

Nieuwsbrief AR Updates - Nummer 13, 2014

Nummer 13, 2014

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

INHOUDSOPGAVE

Hof

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2014:2424 25-03-2014

werkgever/erven van werknemer

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2014:806 25-03-2014

werknemer/ZO Wonen, Woonmaatschappij

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2014:2340 25-03-2014

werkneemster/Het Stamineke

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2014:2426 25-03-2014

werknemer/werkgever

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2014:2422 25-03-2014

werknemer/werkgever

Rechtbank

Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2014:2991 26-03-2014

X/ZVM Huishoudelijk Hulp B.V.

Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2014:1212 26-03-2014

werknemer/Stichting Stadsmuseum Woerden

Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2014:2792 21-03-2014

werknemer/werkgeefster

Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2014:1408 25-02-2014

werknemer/DA Retailgroep B.V.

Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2013:6706 19-12-2013

werknemer/Intervet International B.V.

Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2013:6796 12-12-2013

Stichting Jeugdbelangen Liempde/werknemer

Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2013:10883 29-11-2013

werkneemster/werkgeefster

Uitspraken zonder ECLI

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 13-01-2014

X c.s./Stichting Welzijn Ouderen

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Hof van Justitie van de Europese Unie 27-03-2014

Emiliano Torralbo Marcos/Korota SA

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Annotatie

Over de overgang van de onderneming van een transportbedrijf zonder de overname van de vrachtauto's, de overgang van de arbeidsongeschikte werknemer en de aansprakelijkheid voor de na de overgang opgelegde loonsanctie

mr. dr. J.P.H. Zwemmer

RECHTSPRAAK

werkneemster/Het Stamineke

Werkgever heeft vergaande vergewisplicht bij ‘verpayrolling’ werknemer. Ontbreken van goede informatieverstrekking brengt met zich dat werknemer nog bij ‘oude’ werkgever in dienst is. Getekend contract met de payrollwerkgever ontbeert rechtsgrond.

Werkneemster is sinds 2006 werkzaam voor De Pintelier. Het personeel van café De Pintelier, waaronder werkneemster, is eind 2010/begin 2011 ondergebracht bij een payrollbedrijf genaamd Servorg Payroll B.V. (hierna: Servorg). Vanaf 1 januari 2011 heeft het personeel, waaronder werkneemster, gedurende enkele maanden het salaris betaald gekregen via dat payrollbedrijf. Werkneemster heeft nimmer een (arbeids)overeenkomst met dat bedrijf getekend. Nadat op een bepaald moment betaling uitbleef, heeft werkneemster, die inmiddels bedrijfsleider was in De Pintelier, mede namens een collega-werkneemster in De Pintelier, contact opgenomen met Servorg. Vervolgens is Het Stamineke medio mei 2011 met een ander payrollbedrijf in zee gegaan, te weten Mutua Fides. Aan werknemer is een detacheringsovereenkomst ter tekening voorgelegd, waarin staat dat zij per 1 mei 2011 in dienst is bij Mutua Fides. Begin februari 2013 is het personeel van De Pintelier in een bijeenkomst met A en C van Mutua Fides het voorstel gedaan om loon in te leveren omdat De Pintelier de loonkosten niet zou kunnen dragen. Op 11 september 2013 heeft A aan werkneemster meegedeeld dat zij in verband met de door Harder beëindigde opdracht niet meer bij de Pintelier te werk zou worden gesteld en vervangende opdrachten zou krijgen. Werkneemster heeft zich die avond ziek gemeld. Mutua Fides betaalt haar sindsdien 91% van haar loon op basis van de ABU-CAO, in plaats van 95% van het loon zoals de Horeca-CAO voorschrijft.

Het hof oordeelt als volgt. Bij de behandeling van de overige grieven stelt het hof voorop dat de gewraakte beslissing van de voorzieningenrechter (te weten: het moet er voorshands voor worden gehouden dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst tussen werkneemster en Mutua Fides) in dit geval met zich brengt dat aan de arbeidsovereenkomst tussen werkneemster en Het Stamineke met wederzijds goedvinden een einde is gekomen. Gelet op de verstreckende gevolgen die het beëindigen van het dienstverband voor de werknemer kan

hebben, is het vaste rechtspraak dat een werknemer slechts dan aan zijn ontslagneming kan worden gehouden wanneer er sprake is van een ondubbelzinnige, op beëindiging gerichte wilsverklaring. Dat impliceert dat ook als de werknemer de overeenkomst heeft getekend, welke ten doel heeft de bestaande arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden te beëindigen, de werkgever zich met een redelijke mate van zorgvuldigheid ervan dient te vergewissen of de werknemer de diverse consequenties van de ondertekening heeft ingezien (zie o.m. het arrest van het toenmalige Hof Leeuwarden d.d. 12 december 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BY9401). Het hiervoor overwogene geldt evenzeer in de zich in casu voordoende situatie, waarin de werknemer een overeenkomst tekent die inhoudt dat zij de voorheen rechtstreeks in dienst van de werkgever verrichte werkzaamheden voortaan zal gaan verrichten als uitzendkracht in dienst van een payrollbedrijf. Een en ander klemmt temeer nu werkneemster door de ondertekening van het nieuwe arbeidscontract essentiële rechten, die voortvloeiden uit haar oude arbeidsovereenkomst, heeft prijsgegeven. Zo blijkt bijvoorbeeld uit artikel 4 van de met Mutua Fides gesloten overeenkomst dat werkneemster alle opgebouwde rechten bij de oude werkgever door ondertekening van de nieuwe overeenkomst verloor (dus ook haar anciënniteit) en liep zij voortaan het (zich thans gerealiseerd hebbende) risico dat zij andere dan de gebruikelijke werkzaamheden in café Het Stamineke zou moeten gaan verrichten. Het Stamineke c.s. en Mutua Fides stellen weliswaar dat in een gesprek met werkneemster alle ins en outs van de nieuwe arbeidsovereenkomst aan de orde zijn gekomen, maar dat wordt gemotiveerd door werkneemster betwist en komt voorshands ook weinig aannemelijk voor. Waarom zou werkneemster immers zonder meer met een aanzienlijke verslechtering van haar arbeidsvoorwaarden hebben ingestemd? Het hof stelt in dat verband vast dat hetgeen Het Stamineke en Mutua Fides in dat verband hebben aangevoerd veeleer betrekking heeft op de veronderstelde ondubbelzinnige verklaring van de zijde van werkneemster dan op het voldoen aan de onderzoeksplicht die op de werkgever rust, te weten of de veronderstelde, op zichzelf duidelijke en ondubbelzinnige verklaring van de werknemer ook een uitdrukking van de werkelijke wil van de werknemer is. Het lijkt er veeleer op dat werkneemster, zoals zij ook zelf stelt, tot ondertekening van de overeenkomst met Mutua Fides is overgegaan om de maandelijkse betaling van haar loon veilig te stellen, nu zich dienaangaande al eerder problemen hadden voorgedaan. Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen is het hof – anders dan de kantonrechter – van oordeel dat er een gerede kans bestaat dat de bodemrechter uiteindelijk tot het oordeel zal komen dat er nog steeds sprake is van een arbeidsovereenkomst tussen werkneemster en Het Stamineke, zodat de daarop gebaseerde vordering tot wedertewerkstelling voor toewijzing gereed ligt. Als de arbeidsovereenkomst tussen Het Stamineke en werkneemster nimmer is geëindigd, ontbeert de vordering van werkneemster op Mutua Fides elke rechtsgrond. De door werkneemster getekende overeenkomst met Mutua Fides heeft dan immers geen rechtskracht. Het hof zal

derhalve de vordering tot hoofdelijke veroordeling van Mutua Fides tot doorbetaling van het loon afwijzen.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 25-03-2014

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2014:2340

Zaaknummer: 200.139.690/01

Rechters: K.E. Mollema, M.E.L. Fikkers en D.J. Buijs

Advocaten: M.L. Bron en N. Entzinger

Wetsartikelen: 7:610 BW en 7:690 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgever

Geen sprake van schending artikel 26 Wsw-cao door niet ten uitvoer brengen van leertraject Wsw-werknemer, zodat werknemer terecht minimumloon (en niet functieloon) geniet.

Werknemer is op 1 juli 2006 in dienst getreden bij Wsw-werkgever X. Op grond van artikel 26 van de cao krijgt een werknemer gedurende de eerste twee jaar het minimumloon en niet het functieloon, indien de Wsw-werkgever in een employabilitytraject voorziet. De diverse cursussen voor werknemer hebben niet plaatsgevonden (de eerste keer wegens overtekening van de cursus, de tweede keer door non-actiefstelling van werknemer). Werknemer stelt zich op het standpunt dat de werkgever niet voldaan heeft aan de eisen van artikel 26 cao waardoor hij recht heeft op een hoger functieloon.

Het hof oordeelt als volgt. Het hof verwerpt de stelling van werknemer dat werkgever heeft verzuimd tot uitvoering van het afgesproken opleidingstraject over te gaan. In het midden kan blijven of werkgever had mogen accepteren dat werknemer zich terugtrok voor de overtekende cursus Lager Kader in het voorjaar van 2007. Indien werknemer immers zijn toenmalige sectormanager geen reden had gegeven om hem op non-actief te stellen, had werknemer in het najaar de cursus Lager Kader en in het voorjaar van 2008 de cursus Midden Kader kunnen volgen. Die twee cursussen kunnen samen, zo hebben beide partijen tijdens het pleidooi erkend, normaal gesproken binnen een jaar worden afgerond. Het op deze stelling gebaseerde beroep op de sanctie van artikel 26 lid 2 van de cao gaat daarom niet op.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 25-03-2014

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2014:2426

Zaaknummer: 200.116.092-01

Rechters: K.E. Mollema, M.E.L. Fikkers en D.J. Buijs

Advocaten: A.A. Kootstra en G.N. Paanakker

Wetsartikelen: 26 Wsw-cao

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgever

Werkgever heeft recht op schadevergoeding werknemer wegens toebrengen van schade door aanvaarding steekpenningen waardoor de commissie hoger lag voor werkgever.

(Vervolg op AR 2013-0375.) Werknemer is op 1 september 2003 in dienst getreden van werkgever, laatstelijk werkzaam in de functie van groepsinkoper. Op 4 december 2008 hebben partijen een beëindigingsovereenkomst gesloten wegens verschil van inzicht. Onderdeel van de beëindigingsovereenkomst vormt een beding van finale kwijting. In 2009 legt werkgever beslag op diverse zaken van werknemer. Werknemer wordt namelijk verdacht van oplichting van werkgever. Bij de inkoop van spullen uit China zou hij in plaats van de gebruikelijke 6% commissie, 8% commissie met de handelsagent (JACV) hebben bedongen, waarvan hij 3% op een Zwitserse bankrekening kreeg gestort. Werkgever heeft werknemer gedagvaard en (na wijziging van eis) betaling gevorderd van een bedrag van USD 354.950, te vermeerderen met eventuele koerswijzigingsschade, wettelijke rente en proces- en beslagkosten. Aan deze vordering heeft zij ten grondslag gelegd dat werknemer onrechtmatig jegens haar heeft gehandeld door zonder haar medeweten een courtage/bemiddelingsfee te bedingen van JACV. JACV heeft de courtage betaald op een Zwitserse bankrekening van werknemer. De door werkgever te betalen inkoopprijs werd volgens haar verhoogd met de aan werknemer betaalde courtage, waardoor zij schade heeft geleden. Bij tussenarrest is geoordeeld dat de finalekwijtingsclausule niet aan vordering van schadevergoeding in de weg staat. In deze procedure staat de omvang van de schadevergoeding centraal.

Het hof oordeelt als volgt. Volgens werkgever bedroeg de afgesproken commissie 6%, maar heeft JACV haar in werkelijkheid 8% berekend (en vervolgens 3% naar de Zwitserse bankrekening van werknemer doorbetaald). Dit standpunt vindt steun in de gedingstukken, onder meer in de in het tussenarrest van 7 mei 2013 reeds aangehaalde verklaringen van Y en Z. Het verschil tussen deze afgesproken en de in werkelijkheid in rekening gebrachte commissie wordt bovendien met het antwoordbericht van werknemer aan Y van 19 februari 2009 bevestigd. Werkgever heeft verder bij haar laatste akte met een rekenvoorbeeld (terzake van een geleverde stoel met de naam Travis) inzichtelijk gemaakt dat JACV haar inderdaad 8%

commissie in rekening bracht. Werknemer heeft ter comparitie in hoger beroep ook erkend dat stoelen 'tegen 8% gingen'. Zijn opmerking dat voor bedden slechts 6% commissie in rekening werd gebracht doet daar onvoldoende aan af, aangezien niet alle leveringen van JACV in de steekpenningenconstructie waren betrokken. Gelet op het voorgaande gaat het hof uit van de juistheid van werkgevers relaas. Aldus dient het ervoor te worden gehouden dat de door JACV aan werknemer betaalde steekpenningen in ieder geval voor twee derde bestonden uit (twee procent) commissie die werkgever zonder de malversaties van werknemer niet in rekening zou zijn gebracht.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 25-03-2014

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2014:2422

Zaaknummer: 200.097.814/01

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

Advocaten: R.R.B. Dalaya en J.J.M. Damen

Wetsartikelen: 7:661 BW en 6:162 BW

ANNOTATIE

Over de overgang van de onderneming van een transportbedrijf zonder de overname van de vrachtauto's, de overgang van de arbeidsongeschikte werknemer en de aansprakelijkheid voor de na de overgang opgelegde loonsanctie

mr. dr. J.P.H. Zwemmer

1. Inleiding

In het arrest van het Hof 's-Hertogenbosch van 4 maart 2014 komen twee thema's aan de orde waarover in de rechtspraak over overgang van onderneming op uiteenlopende wijze is geoordeeld. Het eerste thema betreft de regelmatig terugkerende vraag of sprake is van overgang van onderneming in de situatie waarin vrijwel geen activa zijn overgenomen, maar door de nieuwe exploitant van de onderneming wel een wezenlijk deel van het personeel van de vorige exploitant in dienst is genomen dat hetzelfde klantenbestand is blijven bedienen. Het tweede thema betreft de vraag of de arbeidsovereenkomst van de op het tijdstip van overgang arbeidsongeschikte werknemer is overgegaan en welke verplichtingen in dat kader (zijn) komen te rusten op de verkrijger.

2. Feiten

De werknemer was sinds 2005 in dienst van Benetra B.V., een onderneming die zich bezighield met transport over de weg. Benetra maakte daarbij gebruik van vrachtauto's die werden gestald op haar eigen bedrijfsterrein. Vanaf augustus 2009 was de werknemer arbeidsongeschikt voor eigen werk. Op de arbeidsovereenkomst is de CAO voor het Beroepsgoederenvervoer over de weg en de verhuur van mobiele kranen 2010/2011 van toepassing. Bij overeenkomst van 17 december 2010 kwamen Benetra en Wiba (Wiba Internationale Sneltransporten B.V.) overeen dat op 1 januari 2011 het merendeel van de activiteiten van de vestiging van Benetra waarbij de werknemer voorafgaande aan zijn arbeidsongeschiktheid werkzaam was, werd verkocht aan Wiba. Daarbij nam Wiba tegen betaling van een zogenoemde 'badwillvergoeding' van € 100.000 (een groot deel van) het

klantenbestand en het personeelsbestand van Benetra over. Het ging daarbij om de afdelingen Koekjestransport en Overige distributie en al het rijdend personeel, behalve de werknemer en nog twee andere chauffeurs. Tijdens een bijeenkomst waarbij het personeel van Benetra door de directies van Benetra en Wiba werd geïnformeerd over de overname van hun arbeidsovereenkomsten heeft vakbond CNV zijn goedkeuring uitgesproken over de tussen Wiba en Benetra tot stand gekomen regeling. In de overnameovereenkomst kwamen Benetra en Wiba overeen dat de werknemer gedurende zijn arbeidsongeschiktheid in dienst zou blijven bij Benetra en hij pas over zou gaan naar Wiba zodra hij volledig arbeidsgeschikt zou zijn. Benetra bleef na 1 januari 2011 het loon doorbetalen aan de werknemer. Na periode 3 van 2011 heeft Benetra het loon van de werknemer gedeeltelijk onbetaald gelaten en vanaf periode 5 van 2011 is geen loon meer betaald aan de werknemer. De werknemer heeft Benetra verzocht het achterstallige loon te voldoen. Nadat Benetra hier niet aan tegemoetkwam, vorderde de werknemer loonbetaling van Wiba, stellende dat zijn arbeidsovereenkomst op grond van overgang van onderneming naar Wiba was overgegaan. Wiba wees de loonvordering van de hand onder verwijzing naar de hierover gemaakte afspraken in de overnameovereenkomst en naar de instemming met deze afspraak door het CNV. Bij beschikking van 29 juni 2011 deelde het UWV aan de werknemer mee dat de door hem aangevraagde WIA-aanvraag werd opgeschort en de verplichting van zijn werkgever tot doorbetaling van loon werd verlengd tot 23 augustus 2012. Bij beschikking van dezelfde datum berichtte het UWV Benetra dat aan haar een loonsanctie werd opgelegd op grond van artikel 7:629 lid 11 BW.

3. De kantonrechter te Breda in eerste aanleg

In eerste aanleg vordert de werknemer primair loonbetaling van Wiba in verband met het op grond van artikel 7:663 BW van rechtswege overgaan van zijn arbeidsovereenkomst naar Wiba. Voor zover mocht worden geoordeeld dat geen sprake is van overgang van onderneming vordert de werknemer subsidiair loonbetaling van Benetra omdat in dat geval de arbeidsovereenkomst tussen de werknemer en Benetra ongewijzigd in stand is gebleven en Benetra dan gehouden is het achterstallig en toekomstig loon aan hem te voldoen. De kantonrechter te Breda (29 september 2011, *JAR* 2011/286, m.nt. Haanappel-van der Burg) neemt als feit aan dat de overnameovereenkomst tussen Benetra en Wiba heeft geresulteerd in een overgang van onderneming als bedoeld in artikel 7:662 BW omdat ook Wiba hiervan uitgaat. Zo heeft Wiba zich op het standpunt gesteld dat zij had voldaan aan de informatieverplichting uit hoofde van artikel 7:665a BW. Ten aanzien van de overgang van de arbeidsovereenkomst van de werknemer oordeelt de kantonrechter dat het wettelijk systeem van artikel 7:663 BW uitgaat van een overgang van rechtswege naar de verkrijger van alle arbeidsovereenkomsten van de werknemers die werkzaam zijn in de overgedragen onderneming. De wet biedt geen ruimte om daarop voor bepaalde werknemers een

uitzondering te maken, anders dan dat de werknemer zelf kan besluiten niet in dienst te treden bij de verkrijger. Omdat een besluit van de werknemer niet in dienst te treden bij de verkrijger eveneens meebrengt dat de arbeidsovereenkomst met de vervreemder van rechtswege eindigt, moet sprake zijn van een duidelijke en ondubbelzinnige weigering van de werknemer om over te gaan naar de verkrijger. Van dat laatste is naar het oordeel van de kantonrechter in casu geen sprake. De kantonrechter neemt aan dat de werknemer voor een voldongen feit is geplaatst in die zin dat hem louter is medegedeeld door Wiba, Benetra, dan wel de vakbondsman van CNV, dat hij bij Benetra in dienst zou blijven. Dat de werknemer daartegen niet heeft geprotesteerd kan hem niet worden aangerekend in die zin dat hij daarmee zijn rechten in het kader van artikel 7:663 BW heeft verspeeld, aldus de kantonrechter. Dat de werknemer Benetra heeft aangemerkt in zijn WIA-aanvraag leidt niet tot een ander oordeel, nu Benetra op dat moment nog zijn loon betaalde en ook met het UWV correspondeerde over de WIA-aanvraag van de werknemer.

De kantonrechter passeert de stelling van Wiba dat de band tussen de werknemer en de van Benetra overgenomen vestiging volledig was verbroken in verband met de langdurige arbeidsongeschiktheid van de werknemer en de verwachting dat de werknemer niet meer zou herstellen. De door Wiba getrokken parallel met de overwegingen van de Hoge Raad in het arrest Memedovic/Asito (HR 11 februari 2005, *JAR* 2005/67) gaan niet op omdat, zoals ook werd overwogen in de uitspraak van het Hof Amsterdam van 22 februari 2007 (*JAR* 2007/105), het stellen van de eis dat een werknemer ten tijde van de overgang feitelijk in de onderneming werkzaam is, de door Richtlijn 2001/23/EG beoogde bescherming te zeer zou inperken. Bovendien geldt, zo overweegt de kantonrechter, dat anders dan in de situatie die bij de Hoge Raad voorlag in het arrest Memedovic/Asito, in dit geval niet vaststaat dat de werknemer nooit meer zou kunnen terugkeren op de overgedragen transportafdelingen. Ter zitting had de werknemer gesteld dat hij volgens zijn behandeld arts weer als chauffeur zou kunnen werken, zij het met hulpmiddelen om te kunnen laden en lossen en er was geen sprake van een oordeel van een verzekeringsarts of arbeidsdeskundige waaruit bleek dat de werknemer volledig arbeidsongeschikt zou blijven ten aanzien van de bedongen arbeid. De kantonrechter oordeelt vervolgens dat tot 25 augustus 2011 de verplichting tot betaling van het loon aan de werknemer (mede) op Wiba rust. De verplichting van Benetra om op grond van de op 29 juni 2011 aan haar opgelegde loonsanctie het loon van de werknemer door te betalen tot 23 augustus 2012 kan naar het oordeel van de kantonrechter niet worden ingeroepen tegen Wiba. De kantonrechter overweegt dat de verplichting tot doorbetaling van loon uit hoofde van de loonsanctie van het UWV buiten het toepassingsbereik van artikel 7:663 BW valt. Deze verplichting is ontstaan na de overgang van de onderneming op 1 januari 2011 en in artikel 7:663 BW is bepaald dat de rechten en verplichtingen overgaan die op het tijdstip van de overgang van onderneming voortvloeiden uit de arbeidsovereenkomst tussen de

vervreemdende werkgever en de werknemer, zo overweegt de kantonrechter. Benetra wordt daarom veroordeeld het loon ingevolge artikel 7:629 BW na 25 augustus 2011 tot 23 augustus 2012 aan de werknemer te voldoen.

4. Overwegingen hof

In hoger beroep stelt Benetra zich op het standpunt dat zij niet gehouden is na 25 augustus 2011 het loon van de werknemer door te betalen. Hoewel de loonsanctie van het UWV aan haar is gericht, meent zij dat de werknemer daaraan tegenover haar geen rechten kan ontlenen omdat de werknemer als gevolg van de overgang van de onderneming niet meer bij haar in dienst is. De werknemer betwist dat sprake is geweest van overgang van onderneming omdat de vrachtauto's en het bedrijfsterrein van Benetra niet zijn overgegaan naar Wiba. Wiba had al een eigen transportonderneming en het vervoer van koekjes en distributie ervan was ook al binnen de eigen onderneming van Wiba ondergebracht, zo betoogt de werknemer. Ook als wel sprake zou zijn geweest van overgang van onderneming dan is volgens de werknemer zijn arbeidsovereenkomst niet mee overgegaan omdat hij niet in passend werk kon terugkeren bij Benetra. Om deze reden is hij ook van de overgang van het overige personeel naar Wiba uitgezonderd, terwijl hij voorts heeft ingestemd met een doorbetaling van loon door Benetra zolang hij arbeidsongeschikt was, en daarmee met het voortduren van zijn arbeidsovereenkomst met Benetra.

Het hof overweegt dat op grond van de overnameovereenkomst tussen Benetra en Wiba, Benetra zowel haar klantenbestand als vrijwel haar volledige personeel overdroeg aan Wiba, terwijl Wiba bovendien nog twee maanden om niet kon beschikken over het bedrijfsterrein van Benetra. Daarnaast heeft Benetra met ingang van 1 januari 2011 al haar activiteiten in de betrokken vestiging gestaakt. Daarmee is naar voorshands oordeel van het hof voldoende aannemelijk dat sprake is van overgang van onderneming. Naar het oordeel van het hof staat aan de door hem aangenomen overgang van onderneming niet in de weg dat Wiba niet ook nog de vrachtauto's van Benetra heeft overgenomen. Wiba beschikte kennelijk zelf al over voldoende materieel of kon daarover anderszins beschikken, zo overweegt het hof. Dat een economische eenheid in de zin van artikel 7:662 lid 2 onder b BW is overgegaan leidt het hof voorts af uit de omstandigheid dat de betrokken vestiging tot mei 2010, kort voor het sluiten van de overnameovereenkomst, een aparte BV was en daarna was opgegaan in Benetra zonder dat dit gevolgen had gehad voor de bedrijfsvoering van de betrokken vestiging.

Bij de overgang van de vestiging van Benetra naar Wiba is naar het oordeel van het hof ook de arbeidsovereenkomst van de werknemer van rechtswege mee overgegaan. Het hof passeert daarbij de stelling van de werknemer dat zijn arbeidsovereenkomst niet is overgegaan naar Wiba omdat hij geen deel (meer) uitmaakte van de onderneming die door Benetra werd

overgedragen aan Wiba. Het hof wijst erop dat de werknemer tijdens zijn arbeidsongeschiktheid verbonden bleef aan de door Benetra overgedragen vestiging. Die vestiging was verantwoordelijk voor alle re-integratieactiviteiten tijdens zijn arbeidsongeschiktheid. Onder deze omstandigheden kan naar het oordeel van het hof niet worden gezegd dat zich hier een situatie voordoet als aan de orde in het arrest Memedovic/Asito. Dat de werknemer niet in passend werk kon terugkeren bij Benetra is door Benetra gemotiveerd weersproken. De enkele omstandigheid dat mogelijk in het kader van de re-integratie het zogenoemde tweede spoor is/wordt ingezet, is naar het oordeel van het hof onvoldoende om hierover anders te oordelen. Ook een dergelijke re-integratie heeft niet tot gevolg dat de arbeidsovereenkomst met de werkgever wordt verbroken. Ook het feit dat in de overnameovereenkomst tussen Wiba en Benetra (tijdelijk) wordt afgezien van de overgang van de werknemer brengt het hof niet tot een ander oordeel. Een overgang van rechtswege in de zin van artikel 7:663 BW kan door de vervreemder en de verkrijger niet op een ander moment worden gesteld dan het tijdstip van de overgang van de onderneming. Voor zover in de stellingen van de werknemer moet worden gelezen dat hij niet wenste in te stemmen met de overgang van zijn arbeidsovereenkomst naar Wiba overweegt het hof dat in dat geval sprake moet zijn van een duidelijke en ondubbelzinnige verklaring waarin hij zijn weigering over te gaan kenbaar heeft gemaakt. Daarvan is naar het oordeel van het hof in casu geen sprake geweest. Dat de werknemer geen bezwaar heeft gemaakt tegen de loondoorbetaling door Benetra na 1 januari 2011 kan niet worden beschouwd als een weigering in dienst te treden bij Wiba. Dat geldt evenmin voor het door de werknemer vermelden van Benetra als zijn werkgever op het aanvraagformulier voor de WIA-uitkering. Als hieruit al een weigering mee over te gaan zou kunnen worden afgeleid, dan heeft die verklaring naar het oordeel van het hof niet het daarmee beoogde rechtsgevolg gehad omdat deze was gericht aan het UWV en niet aan Benetra of Wiba.

Anders dan de kantonrechter in eerste aanleg oordeelt het hof dat de werknemer Benetra niet kan aanspreken op loondoorbetaling in verband met de door het UWV opgelegde loonsanctie. Het hof wijst erop dat de arbeidsovereenkomst van de werknemer op grond van artikel 7:663 BW van rechtswege is overgegaan naar de verkrijger. Indien op het tijdstip van overgang sprake is van arbeidsongeschiktheid gaat de (wettelijke) verplichting tot re-integratie van die arbeidsongeschikte werknemer van rechtswege over op de verkrijger. De verkrijgende werkgever dient daarbij ook op te komen voor de eventuele gevolgen van het niet voldoen aan die re-integratieverplichting door de oude werkgever. Daarbij is naar het oordeel van het hof niet van belang dat de beschikking van het UWV in dit geval gericht is tot Benetra. Het staat zowel Benetra als Wiba vrij om als belanghebbende deze beschikking aan te vechten, maar het heeft in ieder geval niet als gevolg dat de werknemer hier in de relatie met Wiba geen rechten aan zou kunnen ontleen.

5. Overgang onderneming transportbedrijf zonder de overname van de vrachtauto's

Dat Wiba na 1 januari 2011 niet gebruik is gaan maken van de vrachtauto's van Benetra vormt voor het hof geen grond om aan te nemen dat het transportbedrijf van Benetra niet met behoud van identiteit is overgegaan naar Wiba. Dat Benetra op grond van de met Wiba gesloten overnameovereenkomst zowel haar klantenbestand als vrijwel haar volledige personeel overdroeg aan Wiba en Wiba nog twee maanden kon beschikken over het bedrijfsterrein van Benetra en de omstandigheid dat Benetra haar activiteiten in de betrokken vestiging staakte, brengen voor het hof mee dat sprake is van overgang van onderneming. Het is de vraag of het hof hier een juiste maatstaf aanlegt. Zo oordeelde de kantonrechter te Amsterdam onlangs in een op hoofdlijnen vergelijkbare casus (Ktr. Amsterdam 17 maart 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:1262 en AR 2014-0266) dat het door Martinair staken van de passagiersactiviteiten en het door KLM in dienst nemen van het voorheen bij Martinair in dienst zijnde personeel niet impliceerde dat sprake was van overgang van onderneming. De identiteit van de passagiersactiviteiten van Martinair was onvoldoende behouden gebleven omdat de voor de activiteiten noodzakelijke activa – de door Martinair gebruikte vliegtuigen – niet in gebruik waren genomen door KLM, zo overwoog de kantonrechter.

Is bij een overgang van een kapitaalsintensieve onderneming als hier aan de orde dan nooit sprake van identiteitsbehoud wanneer de activa niet over – of in gebruik (zie HvJ EG 15 december 2005, *JAR* 2006/19 (Securicor)) – zijn genomen door de verkrijger? Dat lijkt op gespannen voet te staan met de overwegingen van het Hof van Justitie in het Spijkers-arrest (HvJ EG 18 maart 1986, *NJ* 1987/502). In dit arrest overwoog het Hof van Justitie dat het antwoord op de vraag of sprake is van overgang van onderneming niet uitsluitend afhangt van het al dan niet overgaan van activa, maar aan de hand van alle feitelijke omstandigheden moet worden onderzocht of het gaat om de vervreemding van een lopend bedrijf, wat met name kan blijken uit het feit dat de exploitatie ervan in feite door de nieuwe ondernemer wordt voortgezet of hervat met dezelfde of soortgelijke bedrijfsactiviteiten. Dat materiële activa zoals gebouwen en roerende goederen zijn overgenomen is een van de zeven feitelijke omstandigheden – Spijkers-factoren – die het Hof van Justitie in dit kader noemt. Voorts benadrukt het Hof van Justitie dat al deze factoren slechts deelaspecten zijn van het te verrichten globale onderzoek en daarom niet elk afzonderlijk worden beoordeeld. Dat neemt echter niet weg dat de ene Spijkers-factor zwaarder kan wegen dan de andere. In het arrest Verbeek/Process House (HR 10 december 2004, *JAR* 2005/13) oordeelde de Hoge Raad dat wanneer de verkrijger voorafgaand aan de overgang reeds vergelijkbare werkzaamheden verrichtte, het belang van de omstandigheid dat de activiteiten voor en na de overgang met elkaar overeenkomen op nihil moet worden gesteld. Mijns inziens volgt uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie van na het Spijkers-arrest, dat de omstandigheid dat wel of geen

activa zijn overgenomen door de verkrijger, bepalend zal zijn bij de beantwoording van de vraag of sprake is van identiteitsbehoud. Dat is alleen anders wanneer de arbeidskrachten het voornaamste kenmerk vormen van de ondernemingsactiviteit (HvJ EG 11 maart 1997, *JAR* 1997/91 (*Süzen*)). Die handvatten zijn mijns inziens ook nodig voor de praktijk omdat een volledig holistische benadering van de vraag of sprake is van identiteitsbehoud zou leiden tot te veel rechtsonzekerheid over het antwoord op de vraag of sprake is (geweest) van overgang van onderneming. Daarbij merk ik op dat het onderscheid tussen ondernemingen met een zogenoemd kapitaalsintensief karakter en ondernemingen met een arbeidsintensief karakter in lang niet alle gevallen zwart-wit is. Een illustratie van dat laatste vormt het oordeel van het Hof van Justitie in het Sodexho-arrest (HvJ EG 20 november 2003, *JAR* 2003/298).

Gelet op het bovenstaande had naar mijn mening het door Wiba gebruik gaan maken van de vrachtauto's van Benetra bepalend moeten zijn geweest voor een bevestigende beantwoording van de vraag of sprake is van overgang van onderneming. Ik wijs daarbij ook op de omstandigheden in het arrest *Oy Liikenne* van het Hof van Justitie (HvJ EG 25 januari 2001, *JAR* 2001/68). Hoewel in dit arrest sprake was van een contractswissel, sluiten de omstandigheden die hier aan de orde waren aan bij die in deze zaak. In het arrest *Oy Liikenne* oordeelde het Hof van Justitie dat geen sprake was van identiteitsbehoud bij de overgang van een vervoersconcessie van de ene op de andere busmaatschappij omdat de busmaatschappij die de vervoersconcessie verkreeg geen gebruik ging maken van de bussen van de andere maatschappij, maar eigen bussen inzette op de vervoersconcessie. De nieuwe vervoerder nam hier wel 33 van de 45 chauffeurs in dienst die voorheen op deze concessie reden. Ook nam de nieuwe vervoerder de dienstuniformen van de voormalige vervoerder over. Het Hof van Justitie oordeelde dat geen sprake was van overgang van onderneming en overwoog daarbij:

‘In een sector als het geregeld openbaar vervoer per autobus, waarin materiële activa in belangrijke mate bijdragen aan de activiteit, moet het feit dat geen overgang van enig belang van dergelijke, voor de goede werking van de eenheid onontbeerlijke activa van de vorige naar de huidige opdrachtnemer heeft plaatsgevonden, evenwel tot de conclusie leiden, dat de eenheid haar identiteit niet heeft behouden.’

In lijn hiermee zouden de door Benetra gebruikte vrachtauto's moeten worden beschouwd als onontbeerlijke activa voor de goede werking van de transportonderneming. Het feit dat deze vrachtauto's niet zijn overgenomen door Wiba impliceert dan dat geen sprake is van identiteitsbehoud, en dus van overgang van onderneming. Dat Benetra zowel haar klantenbestand als vrijwel haar volledige personeel overdroeg aan Wiba en Benetra na de overgangsdatum al haar activiteiten in de betrokken vestiging staakte is dan onvoldoende om aan te nemen dat de onderneming met behoud van identiteit is overgegaan.

6. De overgang van de arbeidsongeschikte werknemer

Het hof passeert de stelling van de werknemer dat zijn arbeidsovereenkomst niet is overgegaan naar Wiba omdat hij in verband met zijn arbeidsongeschiktheid op het tijdstip van overgang geen deel (meer) uitmaakte van de onderneming die door Benetra werd overgedragen aan Wiba. Het hof oordeelt dat hier geen sprake is van een situatie als aan de orde in het arrest Memedovic/Asito. In een eerder commentaar (AR 2012-0759) bij de uitspraak van het Hof Leeuwarden van 14 augustus 2012 (*JAR* 2012/243) stond ik reeds stil bij de positie van de arbeidsongeschikte werknemer bij overgang van onderneming. Het hof oordeelde in deze uitspraak dat ook de arbeidsovereenkomst van de langdurig maar niet blijvend arbeidsongeschikte werknemer, die voorafgaand aan zijn arbeidsongeschiktheid werkzaam was bij het overgegane ondernemingsonderdeel en daar naar verwachting ook weer aan het werk zou gaan na zijn herstel, van rechtswege mee overgaat (in zijn recente uitspraak van 18 maart 2014, *ECLI:NL:GHARL:2014:2165*, oordeelde het hof op een zelfde wijze). In mijn commentaar betoogde ik dat het niet mee overgaan van de arbeidsongeschikte werknemer op de voet van de overwegingen van de Hoge Raad in het arrest Memedovic/Asito in strijd is met het doel van artikel 7:662 e.v. BW en de daaraan ten grondslag liggende Richtlijn 2001/23/EG, ook wanneer op het tijdstip van de overgang aannemelijk zou zijn dat de arbeidsongeschikte werknemer niet meer op een wijze als voorheen werkzaam zal kunnen zijn bij het overgaande ondernemingsonderdeel. Mijns inziens moeten de overwegingen van de Hoge Raad in het arrest Memedovic/Asito restrictief worden uitgelegd en zouden deze uitsluitend van toepassing kunnen zijn in een situatie als aan de orde in dat arrest, waarin de betrokken werknemer op het tijdstip van de overgang om niet met de overgang van het ondernemingsonderdeel verband houdende redenen is geschorst en geen uitzicht op terugkeer bestaat.

Het hof overweegt dat een overgang van rechtswege in de zin van artikel 7:663 BW door de vervreemder en de verkrijger niet op een ander moment kan worden gesteld dan het tijdstip van de overgang van de onderneming. Dit oordeel is in lijn met de overwegingen van het Hof van Justitie in het arrest Celtec/Astley (HvJ EG 26 mei 2005, *JAR* 2005/205). In dit arrest oordeelde het Hof van Justitie dat het tijdstip waarop de hoedanigheid van 'ondernemer die de betrokken entiteit exploiteert' overgaat van de vervreemder op de verkrijger het tijdstip is waarop de onderneming én de daar werkzame werknemers overgaan in de zin van de Richtlijn. De weigering van de werknemer in dienst te treden bij de verkrijger leidt tot een beëindiging van zijn arbeidsovereenkomst van rechtswege (HvJ EG 11 juli 1985, *NJ* 1988/907 (Mikkelsen) en HR 7 oktober 1988, *NJ* 1989/240 (Boode/Hoheisel)). Die weigering moet dan wel geschieden in een duidelijke en ondubbelzinnige verklaring (HR 26 mei 2000, *JAR* 2000/152 (Veenendaal/Van Vuuren)). Op de vervreemder rust in dat kader de verplichting de

werknemer te informeren over zijn rechtspositie en over de gevolgen van het al dan niet overgaan van de arbeidsovereenkomst op grond van artikel 7:663 BW. Uit de overwegingen van de Hoge Raad in het arrest Bos/Pax (HR 26 juni 2009, *JAR* 2009/183) volgt dat het op initiatief van Benetra (en Wiba) en met goedkeuring door de vakbond na de overgang in dienst van Benetra blijven van de werknemer gedurende zijn arbeidsongeschiktheid, niet kan worden opgevat als een duidelijke en ondubbelzinnige verklaring van de werknemer om niet mee over te gaan. Dat de werknemer na de overgang Benetra vermeldde op het aanvraagformulier voor de WIA-uitkering en hij zich nu bij het hof op het standpunt stelt dat hij zou hebben ingestemd met het voortduren van zijn arbeidsovereenkomst met Benetra zolang hij arbeidsongeschikt was, maakt dit naar mijn mening niet anders. Ook als hieruit zou kunnen worden opgemaakt dat de werknemer niet zou hebben ingestemd met de overgang van zijn arbeidsovereenkomst naar Wiba, maakte de werknemer dit pas duidelijk (lang) nadat de onderneming was overgegaan naar Wiba. Naar mijn mening kan dat dan geen effect meer hebben op de overgang van de arbeidsovereenkomst van de werknemer.

7. De aansprakelijkheid voor de na de overgang opgelegde loonsanctie

Anders dan de kantonrechter oordeelt het hof dat de verlengde verplichting tot loondoorbetaling aan de werknemer uit hoofde van de loonsanctie van het UWV als uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichting onder het toepassingsbereik van artikel 7:663 BW valt (zo ook Hof Leeuwarden 28 augustus 2012, *JAR* 2012/259). Dat lijkt mij in lijn met de aan artikel 7:663 BW ten grondslag liggende ratio. In artikel 7:663 BW, noch in het daaraan ten grondslag liggende artikel 3 uit de Richtlijn, wordt een onderscheid gemaakt tussen al dan niet als arbeidsvoorwaarden aan te duiden wezenlijke en minder wezenlijke aspecten van de arbeidsovereenkomst. Daardoor is sprake van een alomvattende overgang van uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen (zie hierover nader par. 5.6 van mijn dissertatie *Pluraliteit van werkgeverschap*, Deventer: Kluwer 2012). De verkrijger treedt op het moment van overgang in alle uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichtingen, ongeacht of deze voor of na de overgang (zijn) ontstaan of opeisbaar (zijn) (ge)worden (HvJ EG 7 februari 1985, *NJ* 1985/900 (Abels)). Hoewel de verplichting tot verlengde loondoorbetaling voortvloeit uit de wet, staat zij in een dusdanig nauw verband met de arbeidsovereenkomst dat deze verplichting naar mijn mening voor de toepassing van artikel 7:663 BW moet worden aangemerkt als een uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichting. De arbeidsovereenkomst vormt immers de grondslag voor deze verplichting en de werknemer kan hiervan zelfstandig nakoming vorderen bij de werkgever. Dat geldt, indien daarover in de arbeidsovereenkomst met de werknemer geen afspraken zijn gemaakt, ook voor andere meer gebruikelijke uit de wet voortvloeiende verplichtingen van de werkgever op grond van de arbeidsovereenkomst met de werknemer, zoals de verplichting tot betaling van

het in artikel 7:629 lid 1 BW genoemde percentage van het loon tijdens ziekte en het in acht nemen van de in artikel 7:672 BW voorgeschreven opzegtermijn.

Hoewel de loonsanctie in dit geval na de overgang was opgelegd aan Benetra, oordeelt het hof dat het hier gaat om een verplichting die rust op 'de werkgever'. Sinds 1 januari 2011 is dat, als gevolg van de door het hof aangenomen overgang van onderneming, Wiba. Dat de beschikking van het UWV is gericht aan Benetra is dan naar het oordeel van het hof niet van belang. Naar het oordeel van het hof kan de werknemer uitsluitend Wiba aanspreken op loondoorbetaling in verband met de door het UWV opgelegde loonsanctie. Dat de loonsanctie na het tijdstip van overgang werd opgelegd neemt mijns inziens echter niet weg dat deze mede is gegrond op het door Benetra voorafgaande aan de overgang van de arbeidsovereenkomst niet voldoen aan haar re-integratieverplichtingen ex artikel 7:658a BW. Betoogd zou kunnen worden dat de aansprakelijkheid voor de verlengde loondoorbetaling om die reden onder de hoofdelijke aansprakelijkheid van Benetra op grond van de tweede zin van artikel 7:663 BW zou kunnen vallen. Daarnaast zou Wiba, indien over de kosten van een eventuele loonsanctie niets werd afgesproken in de overnameovereenkomst, Benetra kunnen aanspreken voor (een deel van) het loon dat op grond van het door Benetra niet voldoen aan haar re-integratieverplichtingen door Wiba aan de werknemer moet worden betaald. Artikel 7:663 BW beoogt geen inbreuk te maken op de onderlinge verhouding tussen de vervreemder en de verkrijger ten aanzien van de aansprakelijkheid voor uit de arbeidsovereenkomst van de overgegangene werknemer voortvloeiende verplichtingen. Dat brengt mee dat de verkrijger die aan de werknemer een schuld heeft voldaan waarvoor de vervreemder voor de overgang ten opzichte van de werknemer aansprakelijk en draagplichtig was, de vervreemder kan aanspreken tot terugbetaling daarvan (zie Rb. Zwolle-Lelystad 19 oktober 2011, ECLI:NL:RBZLY:2011:BU5790). Wiba zou dan op grond van artikel 6:10 en 6:12 BW regres kunnen nemen op Benetra voor de kosten van de aan haar opgelegde loonsanctie indien deze het gevolg is van het door Benetra niet voldoen aan haar re-integratieverplichtingen jegens de werknemer gedurende de tijd dat hij bij Benetra in dienst was.

Of derden, zoals pensioenfondsen of de Belastingdienst, de verkrijger op grond van artikel 7:663 BW kunnen aanspreken op voorafgaande aan het tijdstip van de overgang ontstane (wettelijke) verplichtingen van de vervreemder uit hoofde van de arbeidsovereenkomst van de werknemer, lijkt op basis van de rechtspraak af te hangen van de aard van de verplichting (zie hierover nader aant. C.3 van mijn commentaar bij art. 7:663 BW in *Sdu Commentaar Arbeidsrecht Artikelsgewijs*).

RECHTSPRAAK

Emiliano Torralbo Marcos/Korota SA

Griffierechten in geval van beroep in sociale zaken mogelijk in strijd met recht op doeltreffende voorziening in rechte ex artikel 47 Handvest grondrechten EU. In casu is beroep op artikel 47 Handvest niet mogelijk wegens ontbreken Unierechtelijk geschil of uitvoering (art. 51 Handvest). Veilig stellen rechten waarborgfonds in casu niet aan de orde.

Korota is sinds 16 juni 2008 in een insolventieprocedure verwikkeld. Vanaf 2010 staat Korota onder bewindvoering. Op 25 juni 2012 is een schikkingsvoorstel tussen Korota en Torralbo Marcos (werknemer) tot stand gekomen. Op 22 maart 2013 heeft Torralbo Marcos een ‘recurso de reposición’ (hoger beroep) ingesteld tegen deze beslissing waarbij hij in wezen betoogt dat hij de griffieheffing niet dient te betalen aangezien hij overeenkomstig artikel 2 onder d van ley 1/1996 (Spaans recht) recht had op kosteloze rechtsbijstand in zijn hoedanigheid van werknemer en begunstigde van het socialezekerheidsstelsel en aangezien ley 10/2012 bovendien onverenigbaar is met artikel 47 van het Handvest daar die wet een onevenredige belemmering in het leven roept die het door dit artikel gewaarborgde grondrecht op een doeltreffende voorziening in rechte schendt.

Het Hof van Justitie EU oordeelt als volgt. In dit verband zij eraan herinnerd dat het toepassingsgebied van het Handvest, wat het optreden van de lidstaten betreft, is omschreven in artikel 51 lid 1 van het Handvest, op grond waarvan de bepalingen van het Handvest tot de lidstaten zijn gericht uitsluitend wanneer deze het recht van de Unie ten uitvoer brengen (arrest Åkerberg Fransson, C-617/10, EU:C:2013:105, punt 17). In het kader van het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing heeft de nationale regeling aan de orde in het hoofdgeding algemeen betrekking op bepaalde heffingen op het gebied van de rechtsbedeling. Zij heeft niet tot doel om bepalingen van Unierecht ten uitvoer te brengen. Bovendien bevat het Unierecht geen enkele bijzondere regeling ter zake of een regeling die van invloed kan zijn op deze nationale regeling. Verder heeft het voorwerp van het hoofdgeding geen betrekking op de uitlegging of de toepassing van een andere rechtsregel van het Unierecht dan die in het

Handvest (zie naar analogie beschikking *Sociedade Agrícola e Imobiliária da Quinta de S. Paio*, EU:C:2013:810, punt 21). Anders dan de zaak die heeft geleid tot het arrest *DEB* (C-279/09, EU:C:2010:811), waarnaar de verwijzende rechter verwijst en die betrekking had op een verzoek om rechtsbijstand in het kader van een krachtens het recht van de Unie ingestelde aansprakelijkheidsvordering tegen de overheid, blijkt duidelijk uit de verwijzingsbeslissing dat de griffierechten aan de orde in het hoofdgeding betrekking hebben op het instellen van een beroep in ‘suplicación’ tegen de reeds aangehaalde beschikking van 3 januari 2013, waarin de verwijzende rechter de vordering van *Torralbo Marcos* tot gedwongen tenuitvoerlegging van de schikkingsovereenkomst heeft verworpen op basis van het nationale recht, namelijk artikel 239 van de wet betreffende de gerechten voor arbeids- en socialezekerheidszaken. De verwijzende rechter wijst er inderdaad op dat de gerechtelijke stappen die *Torralbo Marcos* heeft ondernomen, uiteindelijk tot doel hebben om, overeenkomstig artikel 3 van Richtlijn 2008/94, toegang te krijgen tot de bijstand van het *Fogasa* (Waarborgfonds) in geval van insolventie van *Korota*. Evenwel moet worden vastgesteld dat in de huidige stand van het hoofdgeding de betrokken situatie niet binnen de werkingssfeer van deze richtlijn en evenmin, meer in het algemeen, binnen die van het Unierecht valt. Zoals de Europese Commissie onder de aandacht heeft gebracht, blijkt uit de bewoordingen van artikel 2 lid 1 van Richtlijn 2008/94 dat de vraag of een werkgever wordt geacht in staat van insolventie te verkeren, met het oog op de toepassing van deze richtlijn, afhankelijk is van het nationale recht alsook van een beslissing of een vaststelling van een bevoegde nationale autoriteit. Hoewel *Korota* volgens de aanwijzingen van de verwijzingsbeslissing ten minste sinds juni 2008 in surseance van betaling verkeert, bevat deze beslissing geen enkel concreet gegeven op basis waarvan deze onderneming, in de huidige stand van het hoofdgeding, kan worden geacht in staat van insolventie te verkeren overeenkomstig de relevante bepalingen van Spaans recht. Integendeel, uit de opmerking van de verwijzende rechter dat het beroep van *Torralbo Marcos*, met als voorwerp de gedwongen tenuitvoerlegging van de schikkingsovereenkomst, erop gericht is een gerechtelijke insolventverklaring jegens *Korota* te verkrijgen, vloeit voort dat deze onderneming op basis van Spaans recht thans niet wordt geacht in staat van insolventie te verkeren. Het feit dat *Torralbo Marcos* met de stappen die hij heeft ondernomen, volgens de verwijzende rechter, een dergelijke insolventverklaring tracht te verkrijgen teneinde recht op bijstand van het *Fogasa* te krijgen overeenkomstig artikel 3 van Richtlijn 2008/94, volstaat niet om te oordelen dat de situatie aan de orde in het hoofdgeding, reeds vanaf dit stadium van de procedure, binnen de werkingssfeer van deze richtlijn, en dus van het Unierecht, valt. Voorts zij opgemerkt dat de verwijzende rechter, volgens zijn eigen stellingen, in zijn beschikking van 3 januari 2013, waartegen *Torralbo Marcos* beroep in ‘suplicación’ heeft ingesteld, heeft geweigerd om de vordering van laatstgenoemde tot gedwongen tenuitvoerlegging van de

schikkingsovereenkomst toe te kennen op grond, in wezen, dat de voortzetting van deze gedwongen tenuitvoerlegging afhankelijk is van een beslissing van de bevoegde handelsrechtbank, die Torralbo Marcos heeft verzocht zijn rechten te doen gelden. Deze beschikking loopt niet vooruit op de eventuele insolventie van Korota en evenmin op het eventuele recht van de betrokkene op het honoreren van zijn on vervulde loonaanspraken door het bevoegde waarborgfonds overeenkomstig Richtlijn 2008/94, ingeval Korota insolvent wordt verklaard overeenkomstig de relevante nationale bepalingen. Uit een en ander volgt dat de rechtssituatie die heeft geleid tot het hoofdgeding, niet binnen de werkingssfeer van het Unierecht valt. Daarom is het Hof niet bevoegd om de prejudiciële vragen van de rechter te beantwoorden.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 27-03-2014

Zaaknummer: C-265/13

RECHTSPRAAK

werknemer/Stichting Stadsmuseum Woerden

Conservator is drie keer door inlening via een derde partij werkzaam geweest voor stadsmuseum. Zij is niet in dienst getreden van het stadsmuseum. Toepassing arrest ABN AMRO/Malhi.

X is vanaf januari 2000 tot 1 juni 2013 werkzaam geweest als conservator bij Stadsmuseum Woerden. In de periode januari 2000 tot april 2001 zijn de werkzaamheden verricht op basis van een uitzendovereenkomst. Aansluitend is zij in dienst getreden bij de Stichting Sociaal Cultureel Werk en van daaruit gedetacheerd bij Stadsmuseum Woerden. Per 1 januari 2008 is zij in dienst getreden bij Stichting Kunstencentrum Het Klooster (hierna: Het Klooster), van waaruit zij wederom bij Stadsmuseum Woerden gedetacheerd is. Stadsmuseum Woerden heeft de overeenkomst van inlening met Het Klooster opgezegd tegen 1 mei 2013. Vervolgens heeft Het Klooster de arbeidsovereenkomst van X wegens bedrijfseconomische redenen opgezegd. In de onderhavige procedure stelt X dat zij in dienst is van Stadsmuseum Woerden. Zij stelt onder andere dat zij op basis van een payrollconstructie voor Stadsmuseum Woerden werkzaam is geweest.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Het Klooster wordt niet als payrollbedrijf aangemerkt, omdat het hier niet lijkt te gaan om beroepsmatige terbeschikkingstelling van personeel, maar een vorm van ondersteuning waarbij Het Klooster extra taken op zich heeft genomen, die niet horen bij de primaire doelstelling van Het Klooster. Wel is net als bij payrolling sprake van een (vergelijkbare) arbeidsrechtelijke driehoeksverhouding. De relatie tussen X en Stadsmuseum Woerden kan feitelijk niet als een arbeidsovereenkomst gekwalificeerd worden. Er kan niet lichtvaardig aan voorbij gegaan worden dat Stadsmuseum Woerden welbewust met Het Klooster gecontracteerd heeft en niet rechtstreeks met X. X heeft ten aanzien van haar eigen positie evenmin gesteld of nadere feiten en omstandigheden aangevoerd waaruit begrepen had moeten worden dat zij van mening was wel bij Stadsmuseum Woerden in dienst te treden of waaruit zou volgen dat X met de feitelijke gang van zaken niet kon instemmen. In verband met de rechtszekerheid dient terughoudendheid in acht genomen te worden om in weerwil van de gemaakte afspraken toch een arbeidsovereenkomst tussen X en Stadsmuseum Woerden aan te nemen. Een geruisloze vervanging van een inleenovereenkomst door een

arbeidsovereenkomst kan immers niet worden aangenomen (HR 5 april 2002, ABN AMRO/Malhi). Daarbij komt dat het hier niet gaat om de vraag *of* de overeenkomst tussen (dezelfde) partijen als een arbeidsovereenkomst gekwalificeerd kan worden, maar om de vraag *met wie* de arbeidsovereenkomst bestaat. Het arrest ABN AMRO/Malhi weegt in dit geval zwaarder dan de jurisprudentie die ziet op de kwalificatie van de overeenkomst tussen *dezelfde* partijen (zoals het arrest Groen/Schoevers). Het standpunt van X dat er – gelet op de bijzondere situatie – aanleiding bestaat om naast eventuele ‘formele kennelijk onredelijkheid’ ook ‘materiële kennelijk onredelijkheid’ aan te nemen, op grond waarvan Stadsmuseum Woerden dan toch uit hoofde van kennelijk onredelijk ontslag aangesproken kan worden, wordt niet gevolgd, omdat een wettelijke bepaling hiertoe ontbreekt. Volgt afwijzing van de vordering.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 26-03-2014

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2014:1212

Zaaknummer: 2389603 UC EXPL 13-15347 JOZ/9100

Rechters: J.O. Zuurmond

Advocaten: A. Borgers en J.K. den Haan

Wetsartikelen: 7:610 BW en 7:681 BW

RECHTSPRAAK

X/ZVM Huishoudelijk Hulp B.V.

***Afwijzing ‘loonvordering’ alfahulp jegens zorgbemiddelaar.
Zorgbemiddelaar wordt uitdrukkelijk niet als werkgever
aangesproken, terwijl de vorderingen wel worden gebaseerd op
arbeidsrechtelijke bepalingen.***

X is werkzaam als alfahulp. Zij vordert loon over de opzegtermijn en betaling van achterstallig salaris van bemiddelingsbureau ZVM. X beroept zich op het arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden van 5 november 2013 (AR 2013-0893).

De kantonrechter oordeelt als volgt. Het arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden kan niet op de onderhavige zaak worden toegepast. Ten eerste niet omdat daar primair juist wel uit arbeidsovereenkomst tegen de betrokken ‘bemiddelende’ thuiszorginstelling geprocedeerd is, uiteindelijk in hoger beroep met het door de alfahulp beoogde resultaat. In de tweede plaats beschikte de kantonrechter in die zaak over een zeer uitgebreid dossier waarvan onder meer de behandelingsduur en de inhoud van het arrest van 5 november 2013 blijken. Namens de in die zaak agerende alfahulp is met kracht van argumenten – en uiteindelijk met succes – betoogd waarom de formele afspraken en kwalificaties in de verhouding tussen haar, de thuiszorginstelling en de diverse cliënten niet in de weg stonden aan het kwalificeren van de eerste overeenkomst (met de instelling) als arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:610 BW. Nu X dus in het kader van een volledig op de arbeidsrechtelijke regeling van Boek 7 titel 10 BW steunende aanpak van de vorderingen er juist niet voor kiest ZVM aan te spreken als haar werkgeefster doch louter als de bemiddelaar en kassier die zij naar de letter van de overeenkomsten uit 2012 en 2013 werd, worden haar vorderingen afgewezen. Nu X niet stelt dat sprake is van een arbeidsovereenkomst, valt niet in te zien waarom ZVM als kassier op zou moeten komen voor ‘loon’ (beter zou zijn: schadevergoeding ex art. 7:677 lid 3 en lid 4 BW). X heeft nog aangegeven ZVM niet uit hoofde van onrechtmatige daad aan te spreken. Het voorgaande geldt mutatis mutandis evenzeer – of wellicht nog sterker – voor het deel van de vordering dat ziet op de volgens X voor risico van ZVM komende niet-gewerkte uren. Naast het feit dat er geen gehoudenheid van ZVM uit arbeidsovereenkomst aangenomen kan worden, heeft hiervoor te gelden dat de exacte werkplanning krachtens de met iedere

afzonderlijke cliënt(e) gemaakte schriftelijke afspraken (de ‘arbeidsovereenkomsten’) binnen de gegeven maximumomvang (de verzorgingsindicatie die gebaseerd was op de financiering) er een was tussen X en de bewuste cliënt(e).

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 26-03-2014

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2014:2991

Zaaknummer: 2550348 CV EXPL 13-4653

Rechters: H.W.M.A. Staal

Advocaten: W.J.F. Geertsen

RECHTSPRAAK

werkgever/erven van werknemer

De mate en duur van de blootstelling is niet van belang voor het al dan niet toepassen van de arbeidsrechtelijke omkeringsregel op situaties van mesotheliom. Zie ook HR 7 juni 2013.

(Vervolg op AR 2013-0965.) Werknemer is in 2007 overleden aan de gevolgen van een mesotheliom. Werknemer heeft van 1980 tot 1985 gewerkt bij werkgever als scheepsbouwer. Daarvoor heeft hij bij diverse andere scheepsbouwers gewerkt, en als smid. De erven van werknemer stellen werkgever aansprakelijk voor de schade die werknemer heeft geleden. De kantonrechter heeft de vordering toegewezen, onder meer vanwege het feit dat de werkgever kan worden beschouwd als rechtsopvolger (middels overgang van onderneming) van twee eerdere werkgevers van werknemer (bedrijf 2 1957-1959 en bedrijf 6 1974-1980). Het beroep op verjaring heeft de kantonrechter verworpen. Het hof heeft geconcludeerd dat het beroep op verjaring slaagt voor zover het betrekking heeft op blootstelling aan asbest gedurende de eerste periode van het dienstverband van werknemer (de jaren 1957-1959) bij Scheepswerf 1. Ten aanzien van de tweede periode (de jaren 1974-1985) heeft het hof overwogen dat wanneer ook in die periode sprake is geweest van blootstelling, het beroep op verjaring slaagt indien deze blootstelling vanaf 13 juli 1977 was geëindigd. Het hof heeft ten aanzien van (het door erven van werknemer te leveren) bewijs van de blootstelling onder verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad van 26 januari 2001 (ECLI:NL:HR:2001:AA9666) overwogen dat voor dat bewijs de mogelijkheid van blootstelling onvoldoende is; werknemer dient daadwerkelijk te zijn blootgesteld aan asbest. Het hof heeft de erven van werknemer in de gelegenheid gesteld te reageren op het met een beroep op de arresten van 7 juni 2013 van de Hoge Raad (ECLI:NL:HR:2013:BZ1717 en ECLI:NL:HR:2003:BZ1721) en een rapport van de Gezondheidsraad onderbouwde betoog van werkgever dat niet iedere blootstelling aan asbest volstaat, maar dat sprake moet zijn van een relevante mate van blootstelling.

Het hof oordeelt thans als volgt. Wanneer een werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden is blootgesteld aan voor de gezondheid gevaarlijke omstandigheden en schade aan zijn gezondheid heeft opgelopen, moet het door de werknemer te bewijzen oorzakelijk verband tussen de werkzaamheden en die schade in beginsel worden aangenomen

indien de werkgever heeft nagelaten de maatregelen te treffen die redelijkerwijs nodig zijn om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden dergelijke schade lijdt. Voor de toepassing van deze regel is nodig dat de werknemer niet alleen stelt en zo nodig bewijst dat hij zijn werkzaamheden heeft moeten verrichten onder omstandigheden die schadelijk kunnen zijn voor zijn gezondheid, maar ook dat hij stelt en zo nodig aannemelijk maakt dat hij lijdt aan gezondheidsklachten die daardoor kunnen zijn veroorzaakt (HR 17 november 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8369; HR 23 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW6166; HR 9 januari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BF8875). Deze door de Hoge Raad ontwikkelde (arbeidsrechtelijke omkerings)regel drukt het vermoeden uit dat de gezondheidsschade van de werknemer is veroorzaakt door de omstandigheden waarin deze zijn werkzaamheden heeft verricht. Dit vermoeden wordt gerechtvaardigd door hetgeen in het algemeen bekend is omtrent de ziekte en haar oorzaken, alsook door de schending door de werkgever van de veiligheidsnorm die beoogt een en ander te voorkomen. Gelet daarop is voor dat vermoeden geen plaats in het geval het verband tussen de gezondheidsschade en de arbeidsomstandigheden te onzeker of te onbepaald is, aldus de Hoge Raad in zijn arrest van 7 juni 2013 (ECLI:NL:HR:2013:BZ1721). Het ‘monocausale’ karakter van mesothelioom wettigt naar het oordeel van het hof in beginsel het vermoeden van functioneel verband met de werkzaamheden van de werknemer indien vaststaat dat de werknemer tijdens zijn werkzaamheden is blootgesteld aan asbest. Een andere oorzaak voor het ontstaan van mesothelioom dan blootstelling aan asbest is er immers niet. Dat is niet anders wanneer sprake is geweest van een geringe blootstelling en/of een beperkte blootsteldingsduur. Ook bij een geringe mate van blootstelling kan mesothelioom ontstaan. In zoverre is, anders dan werkgever bepleit, de mate en duur van de blootstelling niet van belang voor het al dan niet toepassen van de arbeidsrechtelijke omkeringsregel op situaties van mesothelioom. Het hof acht werknemer uiteindelijk niet geslaagd in het leveren van bewijs dat hij is blootgesteld aan asbest. De omstandigheid dat het beroep van scheepsbouwer op de ‘asbestkaart’ in de litigieuze periode ‘hoog’ scoorde, is onvoldoende.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 25-03-2014

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2014:2424

Zaaknummer: 200.104.783/01

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

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

Wetsartikelen: 7:658 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/ZO Wonen, Woonmaatschappij

Werkgever handelt in strijd met het goed werkgeverschap door invulling 'bonuscriteria' achterwege te laten ondanks herhaaldelijk verzoek werknemer. Werkgever is maximale bonus verschuldigd. Gewekt vertrouwen inzake pensioen.

Werknemer (geboren 1947) is op 15 juli 1997 in dienst getreden van ZO Wonen en benoemd tot alleen bevoegd algemeen directeur en bestuurder. Zijn salaris bedroeg laatstelijk € 12.739,86 bruto per maand. In de in 2007 getekende arbeidsovereenkomst is tevens een bonusregeling opgenomen. De criteria waaronder de bonus tot uitkering zal komen, hebben partijen toen niet ingevuld (dat zou later geschieden doch uiterlijk voor 15 december 2007). Het is partijen niet gelukt hierover overeenstemming te krijgen. Werknemer stelt zich op het standpunt dat hij recht heeft op de maximale bonus (20% van het loon). De kantonrechter rekent het niet nader overeenkomen van bonuscriteria werknemer aan en wijst de vorderingen van werknemer grotendeels af.

Het hof oordeelt als volgt. Het beeld dat op basis van de stukken naar voren komt, is dat werknemer van stond af aan, namelijk vanaf het moment dat duidelijk was dat er op 15 december 2007 nog geen criteria voor de variabele beloning zouden zijn afgesproken, er bij de (Selectiecommissie van de) RvC op heeft aangedrongen dat criteria zouden worden geformuleerd met betrekking tot zijn variabele beloning. Werknemer heeft zich namelijk reeds vanaf 13 december 2007 tot de (Selectiecommissie van de) RvC gewend. De RvC van ZO Wonen op zijn beurt heeft geen dan wel onvoldoende actie ondernomen, waar dit van hem wel kon worden verwacht en ter zake ook met werknemer afspraken waren gemaakt. Anders dan de kantonrechter heeft overwogen, dient het achterwege blijven van criteria voor rekening en risico van ZO Wonen te komen. Op instigatie van werknemer zijn partijen vanaf december 2007 met elkaar over dit onderwerp in gesprek gebleven. Reeds in april 2008 werd afgesproken dat de toenmalige voorzitter van de RvC mr. X zou contacteren; eerst in maart 2009 heeft de waarnemend voorzitter van de RvC mr. X benaderd. Beoordeling aan de hand van de door mr. X opgestelde conceptcriteria is niet aan de orde, nu deze criteria in elk geval door de RvC niet zijn goedgekeurd en voorts niet nader zijn ingevuld. Onder de gegeven

omstandigheden, waartoe het hof ook rekent de omstandigheid dat werknemer over 2007 en 2008 de maximale bonus heeft ontvangen en ZO Wonen voorts bij e-mailbericht van 29 april 2009 nog publiekelijk haar vertrouwen in werknemer als bestuurder heeft uitgesproken, komt het hof tot de conclusie dat ZO Wonen in strijd handelt met de op haar rustende verplichting om zich jegens werknemer, in het kader van de met hem gesloten arbeidsovereenkomst, als een goed werkgever te gedragen. In het licht van het door ZO Wonen op 29 april 2009 publiekelijk uitgesproken vertrouwen in werknemer, heeft zij het in hoger beroep gestelde onvoldoende functioneren van werknemer niet dan wel onvoldoende onderbouwd.

Ook ten aanzien van het pensioen is bij werknemer het vertrouwen gewekt dat hem een gunstige(re) pensioenregeling zou toekomen. ZO Wonen heeft ook hier in strijd met het goed werkgeverschap gehandeld.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 25-03-2014

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2014:806

Zaaknummer: HD 200.091.677/01

Rechters: M.J.H.A. Venner-Lijten, A.E. Bos en Y.L.L.A.M. Delfos-Roy

Advocaten: E.T. Vreugdenhil en A.L.W.G. Houtakkers

Wetsartikelen: 7:611 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgeefster

Afwijzing ontbinding op verzoek werknemer. Arbeidsovereenkomst is al geëindigd door rechtsgeldige opzegging.

Werknemer is sinds 1 juni 2008 in dienst als productiemedewerker/parketlegger. Vanaf 18 oktober 2013 is hij wegens ziekte arbeidsongeschikt. Werknemer heeft op 14 november 2013 een ontbindingsverzoek ingediend. Werkgeefster stelt dat de arbeidsovereenkomst reeds op 31 december 2013 na verkregen toestemming van het UWV WERKbedrijf wegens bedrijfseconomische redenen door opzegging is geëindigd.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Omdat werknemer niet weerspreekt dat de arbeidsovereenkomst per 31 december 2013 geëindigd is en zelfs de verzochte ontbinding niet voorwaardelijk vraagt (namelijk voor het geval later in rechte zou komen vast te staan dat er nog een arbeidsovereenkomst tussen partijen vigeert), kan hij thans niet langer in zijn verzoek ontvangen worden. Bij gelegenheid van de gehouden tweede mondelinge behandeling op 11 februari 2014 verklaarde werknemer echter (de grondslag van) zijn op 14 november 2013 ingediende verzoek te handhaven, zodat daarop alsnog beslist dient te worden. Het verzoek noch de door werknemer aan zijn verzoek ten grondslag gelegde reden is thans nog actueel. Er bestaat immers geen arbeidsovereenkomst meer tussen partijen. Ontbinding op grond van het bepaalde in artikel 7:685 BW is dan uitgesloten omdat deze niet met terugwerkende kracht uitgesproken kan worden. De ontbindingsprocedure leent zich voorts ook niet voor het geldend maken van aanspraken die ontstaan zijn in de loop van het dienstverband, waaronder in ieder geval te denken valt aan gepretendeerde rechten op achterstallig loon. Volgt afwijzing van het ontbindingsverzoek.

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 21-03-2014

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2014:2792

Zaaknummer: 2542662 EJ VERZ 13-234

Rechters: H.W.M.A. Staal

Advocaten: J.P.J. Franssen en M.C.E. Cransveld

Wetsartikelen: 7:685 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/DA Retailgroep B.V.

Werknemer kiest zelf voor andere functie met bijbehorend lager salaris, waarbij hij is bijgestaan door een medewerker van de vakbond. Beroep op cao-bepaling ten aanzien van salarisbehoud bij plaatsing in andere functie faalt.

Werknemer is sinds 1999 in dienst van DA Retailgroep. Op de arbeidsverhouding is de CAO DA Retailgroep van toepassing. Werknemer bekleedde tot 1 januari 2013 de functie van chauffeur. Uit dien hoofde was hij ingeschaald in salarisschaal E. Vanaf 1 januari 2013 heeft DA Retailgroep het vervoer uitbesteed aan PostNL en bekleedt werknemer de functie van medewerker D. Het salaris van werknemer is verlaagd. Artikel 7.3.3 van de cao bepaalt het volgende: ‘Werknemers, die als gevolg van bedrijfsomstandigheden in een lager ingedeelde functie worden geplaatst, worden met ingang van de datum van plaatsing in de lagere functie in de met deze functie overeenkomende salarisschaal ingedeeld.’ In artikel 8.5.3 van de cao wordt bepaald dat de werknemer in dat geval via inschaling een schaalsalaris wordt toegekend, dat zo min mogelijk onder het oorspronkelijke salaris ligt. In geschil is de vraag of werkgever aan werknemer terecht vanaf 1 januari 2013 een lager salaris betaalt.

De kantonrechter oordeelt als volgt. In dit geval kan niet van *plaatsing* in een andere functie (als bedoeld in art. 7.3.3 van de cao) worden gesproken, omdat werknemer kon kiezen bij PostNL in dienst te treden teneinde voor haar zijn werkzaamheden als chauffeur voort te zetten, dan wel bij DA Retailgroep in dienst te blijven en de functie van medewerker D te aanvaarden. Gesteld noch gebleken is dat eiser de aangeboden functie van medewerker D niet heeft kunnen en mogen weigeren. Van overgang van onderneming naar PostNL was blijkbaar geen sprake. Werknemer is akkoord gegaan met de functie medewerker D en het bijbehorende lagere salaris. Hij is daarbij bijgestaan door een medewerker van FNV Bondgenoten. Gesteld noch gebleken is dat door werknemer destijds de thans verlangde toepassing van artikel 8.5.3 aan de orde is gesteld. Volgt afwijzing van de vorderingen.

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 25-02-2014

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2014:1408

Zaaknummer: 2408889 CV EXPL 13 – 4432

Rechters: C.H. de Haan

Advocaten: C.J.M. Frens en F.B.A.M. van Oss

Wetsartikelen: 7.3.3 CAO DA Retailgroep en 8.5.3 CAO DA Retailgroep

RECHTSPRAAK

X c.s./Stichting Welzijn Ouderen

Na stopzetten subsidie door gemeente heeft Stichting Welzijn Ouderen in redelijkheid kunnen besluiten haar faillissement aan te vragen. Slechts een selectieve overname bleek mogelijk. Geen misbruik van faillissementsrecht.

X c.s. (twee werknemers) zijn in dienst geweest van Stichting Welzijn Ouderen (hierna: SWO). SWO is op eigen verzoek failliet verklaard. X c.s. stellen dat hiermee sprake is van misbruik van faillissementsrecht, omdat SWO geen redelijk belang had bij haar faillissement en het belang van haar werknemers om hun arbeidsovereenkomst te behouden heeft geschaad. Zij voeren daartoe onder meer aan dat (1) SWO subsidie krijgt van de gemeente Harderwijk en dat SWO een fusie in 2012 heeft afgewezen, (2) dat de gemeente per 1 januari 2014 de subsidieverlening heeft gestopt waarbij is aangegeven dat de activiteiten, vrijwilligers, werknemers enzovoort mee zouden overgaan, (3) de gemeente zich het afgelopen halfjaar heeft opgesteld als feitelijk bestuurder van SWO en kan worden aangesproken op de afwikkeling van SWO en de gevolgen daarvan en (4) de overgang van de activiteiten naar Zorgdat kan worden gekwalificeerd als een overgang van onderneming. Ook betwisten X c.s. dat SWO verkeert in de toestand te hebben opgehouden te betalen. Het verzet van X c.s. tegen het vonnis van de rechtbank is afgewezen.

Het hof oordeelt als volgt. Per 1 januari 2014 was de subsidiekraan voor SWO definitief dicht. Het hierdoor veroorzaakte acute liquiditeitstekort heeft ertoe geleid dat SWO zowel ten tijde van haar aanvraag als thans verkeert in de toestand dat zij heeft opgehouden te betalen, zodat zij in een faillissementstoestand verkeert. Als gevolg van de niet aanvechtbare subsidiestop stond SWO voor de keuze om haar onderneming ofwel via een faillissement te laten liquideren ofwel tijdig over te dragen. Over dit laatste heeft SWO overleg gepleegd met de gemeente die met een transitiebudget wilde bewerkstelligen dat Stichting Zorgdat de activiteiten van SWO zou overnemen. Naar X c.s. niet hebben weersproken en daarom vaststaat, wilde Stichting Zorgdat daarvoor geen tegenprestatie leveren, wilde zij alleen de vruchtbare onderdelen zonder de problemen overnemen en heeft zij uiteindelijk slechts vier van de veertien vaste personeelsleden van SWO in dienst genomen. Tegen een dergelijke

selectieve overname heeft SWO zich juist verzet en toen daarover geen overeenstemming werd bereikt, heeft zij in redelijkheid tot haar faillissementsaangifte kunnen besluiten omdat zij in het najaar van 2013 op zeer korte termijn niet meer in staat zou zijn de lonen te voldoen. X c.s. vermoeden wel dat deze drie partijen in onderling overleg hebben besloten om SWO failliet te laten gaan, maar de gegrondheid van dit vermoeden is na de gemotiveerde betwisting door SWO niet aannemelijk geworden. Hoe pijnlijk het ook voor X c.s. moet zijn dat de curator hen inmiddels heeft ontslagen, van misbruik van faillissementsaanvraag is niet gebleken. Er bestaat geen aanleiding de faillietverklaring te vernietigen, zodat voor X c.s. de weg van artikel 13a Fw niet alsnog openstaat. Volgt bekrachtiging van de vonnissen van de rechtbank.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 13-01-2014

Zaaknummer: 200.137.886 en 200.137.888

RECHTSPRAAK

werknemer/Intervet International B.V.

Uitleg sociaal plan voor berekenen beëindigingsvergoeding. MSD kan niet worden aangemerkt als rechtsopvolger van Intervet, omdat geen rechten of plichten door Intervet zijn afgestaan of verstrekt. Eerdere dienstjaren bij MSD tellen niet mee.

Van 1 januari 1999 tot 1 september 2006 heeft werknemer gewerkt voor MSD Haarlem. Op 1 maart 2009 is hij in dienst getreden van Intervet. Op 3 november 2009 heeft er een fusie plaatsgevonden tussen de Amerikaanse (groot)moedervennootschappen Schering-Plough Corporation en Merck & Co, Inc. Sindsdien zijn MSD Haarlem en Intervet onderdeel van MSD. Op 18 mei 2010 zijn alle werkgevers binnen het MSD-concern een sociaal plan (aangemeld als cao) overeengekomen. In artikel N wordt bepaald dat dienstjaren die zonder onderbreking zijn opgebouwd bij een rechtsvoorganger van werkgever of bij een vennootschap die deel uitmaakte van het toenmalig concern van de werkgever eveneens meetellen voor het aantal gewogen dienstjaren. Om tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst van werknemer te komen, is een vaststellingsovereenkomst opgesteld. De hoogte van de beëindigingsvergoeding conform het sociaal plan heeft Intervet gebaseerd op de periode dat werknemer bij Intervet in dienst is geweest (drie jaar en negen maanden). Kern van het geschil betreft de vraag of voor de berekening van de beëindigingsvergoeding de dienstjaren bij MSD Haarlem (1999 tot 2006) dienen te worden meegeteld. Werknemer stelt van wel, nu MSD als rechtsopvolger van Intervet kan worden aangemerkt, en MSD Haarlem in de periode 1999-2006 deel uitmaakte van het toenmalige concern van MSD.

De kantonrechter oordeelt als volgt. De vraag is of het na de fusie in 2009 tot stand gekomen Merck- of MSD-concern (hierna: MSD) aangemerkt kan worden als rechtsopvolger van Intervet. Deze vraag wordt ontkennend beantwoord. Het komt aan op de uitleg van het sociaal plan, dat geen definitie van het begrip 'rechtsopvolger' geeft, zodat aansluiting dient te worden gezocht bij de betekenis van dit woord in het maatschappelijk verkeer. In het maatschappelijk verkeer wordt onder rechtsopvolging hoe dan ook een zekere overdracht van bepaalde rechten en of verplichtingen aan de rechtsopvolger verstaan. Dit impliceert noodzakelijkerwijs dat die rechten of plichten door de rechtsvoorganger moeten zijn afgestaan of verstrekt. Gesteld noch

gebleken is dat daarvan sprake is geweest. Daartegenover staat dat Intervet na de fusie tussen de holdings Schering-Plough Corporation en Merck & Co, Inc als separate juridisch zelfstandige vennootschap en arbeidsorganisatie is blijven voortbestaan, dat zij zelfstandig partij is geweest bij het sociaal plan en dat zij de vaststellingsovereenkomst met werknemer heeft gesloten en getekend. In dat licht is hetgeen werknemer heeft aangedragen onvoldoende om de conclusie te dragen dat MSD in het maatschappelijk verkeer als rechtsopvolger van Intervet geldt. Volgt afwijzing van de vordering.

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 19-12-2013

ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2013:6706

Zaaknummer: 904411/417

Rechters: M.E. Bartels

Advocaten: B.E.J.M. Tomlow en M. van Eck

Wetsartikelen: N sociaal plan

RECHTSPRAAK

Stichting Jeugdbelangen Liempde/werknemer

Na een melding van een vrijwilligster over negatieve uitlatingen door werknemer, had werknemer de gelegenheid moeten krijgen zich daarover uit te laten. Schending hoor en wederhoor en goed werkgeverschap. Afwijzing ontbindingsverzoek.

Werknemer is op 1 augustus 2012 in dienst getreden bij de Stichting Jeugdbelangen Liempde (hierna: de Stichting) als beheerder van het Pius X-complex. Er is gesproken over voortzetting van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, waarbij het bestuur nog wel enige aandachtspunten voor werknemer heeft geformuleerd, bijvoorbeeld dat hij niet direct in de aanval moet gaan bij opmerkingen van bestuurders/gebruikers. Na het gesprek over de verlenging is het bestuur benaderd door een vrijwilligster die haar zorgen heeft geuit over uitlatingen die werknemer naar haar toe heeft gedaan. Werknemer zou tegen haar hebben gezegd: 'Als ik mijn vaste aanstelling heb dan ga ik doen wat ik wil, het bestuur kan dan de boom in.' Ook zou hij gezegd hebben: 'Bestuur zijn allemaal sukkels, die hebben nergens verstand van. De penningmeester van de badminton is een zeikwif. Ze heeft altijd iets te zaniken.' Het bestuur heeft naar aanleiding van deze melding besloten dat zij de arbeidsverhouding met werknemer niet langer wenst te continueren. Thans verzoekt de Stichting ontbinding wegens een verstoorde arbeidsrelatie.

De kantonrechter oordeelt als volgt. De Stichting had werknemer na de melding door de vrijwilligster in de gelegenheid moeten stellen zich daarover uit te laten, alvorens te beslissen of de in die melding weergegeven houding en gedrag zodanig zijn dat onherstelbaar afbreuk gedaan wordt aan het voor de arbeidsrelatie noodzakelijke vertrouwen. Het beginsel van hoor en wederhoor brengt dat mee. De Stichting heeft dat echter nagelaten en in plaats daarvan direct besloten het dienstverband met werknemer niet langer te continueren. Bovendien is gesteld noch gebleken dat de Stichting enig onderzoek gedaan heeft om zich van de juistheid van de melding te vergewissen. De Stichting heeft niet als goed werkgever gehandeld. Volgt afwijzing van het ontbindingsverzoek.

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 12-12-2013

ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2013:6796

Zaaknummer: 2499424/417 13-661

Rechters: M.E. Bartels

Advocaten: N. Stommels en M. Kokx

Wetsartikelen: 7:611 BW en 7:685 BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/werkgeefster

Ontslag Medewerker Huishoudelijke Verzorging is niet kennelijk onredelijk. Aangeboden lager gesalarieerde functie van Huishoudelijke Hulp is een wezenlijk andere functie. Toekenning wachtgeld conform cao.

Werkneemster is sinds 2002 in dienst als Medewerker Huishoudelijke Verzorging I (HVZ1). Werkgeefster heeft besloten te reorganiseren. Dit heeft tot gevolg dat van het totale personeelsbestand van 573 medewerkers in de huishoudelijke zorg, 218 werknemers in de functie van medewerker HVZ1 en drie medewerkers in de functie van Verzorgende 2 (VZ2) boventallig worden verklaard, waarbij aan alle 221 boventallige medewerkers de functie van Huishoudelijke Hulp (HH1) wordt aangeboden. Abvakabo heeft werkgeefster in november 2012 in kort geding gedagvaard, waarbij is gevorderd werkgeefster te gebieden de aanvraag voor de ontslagvergunning voor 71 werknemers in te trekken dan wel haar te verbieden van een eventuele ontslagvergunning gebruik te maken, zolang niet is komen vast te staan hoe de nieuw aangeboden functie van HH1 moet worden gewaardeerd. Deze vordering is afgewezen (zie AR 2012-1034). Werkneemster heeft de aangeboden functie HH1 geweigerd. Volgens werkneemster is haar oude functie blijven bestaan, zij het met een nieuwe naam en tegen een lager salaris. Na verkregen toestemming is de arbeidsovereenkomst van werkneemster opgezegd. Zij stelt dat de opzegging kennelijk onredelijk is en vordert wachtgeld op grond van de toepasselijk CAO Verpleeg- en Verzorgingshuizen en Thuiszorg.

De kantonrechter oordeelt als volgt. De bedrijfseconomische noodzaak tot reorganisatie is voldoende komen vast te staan. Als uitgangspunt geldt dat werkgeefster een grote mate van beleidsvrijheid heeft wanneer het gaat om de inrichting en de organisatie van haar bedrijf. Die beleidsbeslissingen kan de kantonrechter slechts marginaal toetsen. In dit geval kan niet gezegd worden dat werkgeefster niet in redelijkheid heeft kunnen besluiten om een groot aantal medewerkers HVZ1 boventallig te verklaren en hen de functie van HH1 aan te bieden. De stelling van werkneemster dat in feite sprake is van dezelfde functies en dat na de reorganisatie dezelfde werkzaamheden voor een belangrijk door dezelfde medewerkers worden gedaan als voor de reorganisatie, zij het tegen een lager salaris, gaat niet op. Uit de

overgelegde beschrijvingen van de functies HH1, HVZ1 en VZ2 blijkt dat de signaleringsfunctie geen deel uitmaakt van de taken van een medewerker met de functie HH1. Bovendien blijkt uit een verdere vergelijking van de functies van HH1 en HVZ1 dat duidelijk sprake is van twee verschillende functies. Ligt bij de functie van HH1 vooral de nadruk op het verrichten van huishoudelijke taken, de functie van HVZ1 is veel breder en complexer, waarbij van de betrokken functionaris ook allerlei sociale en communicatieve vaardigheden worden verwacht. Van een kennelijk onredelijk ontslag is derhalve geen sprake. Wel maakt werkneemster, conform artikel 9.8.1 van de cao, periodiek aanspraak op de wachtgelduitkering.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 29-11-2013

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2013:10883

Zaaknummer: 2022123 CV EXPL 13-16012

Rechters: W.J.J. Wetzels

Advocaten: A. van der Plas en A. van Toledo

Wetsartikelen: 7:681 BW