voor een belangrijk deel zijn effect verliezen.

Het tweede is dat de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid de scherpe kantjes van het absolute regime kan wegnemen. Het laatste is dat een proportioneel regime (te) conflictgevoelig zou zijn.

3. Kanttekeningen bij de argumenten voor het absolute regime

Fluit en De Wolff voeren bij hun commentaar op het arrest van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden verschillende argumenten aan tegen de door het hof aangehaalde gronden voor het absolute regime.

Dat het loon in alle in artikel 7:629 lid 3 BW genoemde gevallen alleen maar geheel zou mogen worden geweigerd, laat zich volgens laatstgenoemden slecht rijmen met artikel 7:629 lid 7 BW. Dit artikellid spreekt van een bevoegdheid van de werkgever het loon geheel of gedeeltelijk niet te betalen. Over de door de auteurs genoemde spanning met artikel 7:629 lid 7 BW kan worden gezegd dat de werkgever uiteraard bevoegd is om meer loon te betalen dan waartoe hij verplicht is; veel werknemers ontvangen tijdens ziekte immers meer dan de door artikel 7:629 lid 1 BW voorgeschreven 70%.

De overweging van het hof dat de hoofdregel van artikel 7:627 en 7:628 BW een genuanceerde uitleg van artikel 7:629 lid 3 BW overbodig zou maken, wordt naar mijn mening niet op geheel overtuigende wijze door Fluit en De Wolff weerlegd. Aangezien artikel 7:627 BW primair op de bedongen arbeid ziet, terwijl artikel 7:629 lid 3 BW voornamelijk zou zijn geschreven voor passende arbeid, zou de werkgever volgens de auteurs zonder laatstgenoemd artikellid geen enkele mogelijkheid hebben het loon van de werknemer die geen ander passend werk dan het

eigen werk wil uitvoeren, te weigeren. Gelet echter op de omstandigheid dat de Hoge Raad in onder meer het arrest Van Haaren/Cehave (HR 8 november 1985, *NJ* 1986/309) heeft aanvaard dat wanneer de blijvend arbeidsongeschikte werknemer aanbiedt passende arbeid te verrichten en de werkgever deze zonder redelijke grond weigert, de werknemer gelet op artikel 7:611 BW en artikel 7:628 BW recht behoudt op een passend gedeelte van het loon, heb ik aarzelingen bij bovengenoemde redenering.

Het antwoord op de vraag waarop het loon van de werknemer die tijdens ziekte passende arbeid verricht, thans precies is gebaseerd (opties zijn: de voorgaande jurisprudentie omtrent art. 7:611 en 7:628 BW, art. 7:658a BW, of art. 7:629 lid 1 en lid 5 BW) moet ik helaas schuldig blijven. Overigens acht ik het zeer wel denkbaar dat ook in het geval zou moeten worden aangenomen dat ‘de wetgever’ een proportioneel regime voor ogen stond bij de schending van de re-integratieverplichtingen door de werknemer, hij het niettemin nodig vond daarover een expliciete voorziening in artikel 7:629 BW op te nemen. Met andere woorden: zowel de door het hof als de door de auteurs gevolgde redenering wijst volgens mij noch dwingend in de richting van een absoluut, noch in die van een proportioneel regime. Wel overtuigend is naar mijn mening de verwijzing door laatstgenoemden naar het systeem in artikel 30 lid 2 Ziektewet (ZW). In dat artikel wordt wel een proportionele benadering gevolgd. Aangezien bij de privatisering van de ZW is beoogd op het punt van controlevoorschriften en de re-integratie, het regime van de ZW over te plaatsen naar het BW (Kamerstukken II 1995/96, 24439, p. 10), valt inderdaad niet goed in te zien waarom in het BW een strenger regime zou moeten gelden dan in de ZW.

De auteurs hebben voorts bedenkingen bij het ‘teleologische argument’, dat uitsluitend een volledige loonuitsluiting een afdoende prikkel tot nakoming biedt. In dit verband wijzen zij voorts op een andere, mogelijk nog effectiever sanctiemiddel dat een werkgever kan inzetten wanneer de werknemer zonder deugdelijke grond meewerkt aan zijn re-integratie, te weten de opzegging van de arbeidsovereenkomst. Artikel 7:670b lid 3 onder b BW verklaart immers het opzegverbod tijdens ziekte in een dergelijk geval buiten toepassing.

Verder plaatsen de auteurs kanttekeningen bij het argument dat een proportioneel regime te conflictgevoelig zou zijn. Zo blijkt volgens de auteurs na raadpleging van de Kamerstukken dat re-integratie in eigen werk door opbouw in uren – in de praktijk het meest gangbare – indertijd niet aan de orde is geweest. De wetgever focuste destijds op de verplichting ander passend werk bij een andere werkgever te aanvaarden. Bovengenoemde kanttekening kan mijns inziens wel worden onderschreven. De vraag hoeveel loon bij een proportioneel regime moet worden ingehouden is inderdaad minder lastig te beantwoorden in het geval de werknemer een deel van zijn eigen arbeid weigert te hervatten, dan wanneer het om andere, passende arbeid bij een (derde) werkgever gaat. Voorts kan worden gewezen op de

omstandigheid dat van de in artikel 7:629 lid 5 BW opgenomen regeling omtrent inkomstenverrekening bij het verrichten van passende arbeid evenmin kan worden ontkend dat deze tot lastig te beantwoorden vragen over de precieze loonwaarde van de passende arbeid aanleiding kan geven.

Tot slot wijzen de auteurs erop dat het belang van een in hun ogen ‘disproportioneel strenge sanctie’ inmiddels sterk kan worden gerelativeerd. In dat verband wijzen zij onder meer op de doorbreking van de ontslagbescherming met ingang van 2002, en op het inmiddels in de socialezekerheidswetgeving in belangrijke mate uitgebreide sanctiekader op schending van de re-integratieverplichtingen. Onder meer kan worden gedacht aan artikel 28 jo. artikel 88 WIA, waarin het in onvoldoende mate verrichten van re-integratie-inspanningen wordt gesanctioneerd met een maatregel (van de derde categorie, hetgeen als hoofdregel gedurende vier maanden een korting van 25% van het uitkeringsbedrag impliceert). Ten slotte wijzen zij op de toegenomen re-integratiebereidheid van de werknemer. De omstandigheid dat de wetgever het sanctiekader op het schenden van re-integratieverplichtingen sinds de Wet verbetering poortwachter alleen maar heeft uitgebreid, zou mijns inziens niet misstaan als argument tegen een proportioneel regime en overtuigt mij dus niet.

4. De argumenten voor het proportionele regime

Uit het voorgaande volgt dat niet alle bedenkingen die Fluit en De Wolff aanvoeren tegen de argumenten voor het absolute regime overtuigend zijn. Voorts kan van de door auteurs geplaatste opmerkingen niet steeds worden gezegd dat die ook duidelijke argumenten voor een proportioneel regime inhouden. Na de bespreking van de kanttekeningen bij de argumenten voor een absoluut regime, is het dus noodzakelijk ook nog in te gaan op de (positieve) argumenten voor het proportionele regime. Na een analyse van de relevante jurisprudentie en literatuur valt op dat de redelijkheid het meest gewichtige argument is voor het proportionele regime.

Uit de hierboven aangehaalde publicatie van Fluit en De Wolff kan een positief argument voor het proportionele regime worden ontleend, namelijk de opvatting dat een dergelijk regime in overeenstemming is met het quid pro quo-beginsel. Het lijkt de auteurs slecht verdedigbaar dat een werknemer die inmiddels al voor 50% zijn oude arbeid heeft hervat, maar verdere werkhervatting weigert, getroffen moet worden met een volledige loonuitsluiting.

Gerechtshof Amsterdam 7 april 2005, *JAR* 2005/111 (die het zich overigens nogal makkelijk maakte door op te merken dat de wetsgeschiedenis van de Wet verbetering poortwachter geen uitsluitel biedt voor het antwoord op de vraag welk regime de wetgever voor ogen stond), achtte het blijkbaar voldoende om te oordelen dat ‘redelijkerwijs moet worden aangenomen

dat de loonstop slechts betrekking heeft op de niet-gewerkte uren’.

Het argument van de redelijkheid is, in de vorm van het door de auteurs aangehaalde quid pro quo-beginsel, ook terug te vinden bij Fluit en De Wolff.

Voorts wordt gezegd dat de wettekst van artikel 7:629 lid 3 onder c BW zich niet klip en klaar tegen een proportioneel regime verzet. De bepaling luidt als volgt:

‘De werknemer heeft het in lid 1 bedoelde recht niet:

c. voor de tijd, gedurende welke hij, hoewel hij daartoe in staat is, zonder deugdelijke grond passende arbeid als bedoeld in artikel 658a lid 4 voor de werkgever of voor een door de werkgever aangewezen derde, waartoe de werkgever hem in de gelegenheid stelt, niet verricht;’

Zo kan het woord ‘tijd’ in artikel 7:629 lid 3 onder c BW worden gelezen als betrekking hebbend op de re-integratieve uren die niet zijn gewerkt.

5. Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad

Het Wetboek van Rechtsvordering (Rv) biedt sinds 1 juli 2012 de mogelijkheid aan lagere rechters om ambtshalve, of op verzoek van partijen, prejudiciële vragen te stellen aan de Hoge Raad (Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad, *Stb.* 2012, 65). De rechter heeft de mogelijkheid een prejudiciële vraag te stellen wanneer een bepaalde rechtsvraag in een aanzienlijk aantal zaken aan de orde zal zijn. Behalve bij massavorderingen, is deze mogelijkheid er volgens artikel 392 lid 1 Rv, indien een antwoord op de vraag nodig is om op de eis of het verzoek te beslissen en rechtstreeks van belang is voor de beslechting of beëindiging uit soortgelijke feiten voortvloeiende geschillen, waarin dezelfde vraag zich voordoet. Of sprake is van een zaakoverstijgend belang, is uiteraard ter beoordeling aan de Hoge Raad. De Hoge Raad kan blijkens artikel 393 lid 8 Rv (zonder nadere motivering) afzien van de beantwoording van een aan hem voorgelegde prejudiciële vraag, als hij van oordeel is dat de vraag zich niet leent voor beantwoording via de prejudiciële procedure of de vraag van onvoldoende gewicht is om beantwoording te rechtvaardigen. Wanneer de vraag wel in behandeling wordt genomen, dan worden partijen allereerst in de gelegenheid gesteld schriftelijke opmerkingen in te dienen (art. 394 lid 1 Rv). De Hoge Raad kan ook bepalen dat anderen dan partijen schriftelijke opmerkingen mogen indienen (art. 394 lid 2 Rv). De Hoge Raad kan vervolgens ingevolge artikel 394 lid 4 Rv een mondelinge of schriftelijke toelichting bevelen. Vervolgens zal – nadat de procureur-generaal zijn conclusie heeft genomen – de Hoge Raad op de gestelde prejudiciële vraag beslissen (art. 394 lid 6 en 7 Rv). Hierbij staat het de Hoge Raad vrij om de vraag te herformuleren. Nadat de Hoge Raad de prejudiciële vragen

heeft beantwoord, zendt de griffier de beslissing van de Hoge Raad, de conclusie van de P-G en de tussen partijen gewisselde stukken terug naar zowel de partijen als de feitenrechter. Nadat de feitenrechter partijen de gelegenheid heeft gegeven zich over de uitspraak van de Hoge Raad uit te laten, beslist de rechter met inachtneming van deze uitspraak.

Sagel heeft aandacht besteed aan de betekenis van de Wet prejudiciële vragen voor het arbeidsrecht (*TRA* 2012/64). Hij beschouwt de mogelijkheid prejudiciële vragen te stellen als een belangrijke nieuwe loot aan de stam van het arbeidsprocesrecht. Hij merkt daarbij overigens wel op dat het belang voor de praktijk valt of staat met de mate waarin lagere rechters gebruik zullen gaan maken van het middel en de Hoge Raad daarop ingaat. De Kantonrechter Utrecht heeft met het bij vonnis van 18 december 2013 stellen van prejudiciële vragen over het regime bij artikel 7:629 lid 3 onder c BW een primeur voor het arbeidsrecht (ECLI:NL:RBMNE:2013:7614).

6. De prejudiciële vraag van de Kantonrechter Utrecht

Opvallend is dat de kantonrechter bij het stellen van de prejudiciële vraag alvast wat schoten voor de boeg neemt voor de door de Hoge Raad te kiezen oplossingsrichting(en). Omdat de overwegingen van de kantonrechter betrekkelijk lastig te doorgronden zijn, neem ik de vrijheid een aantal passages uit het vonnis te citeren.

‘Het komt de kantonrechter voor dat mede van belang kan zijn voor de door de Hoge Raad te nemen beslissing (en voor de door het parket te nemen conclusie) dat de opbouw van lid 3 van artikel 7:629 BW zodanig is dat er twee “regimes” zijn, te weten a (met “indien”) en b tot en met f (met “voor de tijd gedurende welke”), zodat, wanneer het bepaalde onder bijv. c en d een echte voorwaarde zou zijn geweest, ook bij de letters b tot en met f in de wetsredactie gewerkt zou kunnen zijn met gebruikmaking van het woordje “indien”. Lid 1 onder a [bedoeld moet zijn: onder b; &&] zou met andere woorden ook “indien de werknemer door zijn toedoen zijn genezing belemmert” et cetera hebben kunnen luiden, maar daar is kennelijk door de wetgever niet voor gekozen.’

Bovengenoemde overwegingen zijn naar mijn mening lastig te begrijpen. Dat komt volgens mij omdat er bij artikel 7:629 lid 3 BW niet slechts twee, maar drie regimes denkbaar zijn. Artikel 7:629 lid 3 onder a BW heeft (o.m.) betrekking op de uitsluitingsgrond bij het opzettelijk veroorzaken van ziekte. Is die situatie van toepassing, dan verspeelt de werknemer zijn loonaanspraken gedurende de gehele termijn van de ziekte. Hier geldt dus een zowel qua tijd als omvang van de loonstop absoluut regime. Bij de onderdelen b tot en met f staat niet ter discussie dat er qua tijd beperkingen zijn; ‘nicht im Frage’ is dat een (volledige of proportionele) loonstop uitsluitend aan de orde is zolang de daarin geregelde gedragingen aan

de orde zijn. De vraag die (o.m.) bij artikel 7:629 lid 3 onder c speelt, is echter of die loonstop zich gedurende de periode waarin de werknemer zich weigerachtig opstelt, zou dienen te beperken tot de uren waarop de werknemer belastbaar is of niet. Een soortgelijke vraag kan bijvoorbeeld ook worden gesteld bij de toepassing van het bepaalde in artikel 7:629 lid 3 onder b BW, dat de loonstop regelt voor ‘de tijd, gedurende welke door toedoen van de werknemer de genezing wordt belemmerd of vertraagd’. Omdat niet alle aandoeningen (volledig) behandelbaar zijn, kan ook hier de vraag rijzen hoe om te gaan met een werknemer die zijn genezing belemmert, maar van wie tevens vaststaat dat hij nooit meer volledig zal herstellen.

Teruggaand naar de laatste volzin in de hierboven geciteerde overwegingen van de kantonrechter, rijst bij mij de vraag of hij niet beter gebruik had kunnen maken van het begrip ‘voor zover’ in plaats van ‘indien’. Het gebruik van het woord ‘indien’ in plaats van ‘voor de tijd, gedurende welke’ zou, en dat lijkt de kantonrechter wel te bedoelen, volgens mij niet dwingend in de richting van een proportioneel regime, maar juist in een qua tijd en omvang absoluut regime te wijzen. Dat dat niet de bedoeling is, staat (gelukkig) niet ter discussie. De kantonrechter vervolgt:

‘Daar komt bij dat “voor de tijd gedurende welke” in zoverre dubbelop is dat met zowel “tijd” als “gedurende” kennelijk expliciet gezegd is dat het gaat om een duur (en niet om een periode). Verder is het de vraag of alle vijf geschetste situaties (waarin de wetsbepaling de woorden “voor de tijd gedurende welke” gebruikt) over één kam mogen worden geschoren, zoals Hof Arnhem-Leeuwarden doet. Denkbaar is een onderscheid tussen b, e en f enerzijds en c en d anderzijds en zelfs tussen c en d.’

Discussies over de begrippen ‘tijd’ en ‘periode’ ontaarden nogal makkelijk in semantische haarkloverij. Ik neem aan dat het begrip ‘tijd’ voor de kantonrechter een proportioneel regime impliceert, en periode een ‘absoluut’, maar sta open voor een tegenovergestelde benadering.

Uit de tweede en derde volzin van het hierboven geciteerde volgt in ieder geval dat de kantonrechter niet overtuigd is van het argument van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden dat de ‘uniforme aanhef’ van de in onder b tot en met f ‘geschetste situaties’ ook steeds tot een uniform regime zou moeten leiden.

‘Het komt de kantonrechter ook voor dat door de Hoge Raad beoordeeld zou moeten worden of artikel 7:629 lid 3 BW een verbijzondering (in de vorm van de zes onder a tot en met f aldaar uitgewerkte gevallen) is van artikel 7:627 en 628 BW, zodat de (on)waarde (in het tot nu toe gevoerde debat over de materie) beoordeeld kan worden van het argument dat de wetgever, indien de stopzetting van het loon uitsluitend op het deel zou zien dat de werknemer weigert arbeid te verrichten, zou hebben kunnen volstaan met een verwijzing naar artikel 7:627 BW.’

Ik heb al eerder aangegeven dat het argument dat opnemings van artikel 7:629 lid 3 onder c BW bij een proportioneel regime overbodig is, gelet op de regeling van artikel 7:627 en 7:628 BW, mij niet overtuigt. Voorts is het mijns inziens wat onzorgvuldig dat de kantonrechter aan de Hoge Raad vraagt zich uit te laten over de verhouding van alle in artikel 7:629 lid 3 BW genoemde gevallen tot artikel 7:627 en 7:628 BW. Veel van de in artikel 7:629 lid 3 BW genoemde gevallen hebben immers niet direct betrekking op de weigering (passende) arbeid te verrichten.

7. De glazen bol

Uit de onderhavige analyse kan worden opgemaakt dat de discussie over wat rechtens is als een zieke werknemer passende arbeid voor de niet volledige arbeidsduur weigert, op de vierkante centimeter gevoerd wordt. Voorts kunnen we constateren dat de argumenten voor het ene of het andere regime, niet altijd overtuigend zijn. Dit alles maakt de vraag hoe de Hoge Raad zal antwoorden op de gestelde prejudiciële vragen des te interessanter. Vanwege het evidente belang voor de praktijk, hoeft er mijns inziens niet aan te worden getwijfeld dat de Hoge Raad zal gaan antwoorden. Gelet echter op de niet eenvoudig te doorgronden rechtsoverwegingen van de Kantonrechter Utrecht, zal de Hoge Raad er waarschijnlijk niet aan ontkomen de vragen te herformuleren.

Hoe het antwoord van de Hoge Raad zal luiden, zal kunnen afhangen van het gewicht dat de Hoge Raad toekent aan de parlementaire geschiedenis bij de Wet verbetering poortwachter. Over de bedoeling van de wetgever valt namelijk mijns inziens moeilijk te twijfelen; hem stond in 1996 een absoluut regime voor ogen, met de derogerende redelijkheid en billijkheid voor de apert onredelijke uitkomsten als achtervang. Daar tegenover staat – wat mij betreft – met name ‘de redelijkheid’, ofwel de gedachte dat uitsluitend voor zover de werknemer zijn eigen verplichtingen niet nakomt, daarop een sanctie van de werkgever mag volgen. Voorts zal het mogelijke belang dat wordt toegekend aan de omstandigheid dat de ZW wel uitgaat van een proportioneel regime, een rol kunnen spelen.

Het zou me niet verbazen als de Hoge Raad op safe speelt, en opteert voor het absolute regime. Ik kan me namelijk voorstellen dat een eventuele keuze voor een absoluut regime bij de toepassing van artikel 7:629 lid 3 onder c BW, uiteindelijk vooral zal zijn ingegeven door de lastig te beantwoorden vragen die vervolgens zouden kunnen rijzen bij (o.m.) de toepassing van een proportioneel regime voor de onder meer in artikel 7:629 lid 3 onder b en d geregelde gronden. Vaststellen hoe hoog bij een proportioneel regime het door de werkgever te betalen loon zou zijn als de werknemer weigert een deel van zijn eigen arbeid, of zelfs passende arbeid te verrichten, lijkt mij namelijk een stuk minder snel aanleiding geven voor discussie dan bijvoorbeeld de vraag in hoeverre de weigering van een werknemer een adequate behandeling

te ondergaan doorwerkt in de arbeidsmogelijkheden van de werknemer.