

Nieuwsbrief AR Updates - Nummer 12, 2014

Nummer 12, 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:2014:764 18-03-2014

Saint-Gobain Distribution The Netherlands B.V./werknemer

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2014:736 18-03-2014

werknemer/Semiconductor Ideas To The Market (ITOM) B.V.

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2014:739 18-03-2014

X Accountants NV/werkneemster

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2014:2165 18-03-2014

Foodguard Reiniging en Hygiëne/werknemer

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2014:518 28-01-2014

werkgever/werknemer

Rechtbank

Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2014:1422 20-03-2014

werknemer/X-Flow B.V.

Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2014:1059 18-03-2014

werknemer/Stichting Pensioenfonds ECI (in liquidatie)

Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2014:1055 18-03-2014

X c.s./Stichting Pensioenfonds ECI (in liquidatie)

Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2014:1262 17-03-2014

Stichting Cabinebelangen c.s./Koninklijke Luchtvaart Maatschappij N.V. c.s.

Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2014:1052 17-03-2014

Aviapartner Cargo B.V./FNV Bondgenoten

Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2014:952 12-03-2014

werknemer/werkgever c.s.

Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2014:1404 07-03-2014

Booking.com B.V./werknemer

Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2014:1444 07-03-2014

Otocraat B.V./werknemer

Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2014:1375 04-03-2014

AU Optronics B.V./Master Cleaners B.V.

Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2014:971 04-03-2014

FNV Bondgenoten/Vos Limburg B.V.

Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2014:1403 03-03-2014

GVB Exploitatie B.V./werknemer

Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2014:1433 18-02-2014

werknemer/Farmex Milieutechniek B.V.

Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2014:1966 12-02-2014

X/Y

Rechtbank Zeeland-West-Brabant, ECLI:NL:RBZWB:2013:10281 25-08-2013

X/werkneemster

Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2013:4559 16-07-2013

werknemer c.s./Timmerman Transporten Staphorst B.V.

Uitspraken zonder ECLI

Hof van Justitie van de Europese Unie 18-03-2014

C.D./S.T.

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Rechtbank Den Haag 05-03-2014

werkneemster/werkgeefster

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Rechtbank Amsterdam 24-02-2014

werkneemster/werkgever

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Rechtbank Den Haag 13-02-2014

werkgever/werknemer

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Rechtbank Rotterdam 06-03-2014

werknemer/werkgever

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Hof van Justitie van de Europese Unie 18-03-2014

Z/A (Ierland)

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Annotatie

Enkele aspecten rond het boetebeding

F.M. Dekker

RECHTSPRAAK

C.D./S.T.

Wensmoeder heeft geen recht op bevallings- of lactatieverlof ook al draagt zij vanaf het eerste uur zorg voor het pas geboren kind.

(Zie ook AR 2014-0283.) C.D. wilde haar kinderwens met behulp van een draagmoeder vervullen. De draagmoeder baarde het kind op 26 augustus 2011. Verzoekster begon binnen een uur na de geboorte voor het kind te zorgen en, in het bijzonder, het kind borstvoeding te geven. Ze ging gedurende drie maanden door met het geven van borstvoeding. Op 19 december 2011 werd op verzoek een ouderbeschikking in de zin van de HFEA afgegeven, waarin aan C.D. en haar partner de volledige en permanente ouderlijke verantwoordelijkheid voor het kind werd overgedragen. Aanvankelijk is het verzoek tot (adoptie)verlof afgewezen. De centrale vraag is of een wensmoeder, als C.D., op grond van Richtlijn 92/85 recht heeft op verlof.

Het Hof van Justitie EU oordeelt als volgt. Met zijn eerste en tweede vraag, die samen dienen te worden behandeld, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of Richtlijn 92/85 in die zin moet worden uitgelegd dat een wensmoeder die een kind heeft gekregen ingevolge een draagmoederschapsovereenkomst recht heeft op zwangerschaps- en bevallingsverlof als bedoeld in artikel 8 van deze richtlijn, met name indien de wensmoeder na de geboorte eventueel borstvoeding geeft aan het kind of wanneer zij het daadwerkelijk borstvoeding geeft. Volgens de rechtspraak van het Hof moet het recht op zwangerschaps- en bevallingsverlof dat aan zwangere werknemers wordt toegekend, worden opgevat als een middel om een bijzonder belangrijk sociaal recht te beschermen. De Uniewetgever was aldus van oordeel dat de wezenlijke veranderingen in de leefomstandigheden van de belanghebbenden gedurende het tijdvak van veertien weken rond de bevalling een gegronde reden vormden om de uitoefening van hun beroepsactiviteit te onderbreken, zonder dat aan de gegrondheid van deze reden op enigerlei wijze kan worden getornd door de overheid of de werkgevers. Zoals de Uniewetgever in de veertiende overweging van de considerans van Richtlijn 92/85 heeft erkend verkeert een werknemer tijdens de zwangerschap, na de bevalling en tijdens de lactatie immers in een bijzonder kwetsbare situatie, die het noodzakelijk maakt dat haar een recht op zwangerschaps- en bevallingsverlof wordt verleend,

welke situatie in het bijzonder tijdens dit verlof echter niet kan worden gelijkgesteld met die van een man of van een vrouw die ziekteverlof geniet. Dit zwangerschaps- en bevallingsverlof dat de werkneemster geniet, dient enerzijds de biologische gesteldheid van de vrouw tijdens en na de zwangerschap en anderzijds de bijzondere relatie tussen moeder en kind in de periode na de zwangerschap en de bevalling te beschermen, door te voorkomen dat deze relatie wordt verstoord door de cumulatie van lasten doordat gelijktijdig beroepswerkzaamheden worden verricht. Bijgevolg volgt zowel uit het doel van Richtlijn 92/85 en de bewoordingen van artikel 8 daarvan, waarin uitdrukkelijk wordt verwezen naar de bevalling dat het in artikel 8 van deze richtlijn bedoelde zwangerschaps- en bevallingsverlof tot doel heeft de gezondheid van de moeder en van het kind te beschermen in de uit de zwangerschap voortvloeiende bijzonder kwetsbare situatie. Uit het voorgaande volgt dat de toekenning van zwangerschaps- en bevallingsverlof op basis van artikel 8 van Richtlijn 92/85 veronderstelt dat de werkneemster die daarop recht heeft, zwanger is geweest en van het kind is bevallen. In casu blijkt uit de verwijzingsbeslissing dat D. nooit zwanger is geweest van het kind. In die omstandigheden valt een werkneemster in haar hoedanigheid van wensmoeder die dankzij een draagmoederschapsovereenkomst een kind heeft gekregen, niet binnen de werkingssfeer van artikel 8 van Richtlijn 92/85, ook niet wanneer zij het kind na de geboorte eventueel borstvoeding geeft of het daadwerkelijk borstvoeding geeft. Bijgevolg zijn de lidstaten niet gehouden aan een dergelijke werkneemster een recht op zwangerschaps- en bevallingsverlof toe te kennen krachtens dat artikel.

Nu wensvaders evenmin aanspraak maken op enige vorm van verlof, is voorts geen sprake van discriminatie op grond van geslacht.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 18-03-2014

Zaaknummer: C-167/12

RECHTSPRAAK

Foodguard Reiniging en Hygiëne/werknemer

Periode van langdurige arbeidsongeschiktheid telt mee bij vereiste 1,5 jaar werkzaam te zijn op schoonmaakobject ex artikel 38 CAO Schoonmaak- en Glazenwassersbedrijf. De re-integrerende werknemer op andere schoonmaakobjecten dient derhalve een arbeidsovereenkomst te worden aangeboden bij contractwisseling.

Werknemer is op 31 oktober 1995 in dienst getreden bij (de rechtsvoorganger van) CSU. Op de arbeidsovereenkomst tussen partijen is de CAO voor het Schoonmaak- en Glazenwassersbedrijf van toepassing. In 2012, van 27 februari tot en met 10 november, is werknemer langdurig arbeidsongeschikt geweest. In deze periode heeft hij niet op het object A (zijn gebruikelijke schoonmaakobject), maar elders gewerkt. Het object is begin januari 2013 na contractwisseling overgenomen door Foodguard. Op grond van de cao dient bij contractwisseling de ontvangende partij aan de werknemers werkzaam op het object een arbeidsovereenkomst aan te bieden. Dit geldt niet voor werknemers die langdurig arbeidsongeschikt zijn. Op 26 maart 2013 heeft de Geschillencommissie RAS, op het verzoek van CSU om bindend te adviseren, uitspraak gedaan tussen CSU en Foodguard en bepaald dat Foodguard per 1 januari 2013, de datum van contractwisseling, aan werknemer een arbeidsovereenkomst moet aanbieden voor 38 uur per week op grond van artikel 38 van de cao. Jegens werknemer stelt Foodguard zich op het standpunt dat hij (werknemer) niet voldoet aan de eis uit de cao dat werknemer ten minste 1,5 jaar voorafgaand aan de contractwisseling werkzaam is op het object. De kantonrechter heeft de vordering van werknemer tot toelating tot het werk en doorbetaling van het loon bij Foodguard toegewezen.

Het hof oordeelt als volgt. Niettemin behoort ook een langdurig maar niet blijvend arbeidsongeschikte werknemer, die voor zijn arbeidsongeschiktheid zijn werk op het object verrichtte en daar naar verwachting ook weer aan het werk zal gaan na herstel, tot de groep werknemers die bij wisseling van het contract in beginsel mee overgaan op de nieuwe opdrachtnemer (vgl. Hof Leeuwarden 14 augustus 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BX4509). Foodguard heeft niet betwist dat werknemer vanaf juli 2011 tot zijn arbeidsongeschiktheid feitelijk werkzaam is geweest op het object. In het onderhavige geval was werknemer op het

moment van de contractwisseling ook al volledig hersteld verklaard en weer fulltime op het object aan het werk. Dat hij tijdens zijn re-integratie op andere objecten werkzaam is geweest (voor lichtere werkzaamheden bij Uniekaas, zo staat in de door Foodguard overgelegde beslissing van de Geschillencommissie RAS), brengt naar het voorlopig oordeel van het hof nog niet mee dat daaruit volgt dat werknemer niet meer tot de hiervoor bedoelde groep behoorde.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 18-03-2014

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2014:2165

Zaaknummer: 200.123.937/01

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

Advocaten: M.G. van der Vliet-Blokziel en M.J.M. Jansen-van Beek

Wetsartikelen: 38 CAO Schoonmaak- en Glazenwassersbedrijf

RECHTSPRAAK

Otocraat B.V./werknemer

Afwijzing verzoek tot ontbinding arbeidsovereenkomst, nadat de arbeidsovereenkomst van werknemer om fiscale redenen door een verliesgevende zustermaatschappij is overgenomen. Schending informatieplicht bij overname.

Werknemer is sinds 2010 in dienst van De Utrechtse Bazaar als Assistent Bedrijfsleider. Deze arbeidsovereenkomst is per 1 augustus 2012 overgenomen door Otocraat. Thans verzoekt Otocraat ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Zij voert daartoe aan dat de resultaten van Diotima Holding, waaronder zowel Otocraat als De Utrechtse Bazaar vallen, zodanig slecht zijn dat vergaande bezuinigingen noodzakelijk zijn.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Het ontbindingsverzoek wordt afgewezen. De Utrechtse Bazaar heeft de laatste jaren een positief resultaat van telkens meer dan een miljoen euro behaald. In 2012 werd een eigen vermogen van ruim vier miljoen euro behaald. Gesteld noch gebleken is dat deze onderneming, indien die apart wordt beschouwd, in een zodanige situatie verkeerde dat ontbinding van de arbeidsovereenkomst met onder meer werknemer noodzakelijk is. Aan de overname van de arbeidsovereenkomsten door Otocraat lagen (slechts) fiscale argumenten ten grondslag. Dat de werknemers op enige wijze op de hoogte zijn gebracht van het feit dat hun arbeidsovereenkomst werd overgenomen door een onderneming die in zeer moeilijke financiële omstandigheden verkeerde, is niet gebleken. Dat getuigt niet van goed werkgeverschap, zeker niet als reeds op het moment van de overname van het personeel duidelijk was dat fors bezuinigd moest worden binnen Otocraat. Daarbij komt dat in deze procedure duidelijk is geworden dat sprake is van een groot aantal vennootschappen, die onderling met elkaar zijn verbonden en die kennelijk ook worden gebruikt om kosten op een voor de ondernemer zo gunstig mogelijke wijze toe te rekenen. Dat mag vanuit ondernemersoogpunt een legitiem doel zijn, als het gaat om de vraag of dit ook kan leiden tot een relatief gemakkelijke verschuiving van verantwoordelijkheden ten aanzien van het personeel, dient het antwoord negatief te zijn.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 07-03-2014

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2014:1444

Zaaknummer: 2668742 UE VERZ 14-4 JS/4085

Rechters: J. Sap

Advocaten: M.R. van Hall en E.J. Nieuwenhuys

Wetsartikelen: 7:611 BW en 7:685 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgever

Arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is onvoorwaardelijk met zes maanden verlengd en daarna onregelmatig opgezegd. Toewijzing gefixeerde schadevergoeding. Werknemer dient verkeersboete (incl. verhoging) te betalen.

Werknemer is op 1 februari 2012 voor de duur van een jaar in dienst getreden als contracting manager. Na een beoordelingsgesprek in december heeft de leidinggevende van werknemer aan de afdeling Personeelszaken laten weten dat de arbeidsovereenkomst met zes maanden zou worden verlengd. In januari 2013 heeft de leidinggevende laten weten dat de arbeidsovereenkomst met werknemer per 1 februari 2013 zou eindigen, omdat het functioneren van werknemer na zijn beoordeling niet is verbeterd. Werknemer stelt dat deze opzegging onregelmatig is en vordert gefixeerde schadevergoeding. In reconventie vordert werkgever betaling van een boete van € 349,50 wegens een verkeersovertreding door werknemer.

De kantonrechter oordeelt als volgt. De gevorderde gefixeerde schadevergoeding (€ 31.207,68) wegens onregelmatige opzegging wordt toegewezen. Geoordeeld wordt dat de arbeidsovereenkomst onvoorwaardelijk met zes maanden is verlengd en dat de arbeidsovereenkomst derhalve per 1 februari 2013 onregelmatig is opgezegd. Dat de arbeidsovereenkomst slechts voorwaardelijk is verlengd, is niet aannemelijk geworden. Er is geen aanleiding tot matiging over te gaan, omdat werknemer zich uitdrukkelijk vanaf 1 februari 2013 beschikbaar heeft gehouden voor werkzaamheden. Pas toen hem te kennen is gegeven dat slechts een discussie over passende schadevergoeding aan de orde zou kunnen komen, heeft werknemer in de beëindiging berust en gefixeerde schadevergoeding gevorderd. Ten aanzien van de in reconventie gevorderde betaling van de boete heeft werknemer alleen bezwaar gemaakt tegen de verhoging van € 122,50, omdat hij de brief van 30 oktober 2012 – waarin hem de boete zou zijn verstuurd ter tijdige betaling – niet zou hebben ontvangen. Deze stelling wordt niet aannemelijk geacht, zodat werknemer ook de verhoging moet betalen.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 06-03-2014

Zaaknummer: 2449411 / CV EXPL 13-7818

RECHTSPRAAK

werkneemster/werkgeefster

Ontbinding arbeidsovereenkomst op verzoek arbeidsongeschikte werkneemster. Werkgeefster voldoet niet aan re-integratieverplichtingen. Na einde re-integratieverplichtingen tweede spoor vanwege verstrijken 104 weken loondoorbetalingsverplichting, bestaat nog wel de verplichting te onderzoeken of re-integratie bij dochterbedrijven mogelijk is. C=1,5.

Werkneemster is sinds 2005 in dienst als directiesecretaresse. In 2010 is zij arbeidsongeschikt geworden. Vanaf juli 2012 ontvangt zij een WGA-uitkering op basis van 80-100% arbeidsongeschiktheid. Werkgeefster heeft een ontslagvergunning aangevraagd wegens langdurige arbeidsongeschiktheid. Het UWV heeft deze geweigerd en overwogen dat niet valt uit te sluiten dat binnen 26 weken een zodanige verbetering te verwachten is dat hervatting in eigen werk of andere passende werkzaamheden tot de mogelijkheden behoort. Tussen partijen hebben daarna diverse gesprekken plaatsgevonden. Werkneemster heeft in het kader van re-integratie werkzaamheden verricht. Een tweede ontslagaanvraag wegens bedrijfseconomische redenen is door het UWV afgewezen. Thans verzoekt werkneemster ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Zij stelt dat werkgeefster de adviezen van de bedrijfsarts niet of in onvoldoende mate opvolgt en daardoor haar re-integratie frustreert. Werkgeefster is kennelijk alleen uit op beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Zij verzoekt een vergoeding met C=3 toe te kennen.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Nu werkgeefster eveneens van mening is dat de arbeidsovereenkomst van werkneemster beëindigd moet worden, omdat er geen werkzaamheden meer voor haar zijn, wordt de arbeidsovereenkomst ontbonden. Ten aanzien van de vergoeding wordt het volgende overwogen. Werkgeefster heeft onvoldoende aan haar re-integratieverplichtingen voldaan. Gesteld noch gebleken is dat werkgeefster enige moeite heeft gedaan om met het oog op de re-integratie van werkneemster de in haar bedrijf beschikbare arbeid zo te (re)organiseren dat voor werkneemster wel passende arbeid beschikbaar kwam. Zij was daartoe op grond van artikel 7:658a lid 2 BW en de rechtspraak

(o.a. HR 3 februari 1978, NJ 1978/248 (Roovers/De Toekomst)) wel gehouden. Op grond van artikel 7:611 BW mocht verwacht worden dat zij ten minste onderzocht had of er mogelijkheden waren om werkneemster in het kader van haar re-integratie passende werkzaamheden bij haar dochterbedrijven te laten verrichten. Dat de re-integratieverplichtingen in het tweede spoor inmiddels al geëindigd waren (de loondoorbetalingsverplichting van 104 weken is op 13 juli 2012 geëindigd), doet hieraan niet af. Ten slotte wordt meegewogen dat werkneemster 49 jaar oud is en tot haar uitval uitstekend heeft gefunctioneerd. Er wordt een vergoeding toegekend met C=1,5 (€ 67.500).

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 05-03-2014

Zaaknummer: 2624110 RP VERZ 13-50869

RECHTSPRAAK

werkneemster/werkgever

Ontbinding arbeidsovereenkomst op verzoek werkneemster, nadat werkgever een eerder ontbindingsverzoek heeft ingetrokken. Werkneemster is geen 'gelukzoeker'. Vergoeding hoger dan inkomensverlies tot pensioengerechtigde leeftijd, vanwege strijd met goed werkgeverschap.

Werkneemster is sinds 1991 in dienst als directeur. De arbeidsovereenkomst tussen partijen is ontbonden onder toekenning van een vergoeding van € 115.000 bruto, maar het verzoek is tijdig door werkgever ingetrokken. Na (korte) voortzetting van het dienstverband dient werkneemster een ontbindingsverzoek in. Werkgever conformeert zich aan het verzoek voor zover het de verzochte ontbinding betreft, maar meent dat werkneemster geen vergoeding toekomt ('gelukzoeker').

De kantonrechter oordeelt als volgt. Werkneemster is geen 'gelukzoeker'. Werkgever heeft werkneemster namelijk ernstige verwijten gemaakt in de eerdere ontbindingsprocedure en streeft zelf ook naar beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Bij toekenning van de vergoeding wordt rekening gehouden met het inkomensverlies tot de pensioengerechtigde leeftijd. De omstandigheid dat werkneemster – na de eerste ontbinding – 50% van haar contracturen heeft ingeleverd (en het inkomensverlies dus 50% lager ligt) komt voor rekening van werkneemster omdat de achterliggende reden voor het teruggaan in uren privé was en werkneemster werd bijgestaan door een advocaat. Er wordt een vergoeding van € 50.000 bruto toegekend. Dat is meer dan het inkomensverlies tot de pensioengerechtigde leeftijd (€ 37.000), omdat werkgever niet als goed werkgever heeft gehandeld na het intrekken van het eerste ontbindingsverzoek.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 24-02-2014

Zaaknummer: 2650350 \ EA VERZ 13-1465

RECHTSPRAAK

werkgever/werknemer

Afwijzing verzoek tot ontbinding arbeidsovereenkomst tweedelijns helpdeskmedewerker wegens functieverval na reorganisatie. Functie is, ondanks accentverschillen, uitwisselbaar met functie service/testmedewerker.

Werknemer is voor onbepaalde tijd in dienst als tweedelijns helpdeskmedewerker. Werkgever verzoekt ontbinding. Gesteld wordt dat de functie van werknemer als gevolg van een reorganisatie is komen te vervallen en dat deze functie niet uitwisselbaar is met enige andere functie.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Werkgever heeft op redelijke gronden besloten tot een reorganisatie waarin de functie van werknemer is vervallen. De functie van werknemer en de functie service/testmedewerker vertonen, gelet op de functiebeschrijvingen, grote overeenkomsten. De huidige service/testmedewerker heeft een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, dat begin 2014 afloopt. Nu daarover niets is gesteld, wordt ervan uitgegaan dat de beloning voor beide functies globaal gelijk is. Niet gebleken is dat tussen beide functies zodanige verschillen bestaan dat er geen sprake is van uitwisselbaarheid. Weliswaar zijn er belangrijke accentverschillen tussen beide functies, maar bepalend is dat ook de tweedelijnsmedewerker testwerkzaamheden verrichtte. Er is derhalve niet voldaan aan het afspiegelingsbeginsel. Volgt afwijzing van het ontbindingsverzoek.

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 13-02-2014

Zaaknummer: 2643576/13-50885

RECHTSPRAAK

werkgever/werknemer

Boek 2-ontslag leidt niet tot onregelmatige opzegging van de arbeidsovereenkomst, nu uit de notulen blijkt dat partijen nadere afspraken zouden maken over het arbeidsrechtelijke ontslag. Geldopname van bedrijfsrekening voor privédoeleinden rechtvaardigt geen ontslag op staande voet.

Werknemer is sinds 1 december 2008 aangesteld als ‘managing director’ van werkgever. Werkgever houdt zich bezig met het terugclaimen van btw en accijnzen bij Europese nationale overheden ten behoeve van haar klanten, veelal vervoersbedrijven. Nadat werknemer eerst op non-actief is gesteld wegens onregelmatigheden in de afhandeling van een grote claim, is werknemer uiteindelijk bij besluit van de AVA op 31 augustus 2012 ontslagen. De vraag die centraal staat in deze procedure is welke gevolgen het besluit van de aandeelhouder d.d. 31 augustus 2012 om werknemer met dadelijke ingang uit zijn vennootschapsrechtelijke bestuursfunctie te ontslaan, in dit geval heeft voor de arbeidsverhouding tussen partijen. Werknemer stelt zich op het standpunt dat zijn ontslag als bestuurder met onmiddellijke ingang tevens moet worden aangemerkt als een directe, en dus – als gevolg van niet-inachtnaam van de geldende opzegtermijn – onregelmatige, opzegging van de arbeidsovereenkomst, nu werkgever niet direct bij het aandeelhoudersbesluit heeft bevestigd dat de opzegtermijn in acht is genomen en op de daartoe strekkende vraag van zijn advocaat ook vervolgens geen duidelijk antwoord heeft gegeven. Werkgever daarentegen meent dat ter vergadering op 31 augustus 2012 een separate regeling voor de arbeidsovereenkomst is getroffen. Begin september is werknemer – wat zijn arbeidsovereenkomst betreft – op staande voet ontslagen. De voorzieningenrechter heeft werknemer in het gelijk gesteld en werkgever veroordeeld gefixeerde schadevergoeding te betalen.

Het hof oordeelt als volgt. Uit de notulen van de vergadering van de aandeelhouder van 31 augustus 2012 blijkt dat werkgever zich van het onderscheid tussen de beëindiging van de vennootschapsrechtelijke bestuursfunctie en de beëindiging van de arbeidsverhouding bewust is geweest en dit ook ter vergadering aan werknemer heeft duidelijk gemaakt: terwijl de vennootschapsrechtelijke bestuursfunctie met dadelijke ingang werd beëindigd, zou

bericht over 'the terms and conditions with respect to the termination of the employment agreement' nog volgen. Dat werknemer dit zo heeft begrepen en (aanvankelijk) ook wenselijk achtte, blijkt uit de contacten die tussen (de advocaten van) partijen op de vergadering zijn gevolgd, waarin van de zijde van werknemer uitdrukkelijk om inachtnaam van de contractuele opzegtermijn werd verzocht. De stelling van werknemer dat reeds het AvA-ontslag tot een onregelmatige opzegging van de arbeidsovereenkomst leidt, faalt.

Wat betreft het arbeidsrechtelijke ontslag, oordeelt het hof als volgt. De verwijten aan het adres van werknemer – voor privédoeleinden concerngeld gebruikt – acht het hof onvoldoende, zeker nu werknemer hiervoor een verklaring heeft. Dit maakt dat het arbeidsrechtelijke ontslag alsnog onregelmatig is verleend.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 28-01-2014

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2014:518

Zaaknummer: 200.118.191

Wetsartikelen: 2:134 BW en 2:244 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/X-Flow B.V.

Teamleider wordt op staande voet ontslagen, omdat hij zijn werkgever niet op de hoogte zou hebben gesteld van het vervreemden van goederen door werknemers. Dringende reden vooralsnog niet komen vast te staan.

Werknemer is sinds 2011 in dienst van X-Flow, laatstelijk als teamleider. Hij is op staande voet ontslagen. In de ontslagbrief wordt vermeld dat werknemer wist dat één of meerdere werknemer(s) betrokken was c.q. waren bij één of meerdere malen ontvreemden c.q. wegnemen van één of meerdere goed(eren) toebehorend aan X-Flow dan wel een gelieerde onderneming. Werknemer heeft X-Flow hiervan niet in kennis gesteld. Werknemer beroept zich op de vernietigbaarheid van het ontslag op staande voet.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Het geschil tussen partijen spitst zich toe op de vraag of werknemer wetenschap had van vervreemding van goederen van X-Flow door medewerkers en hij deze kennis niet heeft gedeeld met X-Flow. Werknemer betwist dat hij kennis had van de ontvreemding van goederen. Uit de overgelegde stukken volgt dat slechts één persoon een belastende verklaring over werknemer aflegt. Vooralsnog kan niet met een grote mate van zekerheid worden ingeschat dat X-Flow in een nog te voeren bodemprocedure zal slagen in de op haar rustende bewijslast van het zich voordoen van de gestelde dringende reden. Dit brengt met zich dat X-Flow gehouden is om vooralsnog het salaris van werknemer door te betalen, ondanks haar bezwaren daartegen en het restitutiegevaar.

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 20-03-2014

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2014:1422

Zaaknummer: 2838648 CV EXPL 14-2376

Rechters: H.R.K. Valk

Advocaten: M.S.R. Dijkstra en M.A.M. Oude Breuil

Wetsartikelen: 7:677 BW en 7:678 BW

RECHTSPRAAK

Saint-Gobain Distribution The Netherlands B.V./werknemer

***Contractuele terugkeerregeling na overgang van onderneming is niet
nietig, maar vernietigbaar. Artikel 7:662 BW strekt louter ter
bescherming van de werknemer.***

Afbouw 1 BV heeft al haar bedrijfsactiviteiten met ingang van 1 januari 2013 verkocht en overgedragen aan Afbouw 2. Hierbij was sprake van een overgang van onderneming zoals bedoeld in artikel 7:662 BW. Werknemer is daardoor op de voet van artikel 7:663 BW met ingang van 1 januari 2013 van rechtswege in dienst gekomen van Afbouw 2. In het kader van de verkoop en overdracht van de bedrijfsactiviteiten per 1 januari 2013 is een ‘terugkeerregeling’ overeengekomen tussen Afbouw 1 (aangeduid als Verkoper), SGD (aangeduid als Saint-Gobain en indirect aandeelhouder van Afbouw 1), Afbouw 2 (aangeduid als Koper) en werknemer. De kern van deze regeling behelst de afspraak dat de verkrijger gedurende een periode van 18 maanden het recht heeft de arbeidsovereenkomst met werknemer te beëindigen zonder dat daarbij een hoge (ontbindings)vergoeding verschuldigd zal zijn, maar werknemer zal terugkeren naar vervreemder. Werknemer behoudt in dat geval al zijn opgebouwde rechten van voor de overgang van onderneming. Afbouw 2 heeft in april 2013 aan SGD laten weten dat zij een beroep wilde doen op de terugkeerregeling. SGD heeft hieraan geen gehoor gegeven. Inmiddels heeft Afbouw 2 de arbeidsovereenkomst met werknemer ontbonden. Thans beroept werknemer zich op de terugkeerregeling.

Het hof oordeelt als volgt. SGD betoogt dat de terugkeerregeling een met dwingend recht strijdige bepaling is en derhalve nietig is. Dit betoog van SGD kan geen doel treffen omdat, indien een dwingende wettelijke bepaling uitsluitend strekt ter bescherming van de belangen van een der partijen, de daarmee strijdige rechtshandeling volgens artikel 3:40 lid 2 BW niet nietig is maar slechts vernietigbaar. De bevoegdheid om die vernietiging in te roepen komt dan uitsluitend aan die partij toe. In aanmerking genomen dat de artikelen 7:662 en verder BW voortvloeien uit Europese richtlijnen ter bescherming van de positie van werknemers, moet worden aangenomen dat in het onderhavige geval overeenkomstig artikel 3:40 lid 2 BW sprake is van vernietigbaarheid uitsluitend ingevolge een beroep daarop van de werknemers (zie in

vergelijkbare zin: HR 24 september 1999, NJ 1999/737). Dit betekent dat SGD zich in het onderhavige geval niet op nietigheid van de terugkeerregeling kan beroepen. Het voorgaande brengt met zich dat werknemer een voorschot op zijn schadevergoeding krijgt van € 134.400 (over een periode van 24 maanden).

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 18-03-2014

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2014:764

Zaaknummer: HD 200.133.571/01

Rechters: C.M. Aarts, M.G.W.M. Stienissen en I.B.N. Keizer

Advocaten: P. de Boer en J.A.J. van de Wouw

Wetsartikelen: 7:662 BW en 3:40 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Semiconductor Ideas To The Market (ITOM) B.V.

Geen sprake van uitwisselbare functies; functies qua inhoud en benodigde kennis niet nagenoeg vergelijkbaar en gelijkwaardig. Bewijslast bij ontbreken functieomschrijvingen.

(Hoewel afwijkende zaaknummer, lijkt dit het vervolg op AR 2013-0111.) Bij dat tussenarrest van 5 februari 2013 is aan werknemer bewijs opgedragen van zijn stelling dat sprake is van onderlinge uitwisselbaarheid van de functies van werknemer en collega 1. Daarbij is aangegeven dat werknemer onder meer zal hebben te bewijzen dat collega 1 en hij zich beiden bezighielden met unix-server-clientsystemen met één of meer Cadence- applicaties en in welke mate, en dat aandacht zal moeten worden besteed aan de vraag of en in welke mate werknemer en collega 1 zich bezighielden met BiCMOS-technologie en/of CMOS-technologie, en of en in welke mate zij zich bezighielden met io-ringwerkzaamheden.

Het hof oordeelt als volgt. Uit de getuigenverklaringen komt het volgende beeld naar voren. Werknemer deed digitaal ontwerp; collega 1 niet. Werknemer deed lay-outwerk voor 80% van zijn tijd, voornamelijk voor Sanyo, maar ook voor ST. Collega 1 deed voor 50% van zijn tijd lay-outwerk voor Sanyo (voornamelijk BiCMOS) en ST (voornamelijk CMOS). Werknemer deed digitale lay-out en laagfrequente analoge lay-out. Collega 1 deed voornamelijk hoogfrequente analoge lay-out. Collega 1 verzorgde het systeembeheer voor Sanyo (voornamelijk in BiCMOS) en ST (voornamelijk in CMOS). Werknemer deed ook een deel van het beheer van Sanyo. Op grond van een en ander komt het hof tot de conclusie dat de feitelijke inhoud en aard en complexiteit van de werkzaamheden van werknemer en collega 1 in zodanige mate verschilden, dat geen sprake is van onderlinge uitwisselbaarheid van de functies van werknemer en collega 1 voorafgaand aan het ontslag van werknemer. Niet gezegd kan worden dat de functies qua inhoud en benodigde kennis nagenoeg vergelijkbaar en gelijkwaardig zijn. In de functie van collega 1 (waarmee werknemer zich wenst te vergelijken) komen immers meerdere elementen voor die in moeilijkheidsgraad of in kennis van systemen een duidelijk steviger predicaat kennen, zij het dat dit onverlet laat dat een deel van die werkzaamheden in zwaarte aan elkaar gelijk is te achten. Voor het hanteren van een overdrachtsperiode door het

UWV was in dit verband geen aanleiding.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 18-03-2014

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2014:736

Zaaknummer: HD 200.077.313/01

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

Advocaten: J.A.Th.M. van Zinnicq Bergmann en S. Wouters

Wetsartikelen: 7:681 BW

RECHTSPRAAK

X Accountants NV/werkneemster

Terugbetaling van € 16.880 studiekosten bij niet verlengen tijdelijke arbeidsovereenkomst is niet in strijd met het goed werkgeverschap. Indien toezegging is gedaan tot verlenging, zou mogelijk wel sprake zijn van slecht werkgeverschap. E-mail aan collega's waarin vlaai bij de koffie wordt beloofd wegens verlenging, levert onvoldoende bewijs van verlening op.

Werkneemster is op 1 april 2010 in dienst getreden van X Accountants voor bepaalde tijd (tot 1 oktober 2010). Er was reeds sprake van een studieschuld die X Accountants heeft overgenomen. Werkneemster stelt zich op het standpunt dat door X Accountants toezeggingen zijn gedaan dat haar arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd zou worden verlengd. Nu dit niet heeft plaatsgevonden en X Accountants ook nog eens volledige terugbetaling van de studiekosten (€ 16.880,80: € 12.466,19 aan studiekosten die aan de vorige werkgever van werkneemster zijn betaald en € 4.414,61 aan studiekosten die X Accountants rechtstreeks aan derden heeft voldaan) vordert, meent werkneemster dat sprake is van schending van het goed werkgeverschap. Het hof heeft bij tussenarrest geoordeeld dat indien feiten inderdaad overeenkomstig het beeld van werkneemster hebben plaatsgevonden, nakoming van het studiekostenbeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn.

Het hof oordeelt thans als volgt. Werkneemster heeft enkel zelf een verklaring afgelegd gesteund door diverse e-mails waarin zij aan collega's meldt dat haar contract is verlengd en er om die reden 'vlaai' bij de koffie staat. X Accountants betwist dit. Bij deze stand van zaken waarbij twee getuigen precies het tegenovergestelde beweren en niet kan worden aangenomen dat het ene verhaal geloofwaardiger is dan het andere verhaal, moet worden geoordeeld dat werkneemster niet is geslaagd in haar bewijs.

Het hof stelt voorop dat het in deze zaak voor het overgrote deel van het gehele teruggevorderde bedrag gaat om een studiekostenvergoeding en niet om een terugvordering van loon. Dit geldt allereerst voor de 'oude' studieschuld. Voor zover al in de door X

Accountants aan Nagtzaam (zijnde de vorige werkgever) betaalde € 12.466,19 een looncomponent zou zitten, betreft dat in ieder geval niet bij X Accountants door werknemster verdiend loon. Van de (nieuwe) studieschuld ad € 4.422,61 is (slechts) een bedrag groot € 1.314,45 op verrekening van loon met studie-uren gebaseerd. Naar het oordeel van het hof kan voor de beoordeling van de vraag of sprake is van strijd met de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag slechts dat laatste bedrag in aanmerking worden genomen. In dat geval komt werknemster niet onder de grens van het minimumloon, zodat het verweer om die reden niet opgaat. Ook aan het gegeven dat het totale bedrag zwaarder drukt op werknemster dan op X Accountants kan naar het oordeel van het hof, onder de omstandigheden van deze zaak, niet de consequentie worden verbonden dat het reeds om die reden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn dat X Accountants het gehele bedrag terugvordert zonder enige kwijtschelding. Hierbij spelen in het bijzonder een rol dat sprake was van een overeenkomst van bepaalde tijd, voor de vrij korte duur van een halfjaar, en dat de afspraken tussen partijen voor de situatie na ommekomst van dat halfjaar en beëindiging van rechtswege uitdrukkelijk waren overeengekomen, terwijl ook op het moment van overeenkomen voldoende duidelijk moet zijn geweest dat de schuld op werknemster zwaarder zou drukken dan op X Accountants. Het hof oordeelt dat X Accountants niet handelt in strijd met goed werkgeverschap door niet (gedeeltelijk) kwijt te schelden.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 18-03-2014

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2014:739

Zaaknummer: HD 200.096.067/01

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

Advocaten: J.J.H.S. Thomassen en N.V.T. Cremers

Wetsartikelen: 7:667 BW en 7:611 BW

RECHTSPRAAK

Z/A (Ierland)

Wensmoeder die wegens een zeldzame aandoening zelf geen kinderen kan krijgen, maar via draagmoederschap moeder wordt van een eigen genetisch kind, heeft geen recht op bevallingsverlof of adoptieverlof volgens de richtlijn. Geen ongelijke behandeling op grond van geslacht evenmin op grond van ‘handicap’ nu de belemmering tot het werk ontbreekt.

(Zie ook de conclusie van de A-G onder AR 2013-0763 en AR 2014-0284.) Z is een onderwijzeres in dienst van een overheidsorgaan. Zij lijdt aan een zeldzame aandoening die tot gevolg heeft dat zij, hoewel zij gezonde eierstokken heeft en voor het overige vruchtbaar is, geen baarmoeder heeft en niet in staat is een zwangerschap uit te dragen. In april 2010 is ingevolge een draagmoederschapsovereenkomst een kind geboren. Het kind is het genetisch kind van het echtpaar en de draagmoeder wordt niet vermeld. De arbeidsvoorwaarden van Z omvatten een recht op betaald adoptie- en zwangerschapsverlof. Noch in het Ierse recht noch in de arbeidsovereenkomst van Z is uitdrukkelijk voorzien in verlof in verband met de geboorte van een kind ingevolge een draagmoederschapsovereenkomst. Gedurende de zwangerschap van de draagmoeder heeft Z echter een aanvraag voor adoptieverlof ingediend. Nadat haar betaald verlof was geweigerd en alleen onbetaald ouderschapsverlof was aangeboden, heeft Z bij het Equality Tribunal een klacht ingediend. Zij heeft aangevoerd dat zij op grond van geslacht, gezinssituatie en handicap is gediscrimineerd.

Het Hof van Justitie oordeelt als volgt. Met zijn eerste en tweede vraag, die samen moeten worden onderzocht, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of Richtlijn 2006/54, in het bijzonder de artikelen 4 en 14 daarvan, aldus moet worden uitgelegd dat sprake is van discriminatie op grond van geslacht wanneer aan een werkneemster die als wensmoeder een kind heeft gekregen dankzij een draagmoederschapsovereenkomst geen aan zwangerschaps- en bevallingsverlof of adoptieverlof gelijkwaardig betaald verlof wordt toegekend, en, zo nee, of die richtlijn in overeenstemming is met artikel 3 VEU, de artikelen 8 VWEU en 157 VWEU en de artikelen 21, 23, 33 en 34 van het Handvest. Zoals de advocaat-generaal heeft opgemerkt

in punt 63 van zijn conclusie wordt een wensvader van een door middel van draagmoederschap geboren kind op basis van de nationale wettelijke regeling die van toepassing is op een geval zoals dat in het hoofdgeding, op dezelfde wijze behandeld als een wensmoeder in een vergelijkbare situatie: hij heeft evenmin recht op betaald verlof dat gelijkwaardig is aan bevallingsverlof. Daaruit volgt dat de weigering jegens Z niet berust op een reden die uitsluitend geldt voor werknemers van een van beide geslachten. Er is derhalve geen sprake van discriminatie. Het adoptieverlof aan een wensmoeder valt niet binnen de werkingssfeer van de richtlijn.

Met zijn derde tot en met zesde vraag, die samen moeten worden onderzocht, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of Richtlijn 2000/78, in voorkomend geval uitgelegd tegen de achtergrond van het VN-Verdrag, aldus moet worden begrepen dat sprake is van discriminatie op grond van handicap wanneer aan een werkneemster die geen kinderen kan krijgen en een beroep heeft gedaan op draagmoederschap geen aan zwangerschaps- en bevallingsverlof of adoptieverlof gelijkwaardig betaald verlof wordt toegekend, en zo nee, of die richtlijn in overeenstemming is met artikel 10 VWEU, de artikelen 21, 26 en 34 van het Handvest en het VN-Verdrag. Richtlijn 2000/78 definieert het begrip 'handicap' niet. Volgens artikel 216 lid 2 VWEU zijn de door de Unie gesloten internationale overeenkomsten verbindend voor de instellingen van de Unie en zijn zij bijgevolg van hogere rang dan de handelingen van de Unie (arresten van 21 december 2011, C-366/10 (*Air Transport of America* e.a.), Jur. p. I-13755, punt 50, en 11 april 2013, C-335/11 en C-337/11 (*HK Danmark*)). Om die reden heeft het Hof na de ratificatie van het VN-Verdrag door de Unie geoordeeld dat het begrip 'handicap' in de zin van Richtlijn 2000/78 moet worden opgevat als een beperking die met name het gevolg is van langdurige lichamelijke, geestelijke of psychische aandoeningen die in wisselwerking met diverse drempels de betrokkene kunnen beletten volledig, daadwerkelijk en op voet van gelijkheid met andere werknemers aan het beroepsleven deel te nemen. Zoals de advocaat-generaal heeft opgemerkt belet de onmogelijkheid om op gebruikelijke wijze een kind te krijgen op zich een wensmoeder in beginsel niet om toegang te hebben tot arbeid, te werken of carrière te maken. In casu blijkt niet uit de verwijzingsbeslissing dat Z's aandoening op zich haar heeft belet te werken of heeft belemmerd in de uitoefening van haar beroepsactiviteit. In die omstandigheden zij vastgesteld dat Z's aandoening geen 'handicap' in de zin van Richtlijn 2000/78 is en deze richtlijn, in het bijzonder artikel 5, dus niet van toepassing is op een geval zoals dat in het hoofdgeding. De omstandigheid dat de wensmoeder sinds de geboorte zorg draagt voor het kind, zoals is vermeld in de derde vraag, doet niet af aan die vaststelling.

Over de toetsing van de richtlijn aan het verdrag merkt het Hof het volgende op. De geldigheid van die richtlijn kan niet worden getoetst aan het Verdrag van de Verenigde Naties inzake de

rechten van personen met een handicap, maar die richtlijn moet zo veel mogelijk in overeenstemming met dat verdrag worden uitgelegd.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 18-03-2014

Zaaknummer: C-363/12

RECHTSPRAAK

Booking.com B.V./werknemer

Concurrentiebeding met wereldwijde gelding in onlinehotelboekingsbranche, is niet onnodig ruim geformuleerd. Belangenafweging valt in voordeel van Booking.com uit.

Werknemer is voor onbepaalde tijd in dienst van Booking.com (hierna: Booking). In zijn arbeidsovereenkomst is een concurrentie- en geheimhoudingsbeding opgenomen. Werknemer heeft zijn arbeidsovereenkomst opgezegd. Booking vordert werknemer te verbieden om in dienst te treden bij X, omdat hiermee sprake is van schending van het concurrentiebeding. X is voor de Latijns-Amerikaanse markt een van de belangrijkste, zo niet de belangrijkste, concurrent van Booking. Werknemer heeft aangevoerd dat het concurrentiebeding hem te veel in zijn mogelijkheden beperkt. Het beding heeft een wereldwijde gelding en geldt voor een veelheid van bedrijven.

De kantonrechter oordeelt als volgt. X is een concurrent die binnen het bereik van het concurrentiebeding valt. De omstandigheid dat het concurrentiebeding wereldwijd geldt, is niet onnodig ruim: Booking heeft onbetwist gesteld dat het online boeken van hotels vanaf iedere plek op de wereld kan gebeuren. Het concurrentiebeding beperkt werknemer ook niet onredelijk in zijn vrijheid om elders te gaan werken. Het is werknemer toegestaan voor ieder bedrijf te gaan werken, tenzij dit bedrijf concurrerend is met Booking. Zoals Booking ter zitting onweersproken heeft gesteld: daarmee is het werknemer slechts niet toegestaan voor een ander onlinehotelboekingsbedrijf te gaan werken. De kantonrechter begrijpt dit aldus dat Booking het niet onder het concurrentiebeding acht wanneer werknemer voor een ander onlineboekingsbedrijf (bijvoorbeeld Ahold) gaat werken. Weliswaar kan werknemer zijn positie bij X sterk verbeteren, maar niet uitgesloten is dat het aanbod van X aan werknemer mede is ingegeven door het door X daarmee inkopen van de specifieke kennis, onder andere omtrent het bereiken van hoge posities bij zoekmachines, die werknemer bij Booking heeft verworven. Het belang van Booking bij handhaving van het concurrentiebeding weegt zwaarder dan dat van werknemer bij matiging of schorsing daarvan. Het wordt werknemer verboden tijdens de duur van het concurrentiebeding, van 1 maart 2014 tot 1 maart 2015, in dienst te treden van X.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 07-03-2014

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2014:1404

Zaaknummer: 2832624 \ KK EXPL 14-373

Rechters: G.C. Boot

Advocaten: M.W. Koole en R.A.C.G. Martens

Wetsartikelen: 7:653 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Farmex Milieutechniek B.V.

***Aandelentransactie leidt niet tot overgang van onderneming.
Opzegging arbeidsovereenkomst wegens bedrijfseconomische redenen
is niet in strijd met opzegverbod.***

Werknemer is in de functie van bedrijfsleider in dienst van Farmex. Op 18 september 2013 heeft Lago Beheer met terugwerkende kracht tot 1 januari 2013 alle aandelen van Farmex overgenomen. De arbeidsovereenkomst van werknemer is wegens bedrijfseconomische redenen opgezegd. Werknemer beroept zich op de vernietigbaarheid van de opzegging. Volgens hem is sprake van een overgang van onderneming en is het opzegverbod als bedoeld in artikel 7:670 lid 8 BW van toepassing.

De kantonrechter oordeelt als volgt. De noodzaak tot reorganisatie is voldoende komen vast te staan. Omdat de functie van werknemer een unieke functie is en gesteld noch gebleken is dat er voor werknemer binnen de organisatie een andere functie is, is Farmex niet gehouden werknemer weder te werk te stellen en dientengevolge tot betaling van het door hem gevorderde salaris over te gaan. Een overgang enkel als gevolg van een aandelentransactie, waarbij geen verandering optreedt in de persoon van de werkgever, is geen overgang in de zin van artikel 7:662 BW en de EG-richtlijn. Tussen partijen is niet in geschil dat een aandelenovername heeft plaatsgevonden en dat de werknemers van Farmex ook na 18 september 2013 werkzaamheden zijn blijven verrichten voor Farmex. Van een verandering in de persoon van de werkgever is geen sprake geweest. Gesteld noch gebleken is voorts dat er na de aandelenovername een wijziging in of onderbreking van de activiteiten van Farmex heeft plaatsgevonden en dat de aandelenovername consequenties heeft gehad voor de klantenkring van Farmex. Dat Farmex haar identiteit heeft verloren is evenmin gesteld of gebleken. Van een overgang van onderneming is voorlopig oordelend dan ook geen sprake. Dit betekent dat het opzegverbod als bedoeld in artikel 7:670 lid 8 BW niet van toepassing is. Volgt afwijzing van de vorderingen.

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 18-02-2014

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2014:1433

Zaaknummer: 2686877 \ CV EXPL 14-261

Rechters: J.E. Biesma

Advocaten: E.W. Kingma en J. Egberts

Wetsartikelen: 7:662 BW en 7:670 BW

RECHTSPRAAK

X/Y

Aannemer is op grond van artikel 7:658 lid 4 BW aansprakelijk voor schade zzp'er als gevolg van val van dak.

X is sinds 2000 werkzaam als zzp'er. Zijn werkzaamheden bestaan hoofdzakelijk uit metsel-, voeg- en stukadoorswerkzaamheden in de bouw. Tijdens werkzaamheden die X in opdracht van Y verrichte, is hem een ongeval overkomen. X, die samen met Y op het dak van de stal aan het werk was, is door het golfplaten dak gezakt en ongeveer vier meter lager op een betonnen roostervloer van de stal terechtgekomen. Daarbij heeft hij letsel aan zijn rechtersvoet opgelopen. De arbeidsinspectie heeft aan Y een boete opgelegd wegens overtreding van artikel 9 lid 1 van de Arbeidsomstandighedenwet. X stelt Y op grond van artikel 7:658 lid 4 BW aansprakelijk voor zijn schade.

De rechtbank oordeelt als volgt. Op grond van de parlementaire geschiedenis (Kamerstukken II 1997/98, 25263, 14, p. 6) en de rechtspraak (vgl. HR 23 maart 2012, RvdW 2012/447) is artikel 7:658 lid 4 BW van toepassing op de zzp'er. Uit de verklaring van Y volgt dat Y als aannemer zeggenschap had over X in die zin, dat Y bepaalde wat er wanneer gebeurde en dat Y instructies heeft gegeven over de wijze waarop de werkzaamheden moesten worden verricht. X was wat betreft zijn veiligheid (mede) afhankelijk van Y. Het verweer van Y dat hij niet de keuze had de werkzaamheden te laten verrichten door zijn eigen werknemers, omdat hij niet aan 'outsourcing' doet wordt verworpen. Y had er ook voor kunnen kiezen het onderhavige, tot zijn bedrijfsuitoefening behorende, werkzaamheden te laten uitvoeren door een via een uitzendbureau ingehuurd kracht. Gebleken is dat hij dat ook deed. Aan de toepassingsvoorwaarden van artikel 7:658 lid 4 BW is voldaan, zodat Y aansprakelijk is voor de door X geleden/te lijden schade. Voor zover Y nog heeft bedoeld op te werpen dat hij aan zijn zorgplicht heeft voldaan door X de voor het werk benodigde middelen en instructies te verschaffen, moet daaraan als onvoldoende toegelicht worden voorbijgegaan. Het enkel verschaffen van een ladder zonder enige instructie is als veiligheidsmiddel onvoldoende. Dat klemmt temeer omdat Y, zo heeft hij ter comparitie verklaard, ermee bekend was dat bij het werken op daken (in de nieuwbouw) altijd veiligheidsmaatregelen worden getroffen en Y zelf over aanlijnkoorden beschikt. Bovendien wist Y dat het golfplaten dak vervangen moest

worden omdat dit niet meer waterdicht was. In die situatie had Y moeten beseffen dat de dakplaten vermoedelijk in een slechte conditie zouden zijn en had hij zijn veiligheidsmaatregelen en instructies daarop moeten aanpassen. Van bewust roekeloos handelen door X is tot slot geen sprake.

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 12-02-2014

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2014:1966

Zaaknummer: C/05/244543 / HA ZA 13-389

Rechters: B.J. Engberts, M.P.C.J. van Bavel en S.C.P. Giesen

Advocaten: J.L. van Schoonhoven en J.J.H. Post

Wetsartikelen: 7:658 lid 4 BW

RECHTSPRAAK

X/werkneemster

Ontbinding arbeidsovereenkomst die is aangegaan in het kader van een fiscale constructie om een hoger netto-gezinsinkomen te genereren. Nu beide partijen voordeel van deze constructie hebben gehad en ‘werkneemster’ geen substantiële arbeid heeft verricht, wordt geen vergoeding toegekend.

Werkneemster is in dienst van X. Directeur en aandeelhouder van X is de heer Y, met wie werkneemster is gehuwd. Y en werkneemster zijn verwickeld in een echtscheiding. X verzoekt ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Zij stelt daartoe dat tussen partijen dusdanige spanningen zijn ontstaan dat een vruchtbare samenwerking niet meer mogelijk is.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Tussen partijen is niet in geschil dat tussen hen een arbeidsovereenkomst bestaat. Gebleken is dat de arbeidsovereenkomst is aangegaan in het kader van een fiscale constructie, teneinde een hoger nettogezinsinkomen voor partijen te genereren. Werkneemster verrichtte voornamelijk werkzaamheden om het gezin draaiende te houden, zodat Y zich volledig kon wijden aan het opbouwen en uitbouwen van het familiebedrijf. Inherent aan deze constructie is dat de door partijen geschetste verstoring in de persoonlijke relatie tussen werkneemster en Y een verandering in de omstandigheden oplevert die maakt dat voortzetting van de arbeidsovereenkomst niet meer tot de mogelijkheden behoort. Het ontbindingsverzoek wordt toegewezen. Aan werkneemster wordt geen vergoeding toegekend. In aanmerking wordt genomen dat zowel Y als werkneemster door de jaren heen voordeel hebben gehad van de constructie, als gevolg waarvan zij immers gezamenlijk een hoger netto besteedbaar gezinsinkomen genereerden. Bovendien stond en staat tegenover het inkomen geen substantiële arbeid. Dat werkneemster de zorg voor het gezin op zich heeft genomen, maakt dat niet anders. Die zorg is inherent aan het ouderschap en de afspraken die zij daarover met Y heeft gemaakt, maar is geen taak die uit hoofde van de arbeidsovereenkomst wordt uitgeoefend. De omstandigheid dat partijen thans nog geen overeenstemming hebben bereikt omtrent eventuele (toekomstige) alimentatieverplichtingen, doet hieraan evenmin iets af. Voor de vaststelling daarvan dienen partijen andere wegen te bewandelen.

Instantie: Rechtbank Zeeland-West-Brabant

Datum uitspraak: 25-08-2013

ECLI: ECLI:NL:RBZWB:2013:10281

Zaaknummer: 2128065 / 13-2403

Rechters: J.A. van Voorthuizen

Advocaten: V.M.C. Verhaegen en J.F. Dominicus

Wetsartikelen: 7:685 BW

RECHTSPRAAK

werknemer c.s./Timmerman Transporten Staphorst B.V.

Vrachtwagenchauffeur overkomt bedrijfsongeval tijdens het 's nachts lossen van lading, als gevolg waarvan zijn onderbeen geamputeerd is. Gebruik heftruck kan werknemer niet worden verweten. Werkgeefster heeft pas na het ongeval maatregelen genomen en is aansprakelijk.

Werknemer is voor bepaalde tijd in dienst geweest van TTS als vrachtwagenchauffeur. Tijdens het 's nachts lossen is de lading, een machine van circa 800 kg, op het rechteronderbeen van werknemer terechtgekomen, als gevolg waarvan een amputatie van het rechteronderbeen uiteindelijk noodzakelijk is gebleken. Werknemer stelt TTS aansprakelijk voor zijn schade. TTS voert aan dat zij aan haar zorgplicht heeft voldaan.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Anders dan TTS veronderstelt, betekent het enkele feit dat de arbeidsinspectie tot het oordeel is gekomen dat er in dit geval geen sprake is geweest van een relevante overtreding van de Arbeidsomstandighedenwet nog niet dat zij aan haar zorgplicht heeft voldaan (vgl. Hof Leeuwarden 14 mei 2008, ECLI:NL:GHLEE:2008:BD2312). Het laden en lossen van een vrachtwagen maakte deel uit van de gebruikelijke werkzaamheden van een chauffeur van TTS. In de nacht was er geen loodsmedewerker aanwezig die de loswerkzaamheden kon uitvoeren, zodat de chauffeur dan op zichzelf was aangewezen en de vrachtwagen alleen en zonder hulp diende te lossen. TTS stelt wel met een beroep op het huishoudelijk reglement dat werknemer in strijd heeft gehandeld met een 'duidelijke werkinstructie' om 'samen of met een van de loodsmedewerkers' te lossen, maar die instructie is zonder meer onvoldoende om te concluderen dat aan de ruime en vergaande zorgplicht is voldaan. TTS heeft aangevoerd dat werknemer zonder geldige reden voor het lossen van de machine de vorkheftruck heeft gebruikt, dat werknemer niet in het bezit is van een heftruckcertificaat en ook geen toestemming had om de heftruck te gebruiken. TTS heeft bij conclusie van antwoord echter aangevoerd dat werknemer ervaring had met heftrucks, waaruit bezwaarlijk een andere conclusie kan volgen dan dat zij wist dat werknemer in voorkomende gevallen ook gebruik zou kunnen maken van een heftruck. TTS heeft na het ongeval maatregelen genomen: de nachtchauffeurs hoeven niet meer zelf te lossen en het personeel dient te beschikken over een heftruckcertificaat. Deze nadien getroffen maatregelen

geven de kantonrechter een aanwijzing dat zulks al voor het ongeval mogelijk en noodzakelijk was. In het kader van haar zorgplicht had TSS meer maatregelen moeten nemen om, indachtig de mogelijkheid van (een moment van) vermoeidheid, onachtzaamheid en/of onoplettendheid van een chauffeur bij het einde van zijn nachtdienst bij het gebruik van de vorkheftruck, het omvallen van topzware lading te voorkomen dan wel ter voorkoming van letsel door het omvallen van zulke topzware lading. Er is voldoende reden om aan te nemen dat er sprake is van causaal verband tussen het ongeval en de schending van de zorgplicht. Maatregelen als (veiligheids)instructies en adequaat toezicht op naleving daarvan strekken er immers mede toe om ongevallen als deze te voorkomen. Onaannemelijk is de stelling van TTS dat het niet nakomen van haar zorgplicht niet aan het ongeval heeft bijgedragen. TTS is aansprakelijk voor de schade als gevolg van het bedrijfsongeval.

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 16-07-2013

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2013:4559

Zaaknummer: 607080 CV 12-2704

Rechters: W.F. Boele

Advocaten: E. Boersma en L. Schuurs

Wetsartikelen: 7:658 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Stichting Pensioenfonds ECI (in liquidatie)

Verzet voormalig werknemer ECI tegen rekening en verantwoording van vereffening pensioenfonds in liquidatie. Of een onvoorwaardelijke aanspraak op extra ouderdomspensioen is ontstaan, dient in dagvaardingsprocedure te worden beoordeeld.

Werknemer is in dienst geweest van The House of Books B.V., een ECI-vennootschap. Hij heeft pensioen opgebouwd bij het pensioenfonds. Op 31 december 2006 zijn de rechten die werknemer voordien op grond van het VUT-reglement van zijn toenmalige werkgever had, ten gevolge van de inwerkingtreding van de Wet aanpassing fiscale behandeling VUT/prepensioen en introductie levensloopregeling (Wet VPL), komen te vervallen. Er is een overgangsregeling opgesteld, die van toepassing is op werknemer. Ingevolge de Overgangsregeling ECI heeft werknemer een voorwaardelijke aanspraak verkregen op extra ouderdomspensioen. Aan de arbeidsovereenkomst van werknemer is op 31 mei 2011 ten gevolge van een reorganisatie een einde gekomen. ECI heeft aan werknemer het recht op extra ouderdomspensioen ingevolge de Overgangsregeling ECI toegekend. ECI heeft nagelaten de VPL-aanspraken van werknemer te financieren door de daarvoor benodigde gelden, ter hoogte van ongeveer € 935.000, te voldoen aan het pensioenfonds. Het bestuur van het pensioenfonds heeft besloten tot opheffing van het fonds. Het pensioenfonds is ontbonden en verkeert thans in liquidatie. Op 9 januari 2014 zijn ECI Nederland B.V. en ECI Holding B.V. failliet verklaard. Werknemer stelt zich op het standpunt dat de vereffenaars van het pensioenfonds zijn VPL-aanspraak ten onrechte niet heeft gehonoreerd en dat met die aanspraak bij de rekening en verantwoording van vereffening en bij het plan van verdeling ten onrechte geen rekening is gehouden. Zijn recht op extra ouderdomspensioen is een onvoorwaardelijke aanspraak geworden, doordat hem bij de beëindiging van zijn arbeidsovereenkomst op grond van de Overgangsregeling ECI een VPL-aanspraak is toegekend, doordat deze aanspraak is opgenomen in het initiële beëindigingsbericht van het pensioenfonds en omdat de benodigde financiering heeft plaatsgevonden doordat het pensioenfonds de aanspraken uit de eigen middelen heeft gefinancierd.

De rechtbank oordeelt als volgt. Deze verzoekschriftprocedure betreft het verzet dat

werknemer ingevolge artikel 2:23b BW heeft gedaan tegen de rekening en verantwoording van vereffening die, en het plan van verdeling dat, het bestuur in de hoedanigheid van vereffenaars van het pensioenfonds in liquidatie heeft opgesteld. Werknemer is tijdig in verzet gekomen. Bij de vereffening en verdeling van het vermogen van het pensioenfonds hebben de vereffenaars zich mede te richten naar het bepaalde in de Overgangsregeling ECI. Met de belangen van de gewezen werknemers van de aangesloten ondernemingen aan wie op grond van die regeling door hun toenmalige werkgever een toezegging is gedaan, onder wie werknemer, dient in dat verband rekening te worden gehouden. In deze verzetprocedure kan niet worden vastgesteld wie van partijen in het geschil over hun VPL-aanspraken het gelijk aan zijn zijde heeft. Het is in de door werknemer aanhangig te maken dagvaardingsprocedure dat zal moeten worden beslist of zijn VPL-aanspraken, ook nu financiering door ECI ontbreekt, een onvoorwaardelijk karakter hebben gekregen – zoals werknemer betoogt – of dat die aanspraken een voorwaardelijk karakter hebben behouden omdat ECI geen koopsom heeft gestort, zoals het pensioenfonds meent. Welk rechtsgevolg de vaststellingsovereenkomst heeft die werknemer op 14 november 2013 met zijn voormalig werkgever heeft gesloten, zal evenzeer in bedoelde dagvaardingsprocedure moeten worden beslist. Het verzet wordt gegrond verklaard.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 18-03-2014

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2014:1059

Zaaknummer: 358425 HA RK 13-327

Rechters: H.M.M. Steenberghe

Advocaten: M.D. Vis en E. Lutjens

Wetsartikelen: 2:23b BW

RECHTSPRAAK

X c.s./Stichting Pensioenfonds ECI (in liquidatie)

Verzet voormalig werknemers ECI tegen rekening en verantwoording van vereffening pensioenfonds in liquidatie. Of een onvoorwaardelijke aanspraak op extra ouderdomspensioen is ontstaan, dient in dagvaardingsprocedure te worden beoordeeld.

X c.s. zijn in dienst geweest van een ECI-vennootschap. Zij hebben pensioen opgebouwd bij het pensioenfonds. Op 31 december 2006 zijn de rechten die X c.s. voordien op grond van het VUT-reglement van hun toenmalige werkgevers hadden, ten gevolge van de inwerkingtreding van de Wet aanpassing fiscale behandeling VUT/prepensioen en introductie levensloopregeling (Wet VPL), komen te vervallen. Er is een overgangsregeling opgesteld, die van toepassing is op X c.s. Ingevolge de Overgangsregeling ECI hebben X c.s. een voorwaardelijke aanspraak verkregen op extra ouderdomspensioen. Aan de arbeidsovereenkomsten van de werknemers is op 31 mei 2011 ten gevolge van een reorganisatie een einde gekomen. ECI heeft aan X c.s. het recht op extra ouderdomspensioen ingevolge de Overgangsregeling ECI toegekend. ECI heeft nagelaten de VPL-aanspraken van X c.s. te financieren door de daarvoor benodigde gelden, ter hoogte van ongeveer € 935.000, te voldoen aan het pensioenfonds. Het bestuur van het pensioenfonds heeft besloten tot opheffing van het fonds. Het pensioenfonds is ontbonden en verkeert thans in liquidatie. Op 9 januari 2014 zijn ECI Nederland B.V. en ECI Holding B.V. failliet verklaard. X c.s. stellen zich op het standpunt dat de vereffenaars van het pensioenfonds hun VPL-aanspraak ten onrechte niet hebben gehonoreerd en dat met die aanspraak bij de rekening en verantwoording van vereffening en bij het plan van verdeling ten onrechte geen rekening is gehouden. Hun recht op extra ouderdomspensioen is een onvoorwaardelijke aanspraak geworden, doordat hen bij de beëindiging van hun arbeidsovereenkomst op grond van de Overgangsregeling ECI een VPL-aanspraak is toegekend, doordat deze aanspraak is opgenomen in het initiële beëindigingsbericht van het pensioenfonds en omdat de benodigde financiering heeft plaatsgevonden doordat het pensioenfonds de aanspraken uit de eigen middelen heeft gefinancierd.

De rechtbank oordeelt als volgt. Deze verzoekschriftprocedure betreft het verzet dat X c.s.

ingevolge artikel 2:23b BW hebben gedaan tegen de rekening en verantwoording van vereffening die, en het plan van verdeling dat, het bestuur in de hoedanigheid van vereffenaars van het pensioenfonds in liquidatie heeft opgesteld. Niet (langer) in geschil is dat X c.s. tijdig in verzet zijn gekomen. Bij de vereffening en verdeling van het vermogen van het pensioenfonds hebben de vereffenaars zich mede te richten naar het bepaalde in de Overgangsregeling ECI. Met de belangen van de gewezen werknemers van de aangesloten ondernemingen aan wie op grond van die regeling door hun toenmalige werkgever een toezegging is gedaan, onder wie X c.s., dient in dat verband rekening te worden gehouden. Anders dan X c.s. menen, zal in deze verzetprocedure niet kunnen worden vastgesteld wie van partijen in het geschil over hun VPL-aanspraken het gelijk aan zijn zijde heeft. Het is in de door X c.s. aanhangig gemaakte dagvaardingsprocedure dat zal moeten worden beslist of hun VPL-aanspraken, ook nu financiering door ECI ontbreekt, een onvoorwaardelijk karakter hebben gekregen – zoals X c.s. betogen – of dat die aanspraken een voorwaardelijk karakter hebben behouden omdat ECI geen koopsom heeft gestort, zoals het pensioenfonds meent. Het verzet wordt gegrond verklaard.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 18-03-2014

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2014:1055

Zaaknummer: 358429 HA RK 13-328

Rechters: H.M.M. Steenberghe

Advocaten: S. Boer-Koeberg en E. Lutjens

Wetsartikelen: 2:23b BW

RECHTSPRAAK

Aviapartner Cargo B.V./FNV Bondgenoten

Oproepen tot collectieve acties bij vrachtafhandelaar Aviapartner op Schiphol is niet onrechtmatig. Belangengeschil ex artikel 6 lid 4 ESH. Geen misbruik van recht.

Aviapartner houdt zich bezig met het laden en lossen van vrachtvliegtuigen en het ten behoeve van import en export opslaan en verplaatsen van vracht op de luchthaven Schiphol. Eind 2012 en begin 2013 hebben Aviapartner, FNV Bondgenoten en De Unie onderhandeld over een nieuwe cao. Aviapartner en FNV Bondgenoten hebben daarover geen overeenstemming bereikt. Met alleen De Unie heeft Aviapartner een cao afgesloten, en wel voor de periode van 1 oktober 2012 tot en met 31 december 2013. Deze cao is op en na 1 januari 2014 stilzwijgend verlengd. FNV Bondgenoten heeft in november 2013 na een ledenraadpleging voorstellen gedaan voor een nieuwe cao, waaronder een looneis van 3%. In het overleg van 24 februari 2014 heeft Aviapartner haar bedrijfseconomische positie uiteengezet. Zij stelde zich op het standpunt dat er onder de gegeven omstandigheden niet kan worden ingestemd met de voorstellen van FNV Bondgenoten, omdat er geen ruimte is voor een nieuwe cao die ertoe leidt dat de personeelskosten stijgen. Bij brief van 14 maart 2014 heeft FNV Bondgenoten aan Aviapartner een 'ultimatum' gesteld dat op 16 maart 2014 om 23:00 uur is afgelopen zonder dat Aviapartner zich tot verder overleg over een met FNV Bondgenoten af te sluiten cao voor het kalenderjaar 2014 bereid heeft verklaard. Aviapartner vordert in dit kort geding FNV Bondgenoten te verbieden haar leden op te roepen tot het houden van werkstakingen en/of andere vormen van collectieve acties, zoals door FNV Bondgenoten is aangekondigd. Volgens Aviapartner is geen sprake van een belangengeschil in de zin van artikel 6 lid 4 ESH.

De voorzieningenrechter oordeelt als volgt. Aviapartner heeft betoogd dat FNV Bondgenoten niet tot collectieve acties mag oproepen, omdat nog in het geheel geen onderhandelingen over een nieuwe cao zijn gevoerd. Dit betoog wordt niet gevolgd. Bij e-mail van 15 januari 2014 heeft de heer X er namens Aviapartner mee ingestemd om 'Cao onderhandeling(en)' te voeren, waarvoor uiteindelijk de data van 24 februari en 7 maart 2014 zijn vastgelegd. Deze reactie van Aviapartner heeft FNV Bondgenoten redelijkerwijs aldus mogen opvatten dat

Aviapartner met haar het overleg over een nieuwe cao wenste te voeren. Aviapartner kon nadien niet eenzijdig het karakter van het geplande overleg wijzigen. Aviapartner heeft ook bij brief van 12 maart 2014 (waarin het standpunt werd ingenomen dat van cao-onderhandelingen geen sprake was geweest) nog laten weten een cao, waarbij behalve De Unie ook FNV Bondgenoten weer partij is, toe te juichen. Kennelijk zat voor haar de pijn – enkel – in de verzwarende van de personeelskosten die van een nieuwe cao mogelijk het gevolg zou zijn. Aan het voorgaande doet niet af dat Aviapartner jegens De Unie gebonden was aan de voortgezette CAO 2012-2013. Uit het feit dat De Unie de CAO 2012-2013 aan haar niet had opgezegd, heeft Aviapartner niet de gevolgtrekking kunnen verbinden dat zij door deze vakbond aan die cao zou worden gehouden en dat het haar niet vrij stond – (ook) met FNV Bondgenoten – een nieuwe cao af te sluiten die met terugwerkende kracht vanaf 1 januari 2014 voor een jaar zou gelden. Tussen Aviapartner en FNV Bondgenoten was, en is, sprake van een belangengeschil als bedoeld in artikel 6 lid 4 ESH. Bij het geschil over de vraag of de nieuwe cao het voortbestaan van de onderneming en de werkgelegenheid niet in gevaar brengt, gaat het immers bij uitstek om een geschil dat onderwerp kan zijn van collectieve onderhandelingen. Resterende vraag of FNV Bondgenoten door haar oproep tot collectieve acties misbruik van recht maakt. Nog afgezien van de vraag of voor een toetsing aan artikel 3:13 BW in een constellatie als de onderhavige plaats is – verdedigbaar is dat deze toets opgaat in de vraag naar de proportionaliteit van de inzet van het stakingswapen –, heeft Aviapartner onvoldoende gesteld om te kunnen concluderen dat hier van misbruik van recht sprake is. Volgt afwijzing van de vordering.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 17-03-2014

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2014:1052

Zaaknummer: 365025 KG ZA 14-184

Rechters: J.J.M. De Laat

Advocaten: P.Th. Sick en R.A. Severijn

Wetsartikelen: 6 lid 4 ESH en 3:13 BW

RECHTSPRAAK

AU Optronics B.V./Master Cleaners B.V.

Inlener heeft eigen verplichting tot naleving van de WAV en kan een wegens overtreding van de WAV opgelegde boete (in beginsel) niet verhalen op het uitzendbureau.

Master Cleaners is een gecertificeerd uitzendbureau voor schoonmaakpersoneel. AU Optronics neemt schoonmaakdiensten van haar af. De Inspectie SZW heeft geconstateerd dat Master Cleaners de Wet arbeid vreemdelingen (WAV) heeft overtreden. De overtreding betrof het tewerkstellen van X, die niet beschikte over de vereiste tewerkstellingsvergunning. X verrichtte haar schoonmaakwerkzaamheden onder meer bij AU Optronics. De Inspectie SZW heeft op 29 juli 2013 aan AU Optronics een boete opgelegd van € 7.500 wegens het niet naleven van de voorschriften van de WAV ten aanzien van X. AU Optronics vordert een schadevergoeding van € 7.500 van Master Cleaners. Gesteld wordt dat Master Cleaners toerekenbaar tekortgeschoten is in de nakoming van haar verplichtingen uit hoofde van de tussen partijen bestaande overeenkomst, doordat zij de schoonmaakwerkzaamheden heeft laten verrichten door een vreemdeling die niet beschikte over de vereiste tewerkstellingsvergunning.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Master Cleaners voert, terecht door AU Optronics niet bestreden, aan dat het systeem van de WAV meebrengt dat iedere werkgever in de keten verantwoordelijk is voor de juiste naleving van die wet. Dit geldt niet alleen voor Master Cleaners als formele werkgever, maar ook voor AU Optronics als degene ten behoeve van wie het werk wordt verricht. AU Optronics heeft op grond van de WAV dan ook een eigen verplichting om de identiteit van de door haar ingeleende werknemer te controleren en na te gaan of deze beschikt over de eventueel vereiste tewerkstellingsvergunning. Aan deze verplichting heeft AU Optronics niet voldaan. AU Optronics kan de opgelegde boete in beginsel niet 'doorbelasten' aan Master Cleaners. Dat partijen andersluidende afspraken hebben gemaakt of dat sprake is van bijzondere omstandigheden die dit anders maken, is niet gebleken. Volgt afwijzing van de vordering.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 04-03-2014

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2014:1375

Zaaknummer: 2352884\HA EXPL 13-1014

Rechters: W.M. de Vries

Advocaten: H.S. de Lint en M.W. Koole

Wetsartikelen: 6:74 BW, 2 Wav en 15 Wav

RECHTSPRAAK

FNV Bondgenoten/Vos Limburg B.V.

Vos Limburg is gehouden overgenomen werknemers in te schalen conform de CAO Goederenvervoer Nederland, met uitzondering van de werknemers die hiervan duidelijk en ondubbelzinnig afstand hebben gedaan.

Na het faillissement van Transportbedrijf Wilms heeft Vos Limburg deze onderneming per 18 juni 2012 voortgezet. Vos Limburg valt onder de CAO Goederenvervoer Nederland (hierna: cao). Circa veertig werknemers van Wilms zijn bij Vos Limburg in dienst getreden. Op deze dienstverbanden is de cao van toepassing. In de onderhavige procedure vordert FNV Bondgenoten Vos Limburg ten aanzien van de overgenomen werknemers te veroordelen tot naleving van artikel 17 van de cao door met terugwerkende kracht vanaf 18 juni 2012 over te gaan tot toepassing van de juiste loontrede. FNV Bondgenoten stelt dat de werknemers ten onrechte zijn ingeschaald op een lagere loontrede en sommige werknemers op twee lagere loontreden.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Vos Limburg dient, gegeven artikel 4 lid 13 cao dat de bewijslast van de nakoming van de cao bij de werkgever legt, te stellen en bij tegenspraak eventueel te bewijzen dat de inschaling in overeenstemming met artikel 17 cao correct heeft plaatsgevonden. Vos Limburg heeft onvoldoende aan haar stelplicht voldaan. De inschaling dient per werknemer met terugwerkende kracht tot de datum van indiensttreding te worden herzien. Dat geldt evenwel niet ten aanzien van de werknemers die bewust afstand hebben gedaan van hun recht op inschaling in de trede waarop zij destijds door Wilms waren ingeschaald (arrest HR 19 december 1997, r.o. 3.6, NJ 1998/403). Hoe zich dit verhoudt tot artikel 12 WCAO op grond waarvan elk, in strijd met de cao gemaakt beding – waartoe ook de overeengekomen te lage inschaling wordt gerekend – geconverteerd wordt in een met de cao overeenstemmend beding, maakt het arrest niet duidelijk. Artikel 7:902 BW biedt hier een aanknopingspunt, omdat dit artikel de mogelijkheid geeft om bij een vaststelling ter beëindiging van onzekerheid of geschil op vermogensrechtelijk gebied van dwingend recht af te wijken. Het moet, gegeven het arrest, wel gaan om werknemers die bewust van hun recht afstand hebben gedaan. De kantonrechter is van oordeel dat, toegespitst op de onderhavige

casus, aan de volgende voorwaarden moet zijn voldaan: (1) tussen de werknemer en Vos Limburg is een meningsverschil ontstaan over de inschaling en (2) de werknemer heeft vervolgens duidelijk en ondubbelzinnig afstand gedaan van zijn recht op de door hem gewenste inschaling. Drie ex-werknemers hebben de brief/verklaring van 18 augustus 2012 ondertekend waarin zij verzoeken om inschaling conform de cao. Ten tijde van de door hen (later) verleende finale kwijting waren zij zich van hun aanspraak op de inschaling dus bewust. Daarom worden zij geacht van hun recht op de hogere inschaling bewust afstand te hebben gedaan. Voor beantwoording van de vraag of ook andere werknemers afstand hebben gedaan is nader onderzoek en overleg tussen partijen noodzakelijk. Het ligt voor de hand dat FNV Bondgenoten in dezen het initiatief neemt.

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 04-03-2014

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2014:971

Zaaknummer: 2157889 CV EXPL 13 – 1453

Rechters: C.H. de Haan

Advocaten: R.A. Severijn en J.B. Vallenduik

Wetsartikelen: 17 CAO Goederenvervoer Nederland, 12 WCAO en 7:902 BW

RECHTSPRAAK

GVB Exploitatie B.V./werknemer

Trambestuurder GVB hangt voor de grap een speelgoedaap aan een strop voor de deur van de kamer van zijn leidinggevendenden, waarna ontslag op staande voet volgt. Reeds een week lang werden grappen gemaakt, terwijl niet is gewaarschuwd voor de consequenties. Afwijzing voorwaardelijk ontbindingsverzoek.

Werknemer is als trambestuurder in dienst van GVB. X heeft zijn functie als algemeen directeur bij GVB neergelegd. Onder leiding van X was eerder een veranderprogramma met de naam 'GVB Next' ingezet. Op 3 december 2013 is een pluche speelgoedaapje beland in de wachtruimte van de conducteurs, die de aap als grap hebben 'omgedoopt' tot algemeen directeur van GVB. Werknemer heeft een touwtje om zijn nek gedaan en een van zijn collega's heeft met pen op de buik van de aap het woord 'next' geschreven. Werknemer heeft de aap later opgehangen voor een van de deuren van de kamer van de leidinggevendenden. De aap hing met een touwtje om zijn nek aan een ventilatierooster in het plafond. Werknemer is vervolgens op staande voet ontslagen. In de ontslagbrief wordt vermeld dat het gedrag van werknemer grensoverschrijdend en gezagsondermijnend is geweest en dat sprake is geweest van een intimiderend en bedreigend effect. Werknemer heeft volgens GVB in strijd met de Gedragscode van GVB gehandeld. GVB verzoekt voorwaardelijke ontbinding.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Vast staat dat de aap de week voor het incident in de wachtruimte voor de conducteurs rondslingerde en al eerder was opgehangen aan een telefoondraad. Onweersproken is gebleven dat er grappen met de aap werden uitgehaald en dat het woord 'next' al op de buik was geschreven door een andere collega. De teammanager heeft vervolgens, toen zij er genoeg van had, de aap in een kast gelegd. Onbetwist is gebleven dat de teammanager de medewerkers niet heeft gezegd dat zij genoeg had van de grappenmakerij en dat er consequenties zouden zijn op het moment dat er met de aap opnieuw grappen werden uitgehaald. Het is voldoende aannemelijk geworden dat werknemer niet de intentie had iemand te kwetsen of met het ophangen van de aap daadwerkelijk iemand heeft willen bedreigen. Onder deze omstandigheden wordt geen dringende reden aanwezig geacht die zou moeten leiden tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Evenmin is komen

vast te staan dat de goede verstandhouding, noodzakelijk voor een verdere samenwerking tussen partijen, blijvend is komen te ontbreken. Daarbij speelt mee dat werknemer, zo heeft GVB niet weersproken, altijd goed met de teammanager heeft samengewerkt en dat zij een amicale band hadden. Werknemer heeft voorts toegegeven dat de grap onhandig was en dat hij thans inziet dat de grap niet gepast was. Hij heeft spijt betuigd en heeft zich bereid verklaard eventueel op een andere plaats binnen GVB werkzaamheden te verrichten, wanneer de teammanager niet meer met hem wenst te werken. Volgt afwijzing van het voorwaardelijk ontbindingsverzoek.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 03-03-2014

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2014:1403

Zaaknummer: EA 14-14

Rechters: T.M.A. van Löben Sels

Advocaten: S.K. Schreurs en L. van Dijk

Wetsartikelen: 7:677 BW, 7:678 BW en 7:685 BW

RECHTSPRAAK

Stichting Cabinebelangen c.s./Koninklijke Luchtvaart Maatschappij N.V. c.s.

Overname passagedivisie van Martinair door KLM is geen overgang van onderneming vanwege ontbreken identiteitsbehoud. Voormalig personeel Martinair verliest anciënniteit, IPB en senioriteit.

Stichting Cabinebelangen vertegenwoordigt de belangen van 91 ex Martinair-medewerkers in dit geschil. Sinds 2008 is KLM enig aandeelhouder van Martinair. Nadat Martinair vanwege verliezen heeft besloten te stoppen met de passagedivisie, is het voltallige cabinepersoneel van de passagedivisie van Martinair per 1 februari 2011 bij KLM in dienst getreden. KLM heeft alle cabinemedewerkers de startersfunctie van '1-bander' aangeboden, ook zij die bij Martinair reeds een hogere functie vervulden. Als datum voor de berekening van de anciënniteit en de senioriteit is daarbij de datum van 1 februari 2011 aangehouden. De KLM CAO Cabine is per die datum op deze medewerkers van toepassing geworden. Het lagere loon van de ex-Martinair-medewerkers wordt na indiensttreding bij KLM door Martinair aangevuld tot de hoogte van hun laatstgenoten loon. Binnen de vliegwereld worden aan functieniveau, senioriteit en anciënniteit veel belang gehecht. Aan de hand van de datum van indiensttreding wordt de anciënniteit vastgesteld. Op basis van anciënniteit komt men in aanmerking voor IPB (indien plaats beschikbaar): het door een medewerker tegen zeer beperkte kosten als passagier mogen meevliegen als er plaatsen over zijn. De datum van indiensttreding is tevens bepalend voor de plaatsing op een bij een bepaalde functie behorende volgorde- of senioriteitslijst. Afhankelijk van de plaats op de senioriteitslijst van een bepaalde functie komt men in aanmerking voor promotie naar een vrijgekomen, hogere functie, waar men weer onder aan de senioriteitslijst voor die functie komt te staan. Stichting Cabinebelangen stelt dat de overgang van de passagedivisie van Martinair naar KLM moet worden aangemerkt als een overgang van onderneming in de zin van artikel 7:662 e.v. BW. Stichting Cabinebelangen vordert voor recht te verklaren dat KLM gehouden is ieder cabinepersoneelslid dat bij Martinair in dienst was, te werk te stellen in (vrijwel) dezelfde functie als hij/zij bij Martinair vervulde, met behoud van senioriteit, anciënniteit en IPB-nummer, en hen op basis van deze waarden een salaris toe te kennen op grond van de KLM CAO Cabine, waarbij KLM de KLM

Pensioenregeling, zoals deze uit de KLM CAO Cabine voortvloeit, op hen dient toe te passen.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Met betrekking tot de passagedivisie van Martinair kan gesproken worden van een economische eenheid. Met behulp van tot specifiek bij dit onderdeel van Martinair behorende kenmerkende bedrijfsmiddelen – de passagevliegtuigen – wordt een duurzame economische activiteit uitgevoerd – het vervoeren van personen door de lucht. Voor zover wordt betoogd dat geen sprake is van overgang van onderneming, omdat geen daartoe strekkende overeenkomst tussen KLM en Martinair is gesloten, wordt dit verweer gepasseerd. Hetzelfde geldt voor de stelling dat van een overgang van onderneming geen sprake kan zijn omdat Stichting Cabinebelangen geen eenduidig moment voor de overgang heeft genoemd of kan noemen. Een overgang van onderneming kan immers in fases plaatsvinden en het enkele feit dat niet één specifiek moment is aan te wijzen waarop alle activiteiten (tegelijktijd) zijn overgegaan, betekent niet dat van overgang van onderneming dus geen sprake is. Daar waar een tijdelijk stilleggen van een onderneming niet aan een overgang van die onderneming in de weg staat, zal dat bij een gefaseerde overdracht van de activiteiten ook niet zo zijn (vgl HvJ EU 18 maart 1986, NJ 1987/502 (Spijkers)).

De identiteit van de passagedivisie van Martinair is echter onvoldoende behouden gebleven om van overgang van onderneming sprake te doen zijn. Daarbij wordt meegewogen dat er geen vliegtuigen zijn overgenomen (vgl. JAR 2001/68 (Liikenne Finse Bus)), andere activa van belang evenmin zijn overgedragen, ex-werknemers van Martinair – net als ‘gewone’ sollicitanten – een training van zes weken hebben moeten volgen en niet op hun ‘oude’ bestemmingen zijn ingezet, geen klantenkring is overgenomen, vacatures voor Martinair-personeel beschikbaar zijn gehouden en de werkwijze van KLM na of door de komst van het Martinair-personeel niet is aangepast. Dat de aard van de betrokken ondernemingen hetzelfde is, het voltallige personeel van de passagedivisie is overgenomen, de activiteiten van KLM en Martinair overeenkomen en er geen onderbreking van de activiteiten van de medewerkers is geweest, legt onvoldoende gewicht in de schaal om tot een ander oordeel te komen. Er wordt niet meer toegekomen aan de vraag of anciënniteit, IPB en/of senioriteit mee zijn overgegaan. De stelling van Stichting Cabinebelangen dat KLM in strijd zou hebben gehandeld met het goed werkgeverschap (art. 7:611 BW) door haar informatieplicht te schenden en door een ongeoorloofd onderscheid te maken tussen de ex-Martinair-medewerkers en het personeel dat reeds bij haar in dienst was, wordt niet gevolgd. Volgt afwijzing van de vorderingen.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 17-03-2014

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2014:1262

Zaaknummer: CV 13-714.3

Rechters: M.V. Ulrici

Advocaten: M.J. Draaisma, P.R. Hendriks, J.M. van Slooten, J.W. Boelhouwer en M.A. Visser

Wetsartikelen: 7:611 BW en 7:662 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgever c.s.

Werkgever niet aansprakelijk voor letsel chauffeur dat is opgelopen tijdens het uitladen van bakfietsen. Handeling werknemer had in het kader van zorgplicht niet voorkomen kunnen worden.

Aansprakelijkheid op grond van artikel 7:611 BW is beperkt tot verkeersongevallen.

Werknemer is in dienst als chauffeur. Hij bezorgt goederen, waaronder bakfietsen. Werknemer stelt dat hem tijdens het uitladen van een bakfiets een ongeval is overkomen, waardoor hij letsel aan zijn rechterschouder heeft opgelopen. Werknemer stelt dat de driewieler, die hij moest uitladen, op onzorgvuldige wijze was geladen. Deze was op een pallet met tijdschriften geplaatst en stond daardoor niet stabiel. Bovendien was het uiteinde van de spanband anders dan gebruikelijk vastgeknoopt. Toen werknemer naast de bakfiets stond, zwenkte het achtergedeelte van de bakfiets en kwam dit tegen zijn schouder en bovenarm. Werknemer stelt werkgever op grond van artikel 7:658 BW jo. 7:611 BW aansprakelijk is voor zijn schade.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Partijen verschillen van mening over de exacte toedracht van het ongeval. Voor het vaststellen van de aansprakelijkheid mag niet van werknemer worden verwacht dat hij aantoont wat precies de toedracht van het arbeidsongeval is geweest (HR 4 mei 2001, NJ 2001/377 (Bloemsma/Hattuma)). In dit geval is echter geen sprake van schending van de zorgplicht, zodat geen aansprakelijkheid wordt aangenomen. Van belang is dat werknemer reeds enkele jaren gedurende 40 uur per week bij werkgever werkzaam was en met grote regelmaat bakfietsen vervoerde. Voorts is van belang dat werknemer regelmatig betrokken was bij het inladen van de fietsen, waardoor hij goed op de hoogte was van de wijze waarop dit plaatsvond. Gesteld noch gebleken is dat sprake was van bijzonder risicovolle werkzaamheden. Bovendien moet worden aangenomen dat werknemer, toen bleek dat het uiteinde vast zat, de spanband weer zo strak zou hebben kunnen aantrekken dat de fiets niet verder zou kantelen alvorens hij zich in de smalle ruimte naast de fiets begaf en de knoop losmaakte. In plaats daarvan stelt hij dat hij de fiets met zijn bovenlichaam heeft tegengehouden. Wat hiervan ook zij, dit is geen handeling die werkgever in het kader van de

zorgplicht had kunnen voorkomen. Dat de fiets op een pallet met tijdschriften stond, leidt evenmin tot het oordeel dat de zorgplicht is geschonden. Niet betwist is immers dat bakfietsen vaker op een pallet geplaatst werden. Tot slot faalt het beroep op artikel 7:611 BW. De Hoge Raad heeft in zijn arresten van 11 november 2011 (AR 2011-0922 en AR 2011-0923 (Struikelende postbezorger en De Rooyse Wissel)) geoordeeld dat aansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen op grond van artikel 7:611 BW beperkt is tot verkeersongevallen. Daarvan is in dit geval geen sprake. Volgt afwijzing van de vorderingen.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 12-03-2014

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2014:952

Zaaknummer: 2284558 UC EXPL 13-13317 DJ/4066

Rechters: P. Krepel

Advocaten: J. van Andel en H. Kragt

Wetsartikelen: 7:658 BW

ANNOTATIE

Enkele aspecten rond het boetebeding

F.M. Dekker

1. Inleiding

De regeling van het boetebeding in artikelen 7:650 en 7:651 BW doet bij eerste lezing ouderwets aan. Dat komt doordat deze regeling sinds 1909 vrijwel ongewijzigd is gebleven. Oorspronkelijk waren voornoemde bepalingen als onderdeel van de Wet op de arbeidsovereenkomst als artikelen 1637u en 1637v in het BW opgenomen. Het lag in de planning om met de invoering van het NBW de daarin vervatte regeling te moderniseren. In afwachting van een advies van de SER daaromtrent (SER, *Arbeidstuchtrecht* (advies 93/11), Den Haag 1993), zijn toen in eerste instantie de oude bepalingen aangehouden. Het wetsvoorstel dat daar verandering in moest brengen (het Wetsvoorstel arbeidstuchtrecht (23974)), heeft het Staatsblad wegens gebrek aan steun uit de Tweede Kamer echter niet gehaald. Van een vernieuwing is het daardoor nooit gekomen.

Het verouderde systeem van artikel 7:650 BW is moeilijk werkbaar en kent tal van onduidelijkheden. In de praktijk komen boetebedingen – zo is mijn vermoeden – dan ook niet veel voor. Er is in ieder geval maar weinig rechtspraak over. Op 25 februari 2014 heeft het Hof Arnhem-Leeuwarden – hierna kortheidshalve: ‘het hof’ – echter een arrest gewezen waarin een aantal van de door mij bedoelde onduidelijkheden aan de orde kwam.

2. Hof Arnhem-Leeuwarden 25 februari 2014

2.1. De feiten

De werkgever in deze zaak – in het gepubliceerde arrest enkel aangeduid als ‘[appellante]’ – is een opleidingsadviesbureau, vooral actief in de financiële dienstverlening. De werknemer – in het arrest steeds ‘[geïntimeerde]’ genoemd – is vanaf 10 juli 2006 in dienst bij werkgever in de functie van beller en coach. De oorspronkelijk overeengekomen arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is tweemaal verlengd. De arbeidsovereenkomst bevatte zowel een relatiebeding als – in de bijlage – een geheimhoudingsbeding. Aan beide bedingen is een boetebeding

gekoppeld.

Twee maanden na het aangaan van het derde contract voor bepaalde tijd heeft werknemer te kennen gegeven het dienstverband tussentijds te willen beëindigen. Hierover heeft een gesprek plaatsgevonden met werkgever. Bij brief van 23 april 2008 heeft werknemer de opzegging bevestigd en de arbeidsovereenkomst met inachtneming van een maand opzegtermijn opgezegd. Over de maand mei 2008 heeft werkgever aan werknemer het loon doorbetaald.

In mei 2008 laat werknemer zich als ZZP'er inlenen door Callsupport om voor F te werken. Werkgever meent dat werknemer daarmee zowel het relatiebeding als het geheimhoudingsbeding heeft overtreden en vordert in deze procedure betaling van de dientengevolge verbeurde boetes.

2.2. Oordeel Hof Arnhem-Leeuwarden

Primair ontkent werknemer het geheimhoudingsbeding of het relatiebeding te hebben overtreden. Dit verweer wordt door het hof evenwel verworpen. Hoewel de overwegingen van het hof met betrekking tot het relatiebeding zeer interessant zijn, laat ik ze hier buiten beschouwing. Ik concentreer mij in deze annotatie op de oordelen van het hof ter zake van de verschuldigde boetes. In dat kader heeft werknemer een beroep gedaan op de nietigheid van beide boetebedingen. Het aan het geheimhoudingsbeding verbonden boetebeding zou nietig zijn, omdat de bestemming van de boete niet wordt genoemd. Die behorende bij het relatiebeding zou nietig zijn, omdat de rechterlijke matigingsbevoegdheid is uitgesloten. Meest subsidiair heeft werknemer het hof verzocht tot matiging over te gaan.

Het hof heeft een uitvoerig gemotiveerd arrest gewezen. Het overweegt dat de wetgever van 1907 er oog voor heeft gehad dat in arbeidsovereenkomsten twee soorten boetes kunnen voorkomen – (1) disciplinaire boetes en (2) boetes die dienen ter fixering van schade, dan wel tot aansporing van nakoming –, maar dat er uiteindelijk voor is gekozen beide soorten boetes onder het bereik van (destijds) artikel 1637u BW te brengen, met dien verstande dat deze bepaling van regeland recht werd voor werknemers met een loon boven een bepaald minimum (behalve wat betreft het schriftelijkheidsvereiste). Gevolg hiervan was dat met minder verdienende werknemers geen boetebeding van de tweede categorie overeengekomen kon worden, met uitzondering van twee apart geregelde bedingen: het concurrentiebeding (destijds art. 1637x BW, nu art. 7:653 BW) en het beding waarbij een hogere schadeloosstelling wordt overeengekomen dan het loon over een niet in acht genomen opzegtermijn (destijds art. 1639r lid 4 BW, thans art. 7:680 lid 4 BW). De wetgever zag er, zo vervolgt het hof, geen probleem in dat andere boetebedingen niet met lager betaalde werknemers overeengekomen

konden worden, want daaraan zou in de praktijk weinig behoefte bestaan. Wilde een werkgever toch schade verhalen op een lager betaalde werknemer, dan diende hij een gewone aansprakelijkheidsprocedure te beginnen. Ter bescherming van de hoger betaalde werknemers kreeg de rechter, bij afwijking van de hoofdregel van artikel 1637u BW, de bevoegdheid de boete te matigen.

Bezien tegen deze achtergrond is er volgens het hof geen reden om het geheimhoudingsbeding op één lijn te stellen met het concurrentiebeding. Anders dan werknemer heeft gesteld, is daarmee evenwel niet gegeven dat werkgever geen beroep toekomt op de daarop gestelde boete. In de parlementaire geschiedenis is immers geen aanknopingspunt te vinden voor de opvatting dat een boetebeding dat is verbonden aan een geheimhoudingsverplichting aan meer formaliteiten moet voldoen dan dat het schriftelijk is overeengekomen met een werknemer met een hoger loon dan het minimumloon. Met name is, zo overweegt het hof, niet vereist dat het boetebeding uitdrukkelijk vermeldt dat de boete toekomt aan de werkgever, nu het beding juist bedoeld is om, in afwijking van de regeling omtrent de disciplinaire boete, wél betaling aan de werkgever mogelijk te maken en het wetsvoorstel specifiek daarvoor is aangepast. De kantonrechter heeft naar het oordeel van het hof daarom met juistheid beslist dat de regeling waarop werknemer zich beroept van regelend recht is waarvan partijen konden afwijken.

Het relatiebeding kan in de visie van het hof als subspecies van het concurrentiebeding wel daarmee op één lijn worden gesteld. Het daarop gestelde boetebeding hoeft derhalve niet te voldoen aan de eisen uit artikel 7:650 BW.

Het zesde lid van artikel 7:650 BW geeft de rechter de bevoegdheid de op te leggen boete te matigen, indien deze hem bovenmatig voorkomt. Nu in de artikelen 6:91 t/m 94 BW de algemene boeteregeling is gegeven, welke ook van toepassing is op de arbeidsovereenkomst, dient voor deze specifieke matigingsbevoegdheid aansluiting te worden gezocht bij het bepaalde in genoemde artikelen, met dien verstande dat de rechter op grond van het bepaalde in lid 6 van artikel 7:650 BW ook ambtshalve tot matiging kan besluiten. Dat brengt mee dat krachtens het bepaalde in lid 3 van artikel 6:94 BW een bepaling die matiging van de boete uitsluit, nietig is. Die nietigheid heeft naar het oordeel van het hof echter niet tot gevolg dat het hele boetebeding vervalt, maar brengt enkel mee dat de uitsluiting geen effect heeft. Het hof zal de boete dan ook matigen.

In dat verband stelt het hof voorop dat de in artikel 6:94 BW opgenomen maatstaf dat voor matiging van de bedongen boete slechts reden kan zijn indien de billijkheid dit klaarblijkelijk eist, meebrengt dat de rechter pas als de toepassing van een boetebeding in de gegeven omstandigheden tot een buitensporig en daarom onaanvaardbaar resultaat leidt, van zijn

bevoegdheid tot matiging gebruik mag maken. Daarbij zal de rechter niet alleen moeten letten op de verhouding tussen de werkelijke schade en de hoogte van de boete, maar ook op de aard van de overeenkomst, de inhoud en de strekking van het beding en de omstandigheden waaronder het is ingeroepen (HR 27 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6638; en HR 13 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW4986).

Ter motivering van de matiging wijst het hof erop dat aan de zeventien paragrafen tellende geheimhoudingsverklaring een achttal overwegingen is opgenomen waarin het belang van werkgever bij het sluiten van die overeenkomst nauwkeurig is omschreven en waarvan de bewoordingen weinig aan duidelijkheid te wensen overlaten. Daarin komt onder meer naar voren dat werknemer in zijn functie bij werkgever in aanraking komt of kan komen met uiterst vertrouwelijke gegevens omtrent personen, bedrijven en (omvangrijke) vermogens en dat het van het grootste belang is dat deze gegevens uiterst vertrouwelijk blijven en niet op enigerlei wijze ter kennis komen van derden. Een en ander afwegend en bezien tegen de achtergrond van de vaststaande feiten, waaronder het salarisniveau van werknemer (€ 3.000 bruto per maand), is het hof van oordeel dat oplegging van een boete van € 30.000 onder de gegeven omstandigheden tot een onaanvaardbaar resultaat zou leiden, zodat de billijkheid klaarblijkelijk eist dat de boete wordt gematigd tot het niveau van drie maanden salaris, oftewel € 9.000.

Nu ter zake van de schending van het geheimhoudingsbeding reeds een stevige boete is opgelegd, welke zoals hiervoor is aangegeven slechts beperkt voor matiging in aanmerking komt, is het hof van oordeel dat een daar bovenop komende boete voor de schending van het relatiebeding van meer dan € 1.000 in de gegeven omstandigheden tot een buitensporig en daarom onaanvaardbaar resultaat leidt.

3. Wat als het boetebeding de bestemming van de boete niet vermeldt?

Het boetebeding dat was gekoppeld aan de geheimhoudingsverplichting vermeldde niet wat de bestemming van de boete was. De werknemer betoogde dat het boetebeding daarmee niet voldeed aan het derde lid van artikel 7:650 BW, met nietigheid ervan tot gevolg. Artikel 7:650 lid 3 BW luidt als volgt:

‘De overeenkomst waarbij boete is bedongen, vermeldt nauwkeurig de bestemming van de boete. Zij mogen noch onmiddellijk noch middellijk strekken tot persoonlijk voordeel van de werkgever zelf of van degene aan wie de werkgever de bevoegdheid heeft verleend om aan werknemers een boete op te leggen.’

Het hof honoreerde het nietigheidsverweer van de werknemer niet. Begrijp ik het hof goed, dan is de redenering daarvoor dat artikel 7:650 lid 3 BW van regelend recht is voor

werknemers die meer verdienen dan het minimumloon, zodat vermelding van de bestemming van de boete *in casu* achterwege kon blijven. Eerder oordeelde de Kantonrechter Leeuwarden al in gelijke zin (Ktr. Leeuwarden 24 maart 2009, *JAR* 2009/119 m.nt. M.S.A. Vegter):

‘Voor zover de bestemming van de boete niet zou zijn vermeld (uit de in de informatiegids opgenomen tekst blijkt immers duidelijk dat de boete is bedoeld ter bestrijding van extra administratiekosten voor de werkgever), leidt zulks evenmin tot nietigheid. Immers, aangezien de werknemer meer verdient dan het voor hem geldende minimumloon, kon op grond van het bepaalde in lid 6 van art. 7:650 BW rechtsgeldig worden afgeweken van het in lid 3 van genoemde bepaling opgenomen voorschrift dat de bestemming van de boete nauwkeurig moet worden vermeld.’

Dit acht ik een onjuist oordeel. Het zesde lid van artikel 7:650 BW eist namelijk dat een afwijking van het derde (of vierde of vijfde) lid geschiedt ‘bij schriftelijk aangegane overeenkomst’. Dat brengt mee dat afwijken van het voorschrift dat de bestemming van de boete nauwkeurig moet worden vermeld (de eerste zin van art. 7:650 lid 3 BW) in de praktijk niet goed mogelijk is. Een dergelijke afwijking zal immers per schriftelijke overeenkomst moeten, waardoor automatisch de bestemming is vermeld. Naar mijn mening had de Kantonrechter Groenlo het dan ook bij het juiste eind toen hij in 2002 het volgende oordeelde (Ktr. Groenlo 23 september 2002, *JAR* 2003/3):

‘De vordering ter zake van de boetebedragen wegens overtreding van een mogelijk overeengekomen concurrentiebeding strandt, zulks alleen al op grond van het feit dat de bestemming van de boetebedragen kennelijk bestemd zijn ten gunste van de werkgever nu een andere bestemming niet is opgenomen; dit is ingevolge artikel 7:650 lid 3 jo. lid 6 BW een nietig beding; van de mogelijkheid om af te wijken van deze regeling, waar Romijn meer dan het minimumloon verdient, is geen gebruik gemaakt nu schriftelijk niets is overeengekomen over de bestemming van de boete.’

Nu realiseer ik mij dat deze overweging in die zin achterhaald is dat de Hoge Raad inmiddels heeft uitgemaakt dat artikel 7:650 BW niet van toepassing is op de concurrentiebedingboete. Het gaat mij echter om de redenering van de kantonrechter dat, nu omtrent de bestemming van de boete schriftelijk niets is overeengekomen, van een rechtsgeldige afwijking van artikel 7:650 lid 3 BW geen sprake is. Ik ondersteun deze visie (zie in gelijke zin Hof Leeuwarden 23 april 2008, *RAR* 2009/65; Ktr. Rotterdam 23 juni 2004, *Prg.* 2004/6259; en Ktr. Arnhem 21 januari 2002, *Prg.* 2002/5820). Het semidwingende karakter van artikel 7:650 lid 3 BW is naar mijn mening *de facto* dan ook beperkt tot het voorschrift uit de tweede volzin ervan, inhoudende dat de boete niet tot voordeel van de werkgever mag strekken. Van dit voorschrift mag worden afgeweken, doch dan moet het beding wel uitdrukkelijk (dat wil zeggen:

schriftelijk) vermelden dat de boete ten goede van de werkgever komt. Wordt geen bestemming vermeld, dan is immers niet op rechtsgeldige wijze van artikel 7:650 lid 3 BW afgeweken.

4. De bij matiging ex artikel 7:650 lid 6 BW aan te leggen maatstaf

Artikel 7:650 BW vormt een *lex specialis* ten opzichte van de algemene verbintenissenrechtelijke boeteregeling. Behalve uit de gelaagde structuur van het BW, blijkt dit ook uit het achtste lid van het litigieuze wetsartikel. Voor zover in artikel 7:650 BW niet van de bepalingen uit Boek 6 BW is afgeweken, zijn deze dus eveneens van toepassing. Het eerste lid van artikel 6:94 BW schept in dit verband een rechterlijke matigingsbevoegdheid die ook geldt buiten de situatie van artikel 7:650 lid 6 BW. Van deze algemene matigingsbevoegdheid mag de rechter volgens de tekst van artikel 6:94 lid 1 BW gebruik maken 'indien de billijkheid dit klaarblijkelijk eist'. De vraag is hoe deze norm zich verhoudt tot die van artikel 7:650 lid 6 BW ('indien de opgelegde boete hem bovenmatig voorkomt').

Het hof oordeelde in de hier geannoteerde zaak dat beide normen aan elkaar gelijk zijn. Het Hof 's-Hertogenbosch oordeelde in 2007 in dezelfde zin (Hof 's-Hertogenbosch 22 mei 2007, ECLI:NL:GHSHE:2007:BC9655). Een argument ten faveure van dit standpunt is dat de wetgever bij de invoering van titel 7.10 BW het vierde lid van artikel 7A:1637x (oud) BW – dat voor matiging van de concurrentiebedingboete eveneens het bovenmatigheidscriterium aanlegde – heeft laten vervallen, omdat het naast artikel 6:94 BW overbodig zou zijn. Deze redenering veronderstelt een onderlinge uitwisselbaarheid van beide genoemde criteria.

Toch meen ik dat tussen de twee matigingsmaatstaven wel degelijk verschil bestaat. In *Intrahof/Bart Smit* (HR 27 april 2007, NJ 2007/262) heeft de Hoge Raad aan het criterium van artikel 6:94 BW namelijk een zeer terughoudende invulling gegeven. Hij overwoog:

'De in deze bepaling opgenomen maatstaf dat voor matiging slechts reden kan zijn indien de billijkheid dit klaarblijkelijk eist, brengt mee dat de rechter pas als de toepassing van een boetebeding in de gegeven omstandigheden tot een buitensporig en daarom onaanvaardbaar resultaat leidt, van zijn bevoegdheid tot matiging gebruik mag maken. Daarbij zal de rechter niet alleen moeten letten op de verhouding tussen de werkelijke schade en de hoogte van de boete, maar ook op de aard van de overeenkomst, de inhoud en de strekking van het beding en de omstandigheden waaronder het is ingeroepen.'

Deze terughoudende maatstaf staat, zoals Houweling overtuigend heeft aangetoond (zie zijn noot onder Hof Arnhem 16 december 2010, JIN 2011/68), haaks staat op de oorspronkelijke bedoeling van het bovenmatigheidscriterium ex artikel 7A:1637x lid 4 (oud) BW, waarmee de rechter juist veel vrijheid werd toegekend (zie o.m. HR 11 november 1966, NJ 1967/17 en HR 21

oktober 1983, *NJ* 1984/166). Van de door de wetgever van het NBW veronderstelde onderlinge uitwisselbaarheid is in de praktijk derhalve geen sprake.

Daarnaast zou de betekenis van de laatste volzin van artikel 7:650 lid 6 BW met een dergelijke gelijkschakeling volledig worden uitgehold. Het enige verschil met de matigingsbevoegdheid ex artikel 6:94 BW zou dan immers nog zijn dat het zesde lid van artikel 7:650 BW ambtshalve mag worden toegepast.

Ook vanuit wetssystematisch oogpunt komt het mij niet onlogisch voor dat de norm van artikel 6:94 BW strenger zou zijn. Dat artikel is immers onderdeel van het algemene overeenkomstenrecht, dat uitgaat van noties als contractsvrijheid en de gelijk(waardig)heid van partijen. Daarbij past niet dat de rechter al te lichtzinnig in de gemaakte afspraken zou kunnen ingrijpen. In het arbeidsrecht gaan deze noties daarentegen in mindere mate op. Vanuit het idee van ongelijkheidscompensatie is een ruimere matigingsbevoegdheid van de rechter in arbeidsverhoudingen wenselijk. Hiermee strookt dat artikel 6:94 BW bij arbeidsgeschillen slechts van toepassing is op boetebedingen die in alle opzichten voldoen aan de vereisten uit artikel 7:650 BW. Dat houdt dus in dat de boete niet ten voordele van de werkgever strekt, dat het bedrag van de boete is uitgedrukt in de valuta waarin het loon is vastgesteld en dat de boete niet meer bedraagt dan een halve dag loon per overtreding en per week. Daarmee is de werknemer voldoende beschermd. Zodra echter ook maar op één punt van voormelde eisen wordt afgeweken, is niet langer de terughoudende norm van artikel 6:94 BW van toepassing, maar die van artikel 7:650 lid 6 BW.

5. Het toepassingsbereik van artikel 7:650 BW

Een laatste aspect dat ik in deze annotatie aan de orde wil stellen, is het toepassingsbereik van artikel 7:650 BW. Daarover bestaat namelijk verdeeldheid. Zo is onduidelijk of dit artikel ook geldt voor boetes verbonden aan een geheimhoudingsbeding. Het hof zag in de hier geannoteerde zaak geen reden voor dergelijke boetes een uitzondering te maken. Het Hof Leeuwarden zag dat in 2009 evenmin (Hof Leeuwarden 26 mei 2009, *RAR* 2009/113). De kantonrechters te Amsterdam (Ktr. Amsterdam 24 april 2002, *JAR* 2002/174) en Arnhem (Ktr. Arnhem 27 juni 2008, *ECLI:NL:RBARN:2008:BD6312*) oordeelden eerder evenwel in tegenovergestelde zin. Welk standpunt is nu het juiste?

Ter beantwoording van deze vraag, ligt het voor de hand een vergelijking te maken met de concurrentiebedingboete. Ten aanzien van die boete wordt immers al sinds de inwerkingtreding van de Wet op de arbeidsovereenkomst aangenomen dat artikel 7:650 BW (destijds 1637u BW) daarop niet van toepassing is. Als de ratio daarvan kan worden achterhaald, kan op die basis worden vastgesteld voor welke andere bedingen eveneens een

uitzondering op zijn plaats is. Volgens mij zijn voor de uitzonderingspositie van de concurrentiebedingboete hoofdzakelijk twee argumenten aangevoerd (zie ook A.R. Houweling en C.J. Loonstra, *Het concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst*, Den Haag: BJu 2011, p. 233-234).

Het eerste argument is afkomstig uit de wetsgeschiedenis van de Wet op de arbeidsovereenkomst. Tijdens de parlementaire behandeling van die wet merkte minister Van Raalte het volgende op (Bles II, p. 408):

‘Mijnheer de Voorzitter! Het is inderdaad steeds mijn opvatting geweest, dat art. 1637w, nieuw x, bevat een specialen regel met betrekking tot het mededingingsbeding en dat volgt ook hieruit, dat het bepaalde ten aanzien van de zoogenaamde concurrentie-clausule – om deze uitdrukking nu maar weder te gebruiken – alleen te pas komt, wanneer de arbeidsovereenkomst beëindigd is, terwijl het bepaalde in art. 1637t [u], waarin van de boeten wordt gehandeld, meer bepaald het oog heeft op hetgeen gedurende den loop van de overeenkomst is geschied. Ik ben het dus geheel eens met den geachten spreker dat art. 1637w een speciale regeling behelst, waarbij afgeweken wordt van de algemeene regeling, welke in art. 1637 t [u] voorkomt.’

Deze opvatting kwam tot uitdrukking in artikel 1637x lid 4 (oud) BW, dat voor de concurrentiebedingboete een *lex specialis* bevatte. Op grond van het adagium *lex specialis derogat legi generali* werd – mede in het licht van boven geciteerde opmerkingen van minister Van Raalte – algemeen aangenomen dat artikel 1637u (oud) BW toepassing miste. Hoewel het vierde lid van artikel 1637x (oud) BW met de inwerkingtreding van titel 7.10 BW is geschrapt, heeft de Hoge Raad de uitzonderingspositie voor de concurrentiebedingboete in 2003 gehandhaafd. Hij verwees daarbij uitdrukkelijk naar de heersende leer onder het oude recht en overwoog dat uit de totstandkomingsgeschiedenis van de huidige artikelen 7:650 en 7:653 BW niet blijkt dat beoogd is in dit verband een materiële wijziging aan te brengen (HR 4 april 2003, *JAR* 2003/107 (*Ghisyawan/LAN-Alyst*)). Een duidelijke reden voor de uitzonderingspositie van de concurrentiebedingboete werd helaas niet gegeven. Gezien de verwijzing naar de onder het oude recht heersende leer, mag er vermoedelijk van worden uitgegaan dat de redengeving van minister Van Raalte nog steeds actueel is.

Als tweede reden voor de uitzonderingspositie van de concurrentiebedingboete is wel gewezen op de aard van een dergelijke boete. Het zou niet zozeer een ‘echte’ boete zijn, maar veeleer – of toch in ieder geval mede – een gefixeerde schadevergoeding (zie ook Houweling en Loonstra 2011, p. 230-232). En daarvoor zou artikel 7:650 BW niet zijn bedoeld. Ruizeveld heeft in haar artikel over *Ghisyawan/LAN-Alyst* bijvoorbeeld te kennen gegeven er voorstander van te zijn artikel 7:650 BW enkel van toepassing te achten daar waar het echt

gaat om disciplinaire maatregelen van de werkgever gedurende de looptijd van de arbeidsovereenkomst. Het openbaren van een bedrijfsgeheim kan tot aanzienlijke schade leiden voor de werkgever, hetgeen volgens haar niet de beperkingen van artikel 7:650 BW zou rechtvaardigen (M.D. Ruizeveld, 'De uitleg van het concurrentiebeding, het belemmeringsverbod en het boetebeding', *ArbeidsRecht* 2003, 43). Van den Berg heeft in dit verband gesteld dat het karakter van de boete in het concurrentiebeding zich slecht laat rijmen met die van het boetebeding ex artikel 7:650 BW. Dit wetsartikel zou volgens deze auteur met name bedoeld zijn voor overtredingen begaan tijdens de duur van de arbeidsovereenkomst en die een disciplinair karakter hebben, terwijl de overtreding van een concurrentiebeding steeds na beëindiging van de arbeidsovereenkomst zal plaatsvinden (M.B.M.C. van den Berg, 'De concurrentiebedingboete', *Arbeid Integraal* 2005, p. 45). De twee genoemde schrijvers hanteren enerzijds het argument van minister Van Raalte, maar lijken daar als tweede argument aan toe te voegen dat het karakter van de concurrentiebedingboete een uitzonderingspositie zou rechtvaardigen.

Voormelde twee argumenten zijn ook in de rechtspraak over de boete op een geheimhoudingsbeding terug te vinden. De hierboven genoemde Amsterdamse kantonrechter overwoog dat het van toepassing achten van artikel 7:650 BW op een boete gesteld op een geheimhoudingsverplichting miskent 'dat de disciplinaire boete van artikel 7:650 BW van een heel andere aard is dan de onderhavige. Hier is sprake van een schadevergoeding, welke vooraf op f 10.000,= per overtreding is gesteld'. De Kantonrechter Arnhem was voorts van oordeel dat de verweren van de werknemer eraan voorbij zagen 'dat de disciplinaire boete van artikel 7:650 BW van heel andere aard is dan de onderhavige. Het gaat in deze zaak om een geheimhoudingsbeding, dat de werknemer niet alleen tijdens het dienstverband verplicht tot geheimhouding, maar ook daarna. Het bepaalde in artikel 7:650 BW is dan ook niet van toepassing (vergelijk HR 4 april 2003, *NJ* 2007, 351)'.

Hoe nu deze argumenten te waarderen? Laat ik beginnen met het argument dat de aard van de boete zich tegen toepasselijkheid van artikel 7:650 BW zou kunnen verzetten. Dit argument overtuigt niet. Ten eerste miskent het dat artikel 7:650 lid 8 BW uitdrukkelijk bepaalt dat ook boetes in de zin van artikel 6:91 BW – onder welk artikel de boete bij wege van gefixeerde schadevergoeding valt – onder het bereik van artikel 7:650 BW vallen. Daaruit volgt dat het karakter van het boetebeding voor toepasselijkheid van artikel 7:650 BW niet ter zake doet (zie ook SER, *Arbeidstuchtrecht* (advies 93/11), Den Haag 1993, p. 11-13).

Daarnaast miskent dit argument dat artikel 6:91 BW tevens betrekking heeft op de 'echte' boete. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de toelichting die werd gegeven op de afschaffing van het vierde lid van artikel 1637x (oud) BW (Kamerstukken II 1993/94, 23438, 3, p. 35):

‘De nieuwe, algemene regeling in artikel 6.1.8.18 [6:94, FMD], die zowel het boete-element als het element van de vooraf gefixeerde schadevergoeding betreft, kan toepassing vinden.’

Deze passage toont dat artikelen 6:91 t/m 6:94 BW een breder toepassingsbereik hebben dan alleen boetes die dienen als gefixeerde schadevergoeding en ook zien op ‘echte’ boetes. Aangezien de concurrentiebedingboete door deze artikelen wordt beheerst, is de redenering dat artikel 7:650 BW niet van toepassing zou zijn vanwege de aard van de boete, onzuiver.

Ook het argument dat artikel 7:650 BW niet zou zien op boetebedingen die zijn gekoppeld aan verplichtingen die gelden na afloop van de arbeidsovereenkomst, vind ik weinig sterk (evenzo Houweling en Loonstra 2011, p. 233). Het leidt namelijk tot de merkwaardige situatie dat boetes gesteld op geheimhoudingsbedingen de ene keer wel en de andere keer niet aan de eisen van artikel 7:650 BW moeten voldoen, afhankelijk van periode waarop het beding ziet. Voor geheimhoudingsbedingen die – zoals gebruikelijk – zowel gedurende als na afloop van de arbeidsovereenkomst gelden, zou voorts een cesuur moeten worden aangebracht. Alleen voor zover het boetebeding ziet op de geheimhoudingsverplichting tijdens de loop van de arbeidsovereenkomst zou artikel 7:650 BW daarop van toepassing zijn; voor de periode daarna gelden de eisen uit dat wetsartikel echter niet. Een boete verbonden aan een nevenwerkzaamhedenverbod – een beding dat toch grote verwantschap vertoont met het concurrentiebeding, maar dan tijdens de loop van de arbeidsovereenkomst – zou overigens wél onderworpen zijn aan artikel 7:650 BW.

Gedurende mijn zoektocht naar de achtergrond van de uitzonderingspositie van de concurrentiebedingboete, ben ik mij meer en meer gaan afvragen wat het belang van die positie is. Mijn indruk is dat het grootste bezwaar tegen toepasselijkheid van artikel 7:650 BW is gelegen in het feit dat de hoogte van de boete is gemaximeerd en dat deze niet ten goede van de werkgever mag komen. Dit zijn inderdaad twee aspecten die bij een concurrentiebedingboete niet goed passen. Zij zijn echter van regelend recht voor werknemers die meer verdienen dan het minimumloon en ik kan mij niet voorstellen dat een werknemer met een concurrentiebeding niet boven deze loongrens uit zou komen. Aangezien het bedrag van de boete ook nu reeds schriftelijk pleegt te worden vastgelegd, zou toepassing van artikel 7:650 BW volgens mij dan ook hooguit tot gevolg hebben dat voortaan de bestemming van de boete expliciet moet worden vastgelegd. Dat lijkt mij echter toch een kleine moeite. Daartegenover zou evenwel staan dat een hoop afbakeningsproblemen wordt voorkomen. Bovendien zou door toepasselijkheid van artikel 7:650 BW recht worden gedaan aan de verwachting van de NBW-wetgever dat het vierde lid van artikel 7A:1637x (oud) BW wegens overbodigheid kon vervallen. Indien de concurrentiebedingboete onder het bereik van artikel 7:650 lid 6 BW zou worden gebracht, zou voor matiging van een dergelijke boete immers opnieuw het bovenmatigheidscriterium gelden. De rechter zou daarmee meer vrijheid krijgen

bij het matigen van de hoogte van de boete, waardoor hij wellicht – dit is slechts een *gut feeling*-argument – minder de behoefte heeft het concurrentiebeding via de band van artikel 7:653 lid 2 BW geografisch, temporeel of anderszins te matigen. Ik voel er dan ook veel voor de concurrentiebedingboete zijn uitzonderingspositie te ontnemen en evenals de boete verbonden aan alle overige overtredingen onder het regime van artikel 7:650 BW te brengen. Ingeval daartoe zou worden overgegaan, is het echter wel zaak een overgangsregeling te introduceren voor reeds bestaande gevallen.