AR ARBEIDSRECHT UPDATES

Nieuwsbrief AR Updates - Nummer 02, 2014

Nummer 2, 2014

Redactie: prof. mr. dr. A.R. Houweling, mr. drs. T.J. Post, mr. O.G.M. Arkesteijn, mr. M. Assenberg van Eijsden, mr. M. Barendregt, mr. S.C. Frinking, mr. M.J. van Gils, mr. P.H. de Jongh, mr. C.P. Kuijer, mr. 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:2014:6 07-01-2014
X Bedrijven BV/werknemer
Overtreding relatiebeding. Boetebedrag van € 12.500 leidt in de gegeven omstandigheden tot een buitensporig en daarom onaanvaardbaar resultaat wegens ontbreken van enige werkelijke schade, imagoschade niet aangetoond en de uiteindelijke weigering van werkgever de alsnog verworven opdracht aan te nemen. Matiging tot 10% van de boetesom wordt evenwel verhoogd tot 40% van de boetesom wegens slecht werknemerschap

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2013:3720 29-10-2013
Toshiba Tec Germany Imaging Systems GmbH/werknemer
Overgang van onderhoudscontract aan copiers en multifunctionals leidt niet tot overgang van onderneming. Kapitaalintensieve sector. Geen overname van de machines, betekent geen overgang van onderneming

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2013:3858 29-10-2013
vennoot X/vennoot Y
Belangenafweging concurrentiebeding tussen vennoten VOF naar analogie van criteria in het arbeidsrecht. Schorsing in kort geding leidt niet tot een constitutieve uitspraak

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2013:3724 29-10-2013
werknemer/Stichting Milieuwerk (in liquidatie)
Werkgever heeft zorgplicht niet geschonden: voldoende instructies en toezicht op de werkvloer. Botsing heftruck met werknemer (via containerdeur) leidt niet tot aansprakelijkheid

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2013:3721 29-10-2013

werknemer/Little Buddha Amsterdam NV
Nakoming vaststellingsovereenkomst ondanks nadien gegeven ontslag op staande voet. Overeenstemming vaststellingsovereenkomst ondanks verschil van opvatting over de verdeling van de beëindigingsvergoeding (deels overuren, deels kosten rechtsbijstand). Niet ageren tegen bericht van advocaat werknemer aan de kantonrechter dat partijen een minnelijke regeling hebben getroffen, alsmede het intrekken van het voorwaardelijke ontbindingsverzoek zijn aanwijzingen dat sprake is van een overeengekomen vaststellingsovereenkomst

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2013:3476 22-10-2013
X/Stichting Epafras
Opdrachtnemer geen BBA-werknemer ex artikel 1 sub b onder 2 BBA omdat hij zich door meer dan twee anderen (niet zijnde bloedverwanten) laat bijstaan. Uitleg 'BBA-helper'. Bezoldiging helper niet relevant

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2013:3273 08-10-2013
werknemer/Fiat Group Automobiles Netherlands BV
Uitleg bonusregeling bij Fiat. Bonusregeling ziet op een samenstel van individuele performance en group performance. Werknemer heeft geen recht op individueel deel als collectief deel niet tot bonustoekenning leidt

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2013:3274 08-10-2013
werknemer/The Bank of New York Mellon
Ontslag op staande voet voormalig OR-lid wegens schending geheimhoudingsverplichting en toegang tot afgeschermde server voor OR-leden, alsmede delen van geheime informatie

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2013:3271 08-10-2013
werknemer/Datawell BV
Artikel 7:625 BW verzet zich tegen het afzonderlijk en nadien vorderen van wettelijke rente over de wettelijke verhoging. In de matiging van de wettelijke verhoging wordt immers tevens rekening gehouden met de cumulatie van verhoging en wettelijke rente

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2013:2681 27-08-2013
werknemer/Q-Park Beheer BV
Ontslag op staande voet werknemer parkeergarage wegens verduistering € 8 (bagateldelict). Schending van de vertrouwensrelatie bij een functie met grote vrijheid weegt zwaar mee. Ontslag voldoende onverwijld verleend. Camerabeelden onderdeel van processtukken

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2013:2683 27-08-2013
werknemer/Q-Park Beheer BV
Ontslag op staande voet werknemer parkeergarage wegens verduistering € 24 (bagateldelict). Schending van de vertrouwensrelatie bij een functie met grote vrijheid weegt zwaar mee. Videobeelden onderdeel van processtukken

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2013:2345 23-07-2013
kantoor X/advocaat-stagiaire Y
Nietig ontslag op staande voet advocaat-stagiaire. Geen sprake van het langdurig en stelselmatig niet verrichten van arbeid na arbeidsconflict. Driemaal afzeggen mediationbijeenkomst verschoonbaar. Opzegging onregelmatig. Duur arbeidsovereenkomst conform de Richtlijn arbeidsvoorwaarden stagiaires 39 maanden

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2013:1665 04-06-2013
werknemer/werkgever
Pensioen 'nader overeen te komen' impliceert een pensioenverplichting zodat werkgever betaling verschuldigd is

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2013:1495 14-05-2013
Gemeente Amsterdam DWI/ondernemingsraad van de Gemeente Amsterdam DWI
Toegang van teammanager tot e-mailbox werknemer ter bevordering van klanttevredenheid is een voorgenomen instemmingsplichtig besluit in de zin van artikel 27 lid 1 onder l WOR (voorzieningen die gericht zijn op of geschikt zijn voor waarneming van of controle op aanwezigheid, gedrag of prestaties van de in de onderneming werkzame personen). Oogmerk regeling niet relevant (klanttevredenheid in plaats van controle)

Rechtbank

Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2014:51 08-01-2014
Stichting Vestia Groep/werknemer
Vestia verwijt werknemer, voormalig kasbeheerder, dat hij een veel te omvangrijke en risicovolle derivatenportefeuille voor Vestia heeft opgebouwd en houdt werknemer aansprakelijk voor de schade. Werknemer mag tien personen oproepen in vrijwaringsprocedure

Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2014:56 08-01-2014
werknemer/Sauna Peize B.V.

Ontslag op staande voet wegens het melden van misstanden bij verzekeraar na diverse branden in bedrijf van werkgever is naar voorlopig oordeel niet rechtsgeldig, omdat niet voldaan is aan de onverwijldheidseis

Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2014:55 08-01-2014
werknemer/Sauna Peize B.V.
Ontslag op staande voet wegens het melden van misstanden bij verzekeraar na diverse branden in bedrijf van werkgever is naar voorlopig oordeel niet rechtsgeldig, omdat niet voldaan is aan de onverwijldheidseis

Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2013:9215 30-12-2013
werknemer/P&P Consult B.V.
Partijen zijn – gelet op de uitleg van de arbeidsovereenkomst – een detacheringsovereenkomst overeengekomen en geen uitzendovereenkomst met uitzendbeding. Op werkgever rust derhalve een loondoorbetalingsverplichting bij ziekte

Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2013:9214 30-12-2013
werknemer/BT Nederland N.V.
Werkgever dient na einde dienstverband een pro rata bonus te betalen over de door werknemer gewerkte periode. Finale kwijting in vaststellingsovereenkomst maakt dit niet anders. Verrekening van vakantiedagen op eindafrekening is kinderachtig van werkgever en niet toegestaan

Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2013:9216 30-12-2013
P&P Consult B.V./werknemer
Voorwaardelijke ontbinding arbeidsovereenkomst zieke werknemer die op detacheringsbasis werkzaam is. Werkgever heeft niet bewust de rechten van werknemer willen beperken door zich op het standpunt te stellen dat geen arbeidsovereenkomst is overeengekomen. Neutrale kantonrechtersformule

Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2013:9217 27-12-2013
VMW Taxand N.V./werknemer
Ontbinding arbeidsovereenkomst advocaat-stagiair wegens bedrijfssluiting. Patroon heeft ten onrechte niets ondernomen om werknemer aan een andere stageplek te helpen. Ondanks slechte financiële situatie, wordt een vergoeding van € 10.000 toegekend

Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2013:7251 18-12-2013

werknemer/Koninklijke Nederlandse Voetbalbond
Richtlijnconforme uitleg artikel 7:668a lid 5 BW. Werknemersbescherming verzet zich tegen afwijking van ketenregeling in cao voor (assistent-)scheidsrechters betaald voetbal, waarbij onbeperkt tijdelijke contracten kunnen worden gesloten zonder dat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ontstaat

Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2013:7414 13-12-2013
werknemer/werkgeefster
Voorgestelde loonmaatregelen bestaande uit loonmatiging van uiteindelijk 6% en later uitbetalen vakantiegeld doorstaan Stoof/Mammoet-toetsing. Loonmaatregelen worden breed binnen de onderneming gedragen. Van werknemer kan solidariteit en daarmee aanvaarding van de voorgestelde loonmaatregelen in redelijkheid worden gevergd

Rechtbank Zeeland-West-Brabant, ECLI:NL:RBZWB:2013:10197 11-12-2013
werknemer/werkgever
Vaste toeslag van € 2 bruto per gewerkt uur behoort tot het 'naar tijdruimte vastgesteld loon' en dient bij arbeidsongeschiktheid en over ATV-dagen te worden doorbetaald. Toeslag als middel om ziekteverzuim terug te dringen, is in strijd met systeem van de wet

Rechtbank Zeeland-West-Brabant, ECLI:NL:RBZWB:2013:10231 29-05-2013
werkneemster/werkgever
Ontslag schoonmaakmedewerkster wegens beëindigen exploitatie camping niet kennelijk onredelijk. Aangevoerde werkloosheidsduur van drie jaar wordt niet gestaafd door berekening hoelangwerkloos.nl

Nationaal overig

Hof van Discipline, ECLI:NL:TAHVD:2013:8 04-03-2013
X/Deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement Midden-Nederland
Advocaat werknemer dient declaratie voor werkzaamheden in bij werkgever, waarbij declaratie op naam van werkgever wordt gesteld. Hiermee wordt een overeenkomst van opdracht met werkgever gefingeerd, waardoor btw kan worden verrekend. Het betaamt een behoorlijk advocaat niet om aan een dergelijke constructie mee te werken. Tuchtrechtelijk verwijtbaar handelen

Annotatie

Hoe gedane zaken een keer nemen – de uitleg van de Ragetlie-regel door de Hoge Raad

R.M. Beltzer

AR ARBEIDSRECHT UPDATES

ANNOTATIE

Hoe gedane zaken een keer nemen – de uitleg van de Ragetlie-regel door de Hoge Raad

R.M. Beltzer

1. Inleiding

Met de inwerkingtreding van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid is de zogenoemde Ragetlie-regel gecodificeerd. Deze regel is vernoemd naar het gelijknamige arrest van de Hoge Raad van 4 april 1986 (*NJ* 1987/679), waarin de Hoge Raad oordeelde dat geen opzegging van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd nodig is – op basis van het toen geldende artikel 7:668 lid 3 BW – indien deze arbeidsovereenkomst al te zeer verschilt (in tijdsduur, loon, secundaire arbeidsvoorwaarden enz.) van de daaraan voorafgaande, inmiddels geëindigde arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. De uiteindelijke wettekst betreft dus in feite niet geheel hetzelfde leerstuk. Artikel 7:667 lid 4 BW bepaalt immers dat een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd dient te worden opgezegd indien deze is voorafgegaan door een voor onbepaalde tijd aangegane arbeidsovereenkomst tenzij:

1. de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd door ontbinding door de rechter is geëindigd; of

2. de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd rechtsgeldig is opgezegd; of

3. tussen de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd en de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd een periode van meer dan drie maanden ligt.

Lid 5 bepaalt dat de Ragetlie-regel evenzeer geldt indien sprake is van arbeidsovereenkomsten bij werkgevers die ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijs geacht moeten worden elkanders opvolger te zijn. Deze laatste regel geldt evenzeer voor de ketenregeling van artikel 7:668a BW. Ik neem aan dat, hoewel de wet dat niet als zodanig formuleert, de 'oorspronkelijke' Ragetlie-regel evenzeer nog geldt: indien bij *dezelfde werkgever* tussen de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd en die voor bepaalde tijd essentiële verschillen bestaan zoals bedoeld in het arrest uit 1986, is evenmin opzegging van de laatste

arbeidsovereenkomst nodig (zie in gelijke zin Verhulp, *Tekst & Commentaar Arbeidsrecht*, aant. 7 bij art. 7:667 BW). Deze laatste uitzondering kan nog wel eens voor de praktijk van belang zijn, in het bijzonder in het geval een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd eindigt wegens het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd, waarna een nieuwe arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd volgt. Verschilt de laatste op essentiële punten van de eerste (denk aan een meer 'coachende' functie van de senior, een andere beloning wegens het wegvallen van premieverplichtingen), dan behoeft de werkgever niet te vrezen dat de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd niet van rechtswege eindigt. Dit zou dan een verschil vormen ten opzichte van artikel 7:668a lid 1 BW, waar het niet uitmaakt in hoeverre elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd inhoudelijk van elkaar verschillen.

Bij de tweede uitzondering van de bepaling differentieert de wetgever niet naar de soort opzegging. Deze dient slechts 'rechtsgeldig' te zijn. Hierover is veel gediscussieerd; de wetsgeschiedenis (*Kamerstukken II* 1998/99, 26257, 7, p. 5 en 12, p. 19) leert ons dat sprake is van rechtsgeldigheid indien de opzegging niet meer vernietigbaar is wegens overtreding van een opzegverbod. Kortom: de werknemer die te laat ageert tegen overtreding van een bijzonder opzegverbod of meer dan zes maanden wacht na een opzegging zonder toestemming van het UWV, kan zich er na het aflopen van een daaropvolgende arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd niet op beroepen dat deze laatste arbeidsovereenkomst dient te worden opgezegd. Ik vind dat een juiste conclusie: waarom zou een werknemer die onder de Ragetlie-regel kan vallen anders – beter – moeten worden behandeld dan een werknemer die dat niet kan? Het lijkt mij onjuist via de achterdeur van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd alsnog het verzuim van de werknemer – niet tijdig ageren tegen de vernietigbare opzegging – te repareren (anders: Verhulp in *JAR Verklaard* 27 november 2003, nr. 8). Een opzegging in de proeftijd is ook te zien als rechtsgeldig. Deze situatie kan zich voordoen indien de werkgever de werknemer nog een kans wil geven, maar een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd niet aandurft. Hij kan de werknemer dan in de proeftijd opzeggen onder aanbieding van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Uiteraard doen Ragetlie-discussies zich in de praktijk niet voor na een rechtsgeldig ontslag op staande voet.

In het nu te bespreken arrest stond de vraag centraal of een opzegging door de werknemer zelf als 'rechtsgeldige opzegging' in de zin van lid 4 moet worden beschouwd. De wettekst lijkt daarop te duiden, nu de bepaling, zoals gezegd, niet meer zegt dan dat de opzegging rechtsgeldig moet zijn.

2. De feiten en het procesverloop tot de Hoge Raad

De werknemer in kwestie was op 15 oktober 1983 in dienst getreden bij een rechtsvoorganger

van de werkgever. Eind juni 2007 maakte hij aan zijn werkgever kenbaar in gesprek te zijn over een mogelijke indiensttreding bij een andere werkgever, Countus. Op 6 augustus 2007 tekende de werknemer daadwerkelijk een arbeidsovereenkomst met Countus. De afspraak was dat de werknemer met ingang van 15 oktober 2007 zijn werkzaamheden bij Countus zou aanvangen. De werknemer nam op 28 september 2007 afscheid van de werkgever en ontving een eindafrekening die vermeldde: 'uit dienst op 15 oktober 2007'. Na nog geen maand in dienst bij Countus te zijn geweest, kreeg de werknemer spijt van zijn overstap. Hij trad op 13 november 2007 wederom in dienst bij de werkgever, ditmaal op basis van een arbeidsovereenkomst voor een jaar. Deze arbeidsovereenkomst werd per 13 november 2008 verlengd door ondertekening van een nieuwe arbeidsovereenkomst voor opnieuw een periode van een jaar. De werkgever deelde de werknemer bij brief van 20 oktober 2009 mee dat de arbeidsovereenkomst na 13 november 2009 niet zou worden verlengd.

De werknemer vorderde doorbetaling van zijn salaris vanaf 13 november 2009 ten bedrage van € 4.205 bruto per maand. Ter onderbouwing van deze vordering stelde de werknemer dat de arbeidsovereenkomst niet van rechtswege was geëindigd op 13 november 2009: de Ragetlie-regel van lid 4 zou hier van toepassing zijn, nu de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd die tot oktober 2007 tussen partijen bestond, niet door opzegging of ontbinding was geëindigd. Die overeenkomst was immers beëindigd met wederzijds goedvinden en niet, zoals de werkgever stelde, door opzegging door de werknemer. Bovendien zouden de woorden 'rechtsgeldige opzegging' in artikel 7:667 lid 4 BW uitsluitend zien op een opzegging door de werkgever. De eis van opzegging van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd geldt dus ook als sprake is van een opzegging van het onbepaaldetijdcontract door de werknemer.

Bij kantonrechter (Zwolle) en hof (Arnhem-Leeuwarden) ving de werknemer bot. Het hof overwoog dat de uitzondering van artikel 7:667 lid 4 BW alleen geldt wanneer de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is geëindigd 'anders dan door rechtsgeldige opzegging of ontbinding door de rechter' (r.o. 3.5). Onder een 'rechtsgeldige opzegging' dient niet alleen een opzegging door de werkgever te worden verstaan, maar ook een opzegging door de werknemer (r.o. 3.8). De handelwijze van de werknemer met betrekking tot het sluiten van de arbeidsovereenkomst met Countus moet worden aangemerkt als een opzegging door de werknemer die de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd tussen hem en de werkgever heeft laten eindigen (r.o. 3.10).

3. De Hoge Raad

In onderdeel 1 van het middel klaagt de werknemer dat het oordeel van het hof onjuist is omdat onder een 'rechtsgeldige opzegging' als bedoeld in artikel 7:667 lid 4 BW niet een opzegging door een werknemer kan worden verstaan, maar slechts een rechtsgeldige, niet

meer voor vernietiging vatbare opzegging door de werkgever. De werknemer doet dus een beroep op een enge lezing van de wetsgeschiedenis om de letterlijke wettekst – die immers een opzegging door de werknemer zou omvatten – een beperktere inhoud te geven. De wetgever zou niet hebben beoogd te bepalen dat de werknemer die een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd opzegt, vervolgens niet onder de werking van artikel 7:667 lid 4 BW zou vallen. Voorts zou er geen goede grond bestaan onderscheid te maken tussen enerzijds het beëindigen van een dienstverband voor onbepaalde tijd met wederzijds goedvinden, in welk geval wel een opzeggingsvereiste geldt, en anderzijds een beëindiging door opzegging door de werknemer, in welk geval de werknemer geen beroep op ontslagbescherming zou kunnen doen.

De Hoge Raad wijst op de wetsgeschiedenis:

'Als gevolg van het onderhavige voorstel geldt het vereiste van opzegging bijvoorbeeld indien een voor onbepaalde tijd aangegane arbeidsovereenkomst met instemming van beide partijen wordt beëindigd en vervolgens wordt voortgezet door een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. In dat geval heeft bij de beëindiging van de eerste arbeidsovereenkomst geen opzegging plaatsgevonden en is mitsdien de daarmee samenhangende ontslagbescherming niet gerealiseerd. Het vereiste van opzegging geldt niet indien de voor onbepaalde tijd aangegane arbeidsovereenkomst is ontbonden door de rechter (bijv. op grond van art. 685 Boek 7 BW). Een verderstrekkende regeling zou naar onze mening te zeer afbreuk doen aan de aan de Wet flexibiliteit en zekerheid ten grondslag liggende flexibiliseringsgedachte' (*Kamerstukken II* 1998/99, 26257, 3, p. 5).

En:

'De Eerste Kamer stelt het zeer op prijs dat het zogenoemde Ragetlie-arrest is gecodificeerd. Kort gezegd geldt die regel voor de situatie waarin een werknemer in vaste dienst is geweest en bijvoorbeeld zonder ontslagvergunning wordt ontslagen en vervolgens voor hetzelfde werk op tijdelijke basis bij dezelfde werkgever in dienst komt. In deze situatie moet dit laatste tijdelijke contract toch worden opgezegd. De achterliggende gedachte is dat, als er geen ontslagbescherming voor de werknemer is bij de beëindiging van het vaste dienstverband, het ook redelijk is dat de werknemer zijn ontslagbescherming blijft behouden als hij vervolgens voor hetzelfde werk op tijdelijke basis in dienst wordt genomen' (*Kamerstukken II* 1998/99, 26257, 12, p. 9, r.k.)

Naar het oordeel van de Hoge Raad zit de crux in het antwoord op de vraag of bij de beëindiging de bij de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd bestaande ontslagbescherming 'gerealiseerd' is: een toetsing van het ontslag heeft plaatsgevonden door

het UWV, in het kader van de verlening van een ontslagvergunning, dan wel door de rechter, in het kader van een ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Is daarvan geen sprake, dan bestaat die ontslagbescherming (door de eis van opzegging) alsnog bij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst die een voortzetting is van de aanvankelijke arbeidsovereenkomst, aldus de Hoge Raad. Omdat bij een opzegging door een werknemer geen sprake is van een 'gerealiseerde ontslagbescherming', is geen sprake van een 'rechtsgeldige opzegging' als bedoeld in artikel 7:667 lid 4 BW.

Ten slotte overweegt de Hoge Raad dat het onderscheid tussen opzegging door de werknemer enerzijds en een einde met wederzijds goedvinden anderzijds soms lastig te maken is en dat het daarom niet aangaat een dermate ingrijpend verschil in rechtsgevolg tussen beide beëindigingswijzen te accepteren. 'In beide gevallen berust de beëindiging mede op een daarop gerichte verklaring of gedraging van de werknemer, die meebrengt dat deze (bij die beëindiging) de ontslagbescherming mist waarop hij bij andere beëindigingswijzen aanspraak kan maken.'

Nu dit onderdeel terecht was voorgesteld, behoefden de overige onderdelen van het middel geen behandeling. De Hoge Raad vernietigde het arrest van het hof en verwees het geding naar het Hof Amsterdam ter verdere behandeling en beslissing.

4. Commentaar

De redenering van de Hoge Raad is te billijken nu de wetsgeschiedenis inderdaad voorbeelden noemt van het gerealiseerd (kunnen) zijn van ontslagbescherming, te weten: toetsing van het ontslag door een onafhankelijke derde. Zoals gezegd, een dergelijke toetsing doet zich niet voor bij bepaalde, door de wet genoemde speciale vormen van opzegging door de werkgever, zoals in de proeftijd, in faillissement en wegens een dringende reden. Mij dunkt dat dergelijke opzeggingen niettemin als 'rechtsgeldig' zijn aan te merken, nu de wetgever daar een expliciete afwijking van de voor de werkgever geldende opzeggingsregels heeft bedacht – een daaropvolgende arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd alsnog belasten met een dergelijke toetsing vind ik onwenselijk. Dit zou alleen anders kunnen zijn ingeval van misbruik van recht (art. 3:13 BW), maar zulks zal moeten worden gesteld en bewezen.

Voornoemde uitzonderingen op de Ragetlie-regel zijn derhalve bedoeld om de werkgever, gezien de bijzondere situatie waarin de arbeidsovereenkomst verkeert, tegemoet te komen, door geen toetsing door een derde te eisen. Eenzelfde uitkomst dient mijns inziens te gelden ten aanzien van de opzegging van de arbeidsovereenkomst met de statutair bestuurder of de geestelijke: de wetgever wenste daar geen inmenging van een overheidsorgaan.

Anders is dat in geval van opzegging door de werknemer en het einde van de

arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden. In beide gevallen bestaat het risico dat de werknemer lichtvaardig omspringt met zijn (in geval van opzegging door de werkgever wél bestaande) ontslagbescherming. De voorbeelden uit de rechtspraak zijn legio; ik vertrouw de lezer ermee bekend. Daar komt in Ragetlie-situaties bij dat de werknemer die zelf opzegt dan wel meewerkt aan een einde met wederzijds goedvinden (in de meeste gevallen) weet dat dit einde niet het einde van de arbeidsrelatie betekent: er komt immers een nieuwe arbeidsovereenkomst, voor bepaalde tijd. Deze situatie roept een extra risico in het leven: de werknemer zou sneller akkoord kunnen gaan met een einde van de arbeidsovereenkomst, dan wel bewogen kunnen worden zelf op te zeggen, omdat zijn baan toch 'veilig' is. Voor dergelijke gevallen lijkt de Ragetlie-regel geschreven: de werkgever mag niet profiteren van een dergelijke lichtzinnigheid, zelfs het risico hierop is al voldoende om een duidelijke regel te stellen.

Ook het soms lastig te duiden verschil tussen de opzegging door de werknemer en het einde met wederzijds goedvinden biedt een goed argument de Ragetlie-regel voor beide vormen te laten gelden. Nuanceverschillen kunnen leiden tot grote juridische verschillen. Hoe te oordelen over de volgende situatie? De werknemer loopt bij de werkgever binnen en zegt: 'Misschien moeten we deze arbeidsovereenkomst maar beëindigen', waarop de werkgever zegt 'Dat is goed'. Is dat een opzegging door de werknemer? Of maakt de laatste opmerking van de werkgever het een einde met wederzijds goedvinden? En wat als de werknemer een wat vuriger of impulsiever karakter heeft en zijn woorden daardoor anders kiest ('ik moet hier weg', 'ik heb het hier gezien')? Het lijkt mij terecht, overigens ook buiten de Ragetlie-regel, het de werknemer niet al te zeer aan te rekenen indien hij zijn woorden op een bepaalde manier kiest. Uiteindelijk is de maatstaf of uit de gebeurtenissen kan worden afgeleid dat binnen een kort tijdsbestek beide partijen het einde van de arbeidsovereenkomst wensten.

De vraag is echter of de Ragetlie-regel ook zou moeten gelden indien de werknemer met open vizier kiest voor opzegging van de arbeidsovereenkomst. Dat doet zich in mijn optiek níét voor bij het einde van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd wegens het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd. In veel gevallen zal de werknemer dan overigens niet zelf opzeggen, zodat de Ragetlie-regel sowieso geldt, tenzij de nieuwe arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd wezenlijk afwijkt van de daaraan voorafgaande arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Een werkgever die stelt dat de werknemer in het licht van zijn pensioen zelf heeft opgezegd om vervolgens voor bepaalde tijd bij dezelfde werkgever aan de slag te gaan, heeft bij de rechter wat uit te leggen – dat scenario is immers niet bepaald alledaags.

In deze zaak koos de werknemer echter wel met open vizier voor een andere werkgever. Hij kreeg echter al binnen een maand spijt. Is de Ragetlie-regel daarvoor geschreven? Ik heb daar mijn twijfels bij. In feite wordt de werkgever nu opgezadeld met de risico's die de werknemer

willens en wetens nam toen hij de arbeidsovereenkomst opzegde. Zou de kantonrechter in een nu volgende ontbindingsprocedure bij de berekening van de A-factor tevens rekening houden met de voor de opzegging door de werknemer opgebouwde dienstjaren? Die kans is zeker niet denkbeeldig en dat maakt de druiven voor de werkgever wel erg zuur. De werkgever geeft de werknemer immers een tweede kans nadat de laatste, omdat hij dacht dat het elders beter was, afscheid nam. Het arrest laat voorts de vraag onbeantwoord of nog van belang is of de werknemer bij Countus totaal andere, van zijn ex-werkgever losstaande werkzaamheden, heeft verricht. Kan daardoor nog wel gesproken worden van een 'voortzetting' van de voorafgaande arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd zoals artikel 7:667 lid 4 BW eist? Ik meen dat de Hoge Raad zou oordelen dat hier de driemaandentermijn geldt, ongeacht de soort werkzaamheden die de werknemer in de tussentijd heeft verricht. Wat de werknemer dus precies in de tussentijd bij Countus heeft gedaan, maakt voor de toepasselijkheid van artikel 7:667 lid 4 BW niet uit, mits de driemaandentermijn maar niet wordt overschreden.

Wetsgeschiedenis is vaak onvolledig. Ik wil direct geloven dat de wetgever bij de uitzonderingen op de Ragetlie-regel heeft gedacht aan rechtsgeldige opzegging door de werkgever. Het verzwegene – opzegging door de werknemer in een casus als de onderhavige – is echter daarmee nog niet direct hoofdregel. De praktijk is immers altijd veelkleuriger dan de wetgever kan voorzien en het is juist de taak van de rechter de niet-voorziene situaties in het licht van het doel van de regeling te duiden. Ik zie van dat laatste, helaas, in het arrest van de Hoge Raad te weinig terug.

RECHTSPRAAK

X Bedrijven BV/werknemer

Overtreding relatiebeding. Boetebedrag van € 12.500 leidt in de gegeven omstandigheden tot een buitensporig en daarom onaanvaardbaar resultaat wegens ontbreken van enige werkelijke schade, imagoschade niet aangetoond en de uiteindelijke weigering van werkgever de alsnog verworven opdracht aan te nemen. Matiging tot 10% van de boetesom wordt evenwel verhoogd tot 40% van de boetesom wegens slecht werknemerschap

Werknemer is op 1 juni 2006 bij X Bedrijven in dienst getreden als fulltime verkoop/projectadviseur op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Werknemer was werkzaam bij het bedrijfsonderdeel Z dat zich met name richt op de vervaardiging van exclusieve interieurs. In samenspraak met X Bedrijven heeft werknemer zijn arbeidsovereenkomst per 1 mei 2010 opgezegd om aansluitend in dienst te kunnen treden bij StelPas, een onderneming eveneens actief in de interieurbouw. X Bedrijven en werknemer hebben bij de afwikkeling van de arbeidsovereenkomst bepaald dat het concurrentiebeding is komen te vervallen, maar het relatiebeding onverkort van kracht blijft. In de onderhavige procedure staat de vraag centraal of werknemer het relatiebeding heeft geschonden met betrekking tot een offerte aan klant X. In maart en april heeft werknemer met X Bedrijven klant X bezocht. Uiteindelijk heeft dit niet tot een opdracht geleid. Bij Stelpas is ook contact geweest met klant X, hetgeen evenmin tot een opdracht heeft geleid. Uiteindelijk is klant X weer naar X Bedrijven gegaan, maar X Bedrijven heeft de opdracht geweigerd. De clausule in de overeenkomst luidt: ‘Onder een zakelijke relatie wordt verstaan die natuurlijke of rechtspersoon, die gedurende een periode van twee jaar voor het einde van het dienstverband van de werknemer, van werkgever een factuur heeft ontvangen dan wel aan werkgever een offerte heeft gevraagd, alsmede die natuurlijke of rechtspersoon, die gedurende twee jaar voorafgaande aan het einde van het dienstverband van de werknemer, goederen aan werkgever heeft geleverd en/of diensten heeft verleend. Ter zake van de controle op de nakoming van deze verplichting zal de administratie van werkgever als tussenpartijen bindend worden beschouwd.’ De kantonrechter oordeelde dat sprake was van overtreding van

het relatiebeding. De kantonrechter heeft voorts geoordeeld dat een te verbeuren contractuele boete van € 12.500 voor overtreding van het relatiebeding en van € 5.000 voor elke dag dat de overtreding voortduurt, in de gegeven omstandigheden tot een buitensporig en daarom onaanvaardbaar resultaat leidt. Gelet op de verhouding tussen de werkelijke schade van X Bedrijven en de hoogte van de boete, de aard van de overeenkomst, de inhoud en strekking van het relatiebeding en de omstandigheden waaronder het beding is ingeroepen is de kantonrechter van oordeel dat de boete dient te worden gematigd tot een eenmalig bedrag van € 1.250.

Het hof oordeelt als volgt. Met de kantonrechter verwerpt ook het hof de stelling van werknemer dat hij de opdrachtovereenkomst met klant X voor X Bedrijven heeft opgesteld. Alleen al het feit dat de opdrachtovereenkomst in juni 2010 is getekend op briefpapier van StelPas wijst op het tegendeel. Derhalve wordt aangenomen dat werknemer het relatiebeding heeft geschonden. In principaal appel staat de vraag centraal of de kantonrechter op juiste gronden heeft gematigd. Daarover oordeelt het hof als volgt. Het hof is in het onderhavige geval van oordeel dat de vordering van X Bedrijven om werknemer te veroordelen tot betaling van het in artikel 9.6 van de arbeidsovereenkomst opgenomen eenmalige boetebedrag van € 12.500 in de gegeven omstandigheden tot een buitensporig en daarom onaanvaardbaar resultaat leidt. Allereerst is niet aannemelijk dat door X Bedrijven als gevolg van de overtreding schade is geleden die ook maar enigszins in verhouding staat tot het boetebedrag dat wordt gevorderd. In ieder geval kan niet worden geconcludeerd dat X Bedrijven door toedoen van werknemer klant X als klant aan StelPas is verloren. Immers, klant X heeft uiteindelijk de opdracht aan StelPas weer ingetrokken en heeft zich daarna opnieuw tot X Bedrijven gewend. X Bedrijven heeft vervolgens om haar moverende redenen zelf ervoor gekozen om de opdracht van klant X niet aan te nemen. Dit kan naar het oordeel van het hof evenwel niet aan werknemer worden tegengeworpen. Verder heeft X Bedrijven de door haar gestelde schade als gevolg van de overtreding slechts omschreven als (de mogelijkheid van) imagoschade en verlies van wervingskracht. Dit heeft zij echter niet nader onderbouwd. Het hof neemt ten slotte nog in aanmerking dat gesteld noch gebleken is dat werknemer enig voordeel heeft gehad van zijn overtreding van het tussen partijen geldende relatiebeding. Onder deze omstandigheden brengt de billijkheid mee dat de eenmalige boete van € 12.500 dient te worden gematigd. Het gaat het hof echter te ver om deze boete te matigen tot, zoals de kantonrechter heeft gedaan, een bedrag van slechts € 1.250. Vast staat dat X Bedrijven werknemer als laatste gunst heeft gevraagd om klant X voor haar als klant binnen te halen, dat werknemer daarmee heeft ingestemd en dat werknemer desondanks zonder voorafgaand overleg met X Bedrijven een opdrachtbevestiging naar klant X heeft gestuurd op briefpapier van StelPas, voorzien van een documentnummer en betalingsvoorwaarden van StelPas en ondertekend namens StelPas, zonder daarbij kenbaar te maken dat het om een

opdrachtbevestiging voor en ten behoeve van X Bedrijven ging. Het hof zal de boete daarom matigen tot een bedrag van € 5.000.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch
Datum uitspraak: 07-01-2014
ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2014:6
Zaaknummer: HD 200.111.745/01
Rechters: C.E.L.M. der Smeenk-van Weijden, M.G.W.M. Stienissen en P.Th. Gründemann
Advocaten: R.G.M. Michels en S.N.M. van Paassen-Pasch
Wetsartikelen: 7:653 BW en 6:94 BW

RECHTSPRAAK

vennoot X/vennoot Y

Belangenafweging concurrentiebeding tussen vennoten VOF naar analogie van criteria in het arbeidsrecht. Schorsing in kort geding leidt niet tot een constitutieve uitspraak

Partijen zijn in mei 2001 een VOF aangegaan. In de VOF-akte is een concurrentiebeding opgenomen. Y heeft op 8 mei 2012 zijn eenmanszaak Z ingeschreven in het Handelsregister. Hij heeft bij brief van 27 juni 2012 de VOF per 1 januari 2013 opgezegd. X wenst de VOF na 1 januari 2013 voort te zetten. Partijen zijn vervolgens verwikkeld geraakt in een discussie over de afwikkeling/voortzetting van de VOF (o.m. de vraag of Y niet stiekem de VOF heeft overgenomen in zijn nieuwe bedrijf Z). In de onderhavige zaak staat de vraag centraal of het concurrentiebeding geldig blijft tussen partijen en in hoeverre arbeidsrechtelijke regels op een tussen vennoten overeengekomen concurrentiebeding (indirect) van toepassing zijn.

Het hof oordeelt als volgt. Partijen hebben bij het overeenkomen van het concurrentiebeding met zoveel woorden in de ter zake geldende bepaling de mogelijkheid opengelaten de rechter te adiëren indien onverkorte toepassing van het beding tot onevenredig nadelige gevolgen voor een vennoot mocht leiden. De rechter kan volgens die bepaling ontheffing verlenen van één of meer onderdelen van het beding. Uit de aard der zaak vergt dit een voorafgaande belangenafweging door de rechter, die dient te zijn gebaseerd op hetgeen partijen in dat verband naar voren brengen. Niets staat eraan in de weg dat bij die belangenafweging aansluiting wordt gezocht bij criteria die in het arbeidsrecht zijn ontwikkeld, te minder nu onweersproken vaststaat dat het beding Y belemmert in zijn mogelijkheden elders werkzaam te zijn. Tegen de vaststellingen van de voorzieningenrechter dat en waarom Y belang had bij het schorsen van het beding, onder meer omdat Y zijn hele werkzame leven als aannemer heeft gewerkt, hij moeilijk op een ander terrein werk zal vinden en hij geen vermogen of inkomen uit andere bron heeft om in zijn levensonderhoud te voorzien, heeft X niets ingebracht. Datzelfde geldt voor de constatering dat de VOF niet bijzonder heeft geïnvesteerd in de opleiding en deskundigheid van Y en dat er geen specifieke kennis van de VOF is die beschermd moet worden. X heeft verder niet anders dan in algemene bewoordingen aangevoerd dat hij belang heeft bij handhaving van het concurrentiebeding, zonder concreet te

maken op grond van welke omstandigheden hij door schorsing van het beding in zijn werkzaamheden zou worden benadeeld of concurrentie zou ondervinden van Y. Dit in aanmerking genomen komt het hof tot het voorlopige oordeel dat de belangen van Y bij schorsing van het concurrentiebeding zwaarder moeten wegen dan het in algemene zin naar voren gebrachte belang van X bij handhaving van het beding ofwel, in termen van de overeenkomst, dat onverkorte toepassing van het beding tot onevenredig nadelige gevolgen voor Y leidt. Daarbij weegt mee, in lijn met hetgeen de voorzieningenrechter heeft overwogen, dat de regio Amsterdam groot genoeg moet worden geacht om zowel Y als X als aannemers aan het werk te houden en dat zowel de duur als de omvang van het beding Y eveneens onbillijk benadeelt. Het is ook volgens het hof vooralsnog aannemelijk dat de bodemrechter tot dit oordeel zal komen. Het hof verwerpt de klacht van X dat schorsing van een concurrentiebeding in kort geding niet mogelijk is. De schorsing die de voorzieningenrechter heeft uitgesproken betreft immers geen constitutieve beslissing, maar verbiedt X aanspraak te maken op nakoming van het concurrentiebeding zolang in de hoofdzaak niet is beslist.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam
Datum uitspraak: 29-10-2013
ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2013:3858
Zaaknummer: 200.125.077/01 KG
Rechters: A.M.A. Verscheure, J.E. Molenaar en L.A.J. Dun
Advocaten: O.H.A. Mo-Ajok en M. Ellens
Wetsartikelen: 7:653 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Stichting Milieuwerk (in liquidatie)

Werkgever heeft zorgplicht niet geschonden: voldoende instructies en toezicht op de werkvloer. Botsing heftruck met werknemer (via containerdeur) leidt niet tot aansprakelijkheid

Werknemer is van 1 juli 2005 tot 1 januari 2006 op grond van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd in loondienst geweest van de gemeente Amsterdam, Dienst Maatwerk Amsterdam. Deze heeft hem voor de duur van de overeenkomst uitgeleend aan Milieuwerk. Daar is werknemer werkzaam geweest in de functie van milieuassistent. Zijn werkzaamheden hebben feitelijk hierin bestaan dat hij in een fabriekshal assistentie verleende aan een vorkheftruckchauffeur bij het sorteren van afvalproducten. Op 22 september 2005 heeft in de fabriekshal van Milieuwerk een ongeval plaatsgehad waarbij werknemer ten val is gekomen (de vorkheftruck is tegen een container aangereden, waardoor de containerdeur tegen werknemer is aangekomen). Werknemer heeft daarbij letsel opgelopen aan een knie en een onderbeen. Werknemer heeft na september 2005 geen betaald werk meer verricht, heeft sinds de zomer van 2005 ook psychische klachten en is intussen voor 50% arbeidsongeschikt verklaard. Werknemer heeft Milieuwerk aansprakelijk gesteld voor de schade die hij lijdt. De kantonrechter heeft geoordeeld dat Milieuwerk haar zorgplicht is nagekomen.

Het hof oordeelt als volgt. Milieuwerk heeft voldoende instructies verstrekt, heeft toegezien op de naleving ervan en kan geen verwijt worden gemaakt van het ongeval. De vorkheftruckchauffeur was gediplomeerd en uit de instructies bleek duidelijk dat steeds uit de baan van een draaicirkel van 2 meter gebleven moest worden. Het enkele feit dat de in de fabriekshal van Milieuwerk aanwezige belijning was vervaagd wettigt, anders dan werknemer kennelijk meent, geen ander oordeel. Derhalve heeft Milieuwerk haar zorgplicht van artikel 7:658 lid 1 BW niet geschonden.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam
Datum uitspraak: 29-10-2013
ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2013:3724

Zaaknummer: 200.117.754/01
Rechters: D.J. van der Kwaak, R.M. Beltzer en W.H.F.M. Cortenraad
Advocaten: P.V. Boeken en H. van Lingen
Wetsartikelen: 7:658 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Little Buddha Amsterdam NV

Nakoming vaststellingsovereenkomst ondanks nadien gegeven ontslag op staande voet. Overeenstemming vaststellingsovereenkomst ondanks verschil van opvatting over de verdeling van de beëindigingsvergoeding (deels overuren, deels kosten rechtsbijstand). Niet ageren tegen bericht van advocaat werknemer aan de kantonrechter dat partijen een minnelijke regeling hebben getroffen, alsmede het intrekken van het voorwaardelijke ontbindingsverzoek zijn aanwijzingen dat sprake is van een overeengekomen vaststellingsovereenkomst

Werknemer is op 27 januari 2011 in dienst van Little Buddha (hierna: LB) getreden in de functie van 'general manager' op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd (na verlenging tot 27 januari 2013). Tussen partijen is een arbeidsgeschil ontstaan naar aanleiding van, kort gezegd, bij LB gerezen verdenkingen van verduistering van € 6.000 en drugsmisbruik door werknemer. Op grond van deze verdenkingen, althans teneinde daarnaar nader onderzoek te doen, heeft LB werknemer op 4 juli 2012 op non-actief gesteld. Hem is tegelijkertijd de toegang tot de onderneming ontzegd. Werknemer heeft in kort geding loon gevorderd. LB heeft ontbinding van de arbeidsovereenkomst verzocht. Bij brief van 3 september 2012 heeft de advocaat van werknemer in het kader van het kort geding aan de kantonrechter geschreven 'dat partijen tot overeenstemming zijn gekomen'. De brief vervolgt: 'Naar verwachting zullen partijen de kantonrechter verzoeken om de gemaakte afspraken, voor zover deze zich ervoor lenen, op te nemen in een vonnis. Partijen zullen de kantonrechter hieromtrent op korte termijn berichten.' Een kopie van deze brief is aan de advocaat van LB gezonden. Het ontbindingsverzoek is daarna door LB ingetrokken. Bij brief van 1 oktober 2012 heeft LB werknemer op staande voet ontslagen wegens ernstige nalatigheid bij de afhandeling van een schadevoorval uit 2011 (waterschade wegens het niet tijdig reinigen van pompen waardoor derden zijn getroffen) en de daaruit volgende weigering van de betrokken aansprakelijkheidsverzekeraar om de desbetreffende schade te vergoeden (welke

nalatigheid door LB is aangemerkt als een dringende reden zoals bedoeld in art. 7:677 lid 1 BW). In dezelfde brief heeft LB meegedeeld werknemer aansprakelijk te houden voor haar schade als gevolg van diens nalatigheid. Werknemer heeft de nietigheid van het hem gegeven ontslag ingeroepen en aansprakelijkheid van de hand gewezen. In deze procedure vordert werknemer nakoming van de 'minnelijke regeling'. LB stelt zich op het standpunt dat geen sprake is van een minnelijke regeling, dan wel dat sprake is van dwaling. Zij had de regeling nooit overeengekomen indien zij op de hoogte was van de feiten aangaande de waterschade en afwikkeling daarvan. Volgens de kantonrechter is onvoldoende zeker komen vast te staan – mede met het oog op de vermeende dwaling – dat sprake is van een vaststellingsovereenkomst.

Het hof oordeelt als volgt. Begin september 2012 hebben de advocaten van partijen concept-vaststellingsovereenkomsten gewisseld. De mate waarin en de punten waarop beide conceptovereenkomsten met elkaar overeenkomen vormen een duidelijke aanwijzing dat partijen – door tussenkomst van hun advocaten – vóór het aan werknemer gegeven tweede ontslag, ter beëindiging van het tussen hen gerezen arbeidsgeschil overeenstemming hebben bereikt over een vaststellingsovereenkomst volgens welke LB – naast salaris, emolumenten en vakantiegeld – ter zake van door werknemer gemaakte overuren en kosten van rechtsbijstand in totaal maximaal € 44.000 aan hem moet betalen. Weliswaar verschillen de beide concepten over de verdeling van dit bedrag (in het ene concept bedraagt de vergoeding voor overuren € 30.000 en de rest aan kosten van rechtsbijstand en in de ander slechts € 2.000 en de rest aan overuren), maar niet over de hoogte daarvan en evenmin over de aanwezigheid van een verplichting van LB tot betaling van het genoemde totaalbedrag. Het desbetreffende verschil is in zoverre van ondergeschikte betekenis, terwijl niet is gebleken dat LB tegen de namens werknemer voorgestelde andere verdeling onverwijld bezwaar heeft gemaakt. Dit verschil doet daarom niet af aan de aangenomen aanwijzing dat door partijen overeenstemming is bereikt. Verdere aanwijzingen dat partijen overeenstemming hebben bereikt over een vaststellingsovereenkomst zijn gelegen in de brief van 3 september 2012 van de advocaat van werknemer aan de kantonrechter, die een uitdrukkelijke en onvoorwaardelijke mededeling bevat 'dat partijen tot overeenstemming zijn gekomen', in het feit dat de advocaat van LB – die een kopie van die brief heeft ontvangen, naar hij bij gelegenheid van de pleidooien in hoger beroep desgevraagd heeft bevestigd – de kantonrechter vervolgens niet in andere zin heeft bericht en daartoe dus blijkbaar geen reden heeft gehad, en in het intrekken door LB van het ontbindingsverzoek (welk intrekken in beide concept-vaststellingsovereenkomsten was voorzien). Anders dan LB kennelijk meent doet het aan werknemer gegeven ontslag op staande voet aan deze gehoudenheid niet af: dit ontslag verdraagt zich niet met het overeengekomen eindigen van de arbeidsovereenkomst op 26 januari 2013 en bevrijdt LB niet van haar verplichtingen uit de vaststellingsovereenkomst.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam
Datum uitspraak: 29-10-2013
ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2013:3721
Zaaknummer: 200.119.632/01
Rechters: D.J. van der Kwaak, J.E. Molenaar en W.H.F.M. Cortenraad
Advocaten: I.M.C.A. Reinders Folmer en A.C. Siemons
Wetsartikelen: 7:677 BW, 7:678 BW en 7:900 BW

RECHTSPRAAK

Toshiba Tec Germany Imaging Systems GmbH/werknemer

Overgang van onderhoudscontract aan copiers en multifunctionals leidt niet tot overgang van onderneming. Kapitaalintensieve sector. Geen overname van de machines, betekent geen overgang van onderneming

Werknemer is op 6 mei 1987 in dienst getreden van Stichting Energieonderzoek Centrum Nederland te Petten (hierna: ECN). Na het onderhoud van printers en kopieermachines enige tijd in eigen beheer uitgevoerd te hebben, heeft ECN dat onderhoud vanaf 1 juli 2005 voor een periode van zeven jaren aanbesteed aan Ricoh. Ricoh heeft daarbij gebruik gemaakt van de arbeid van werknemer, die per genoemde datum bij Ricoh in dienst getreden is. Ricoh beschikte over een ruimte bij ECN met voorraad en materiaal. Na een openbare aanbestedingsprocedure is ECN een overeenkomst aangegaan met Toshiba, een groothandel in kantoormachines, voor de huur van door Toshiba ter beschikking gestelde nieuwe printers en multifunctionals met – kort gezegd – all-in onderhoud, vanaf 1 oktober 2012. Op 7 september 2012 heeft Ricoh aan werknemer bericht dat sprake is van overgang van onderneming en dat hij per 1 oktober 2012 in dienst komt van Toshiba. Toshiba heeft werknemer op 11 september bericht dat geen sprake is van overgang van onderneming en dat werknemer niet bij Toshiba in dienst komt.

Het hof oordeelt als volgt. De stelling dat een overeenkomst tussen Ricoh en Toshiba ontbreekt, faalt. Bij de beantwoording van de vraag of aan het overeenkomstvereiste is voldaan dient een ruim standpunt te worden ingenomen. Niet noodzakelijk is een overeenkomst tussen de vervreemder en de verkrijger van de onderneming. Ook door een samenstel van overeenkomsten en feitelijke uitvoering (van die overeenkomsten), kan worden voldaan aan het overeenkomstvereiste van artikel 7:662 lid 2 aanhef en onder a BW. In de onderhavige zaak wordt dat samenstel naar het oordeel van het hof gevormd door de huurovereenkomst tussen Ricoh en ECN die contractueel beëindigd wordt, de aanbesteding van ECN en de inschrijvingen daarop door Ricoh en Toshiba, de uiteindelijke gunning aan Toshiba, gevolgd door de huurovereenkomst tussen Toshiba en ECN. De enkele omstandigheid dat Toshiba werknemer niet nodig heeft, staat aan een overgang van onderneming niet in de weg.

Het hof is van oordeel dat de kantonrechter ten aanzien van het element 'economische eenheid' niet de juiste maatstaf aanlegt. Het gaat er niet om of Toshiba gelijksoortige verplichtingen heeft jegens ECN als Ricoh had. Het gaat evenmin enkel om de vraag of een economische activiteit is overgegaan. Beantwoord moet worden de vraag of een aan die verplichtingen en die activiteit ten grondslag liggende economische eenheid (entiteit) met behoud van identiteit van die eenheid is overgegaan. Daarvan is naar het oordeel van het hof geen sprake. De hier te onderscheiden entiteit is de organisatie van machines en gekwalificeerd onderhoudspersoneel. Het hof is van oordeel dat de hier aan de orde zijnde economische activiteit als kapitaalintensief kan worden beschouwd: het gaat vooral om de printers en multifunctionals. Vastgesteld kan worden dat het meest kenmerkende onderdeel van de economische eenheid, die apparatuur, niet wordt overgedragen. De machines zijn eigendom van Toshiba en worden door haar op basis van een huurovereenkomst ter beschikking gesteld aan ECN. Overigens is er ook geen sprake van overdracht van enig ander mogelijk onderdeel van de door werknemer beweerde economische entiteit. De slotsom is dat er geen overgang van onderneming heeft plaatsgevonden en dat de arbeidsovereenkomst van werknemer dus ook niet van rechtswege is overgegaan op Toshiba.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam
Datum uitspraak: 29-10-2013
ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2013:3720
Zaaknummer: 200.118.590/01 KG
Rechters: D.J. van der Kwaak, M.A. Goslings en R.T. Terpstra
Advocaten: A.F. Ammerlaan en W.M. Veldjesgraaf
Wetsartikelen: 7:662 BW

RECHTSPRAAK

X/Stichting Epafras

Opdrachtnemer geen BBA-werknemer ex artikel 1 sub b onder 2 BBA omdat hij zich door meer dan twee anderen (niet zijnde bloedverwanten) laat bijstaan. Uitleg 'BBA-helper'. Bezoldiging helper niet relevant

Epafras houdt zich bezig met hulpverlening van Nederlandse gedetineerden in het buitenland. Ten behoeve van die gedetineerden brengt Epafras vier keer per jaar het blad 'Gezant uit Nederland' uit in een oplage van 3000 exemplaren. Vanaf december 2005 heeft Epafras X opdracht verstrekt tot het vervaardigen van voornoemd blad. Epafras heeft de relatie met X per 1 januari 2010 beëindigd. X stelt zich op het standpunt dat de relatie tussen hem en Epafras een arbeidsverhouding is in de zin van artikel 1 sub b onder 2 van het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen (BBA) en dat Epafras de relatie niet rechtsgeldig heeft beëindigd (want zonder toestemming daartoe van het UWV WERKbedrijf verkregen te hebben). Epafras heeft in deze procedure een verklaring voor recht gevraagd dat van een arbeidsverhouding als door X gesteld geen sprake is geweest. Volgens de kantonrechter liet X zich bij de werkzaamheden door meer dan twee helpers bijstaan, zodat geen sprake kan zijn van een BBA-werknemer.

Het hof oordeelt als volgt. Uit de opdracht van Epafras volgt dat X het blad 'Gezant uit Nederland' moest realiseren. De stelling van X dat hij de eindredactie deed en voor die taken niet werd bijgestaan, geeft een onjuiste opvatting van de opdracht. Het gaat er dus om of ten aanzien van het volledige product, X zich door meer dan twee anderen (niet zijnde gezinsleden) liet bijstaan. Niet in geschil is dat in de periode dat X het blad produceerde ten minste de volgende personen – naast X zelf – bijdragen voor het blad aanleverden: striptekenaar A, sportjournalist B, een ex-gedetineerde genaamd C en de advocaten D en E, later opgevolgd door E/F, als schrijvers van een pastorale bijdrage. X betaalde voornoemde B eerst € 50 en later € 60 per bijdrage 'uit eigen zak'. De andere genoemde personen leverden hun bijdragen kosteloos. Het hof volgt X niet in zijn stellingname dat voor het zijn van 'helper' in de zin van artikel 1 sub b onder 2 BBA noodzakelijk is dat betrokkene voor zijn werkzaamheden wordt betaald. Noch in de tekst noch in de ratio van de bepaling (die beoogt – naast de werknemer in de zin van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek – een 'werknemer-

achtige' te definiëren) ziet het hof aanleiding tot een zodanige (verstrekkende) aanvullende eis voor de inwerkingtreding van de in genoemde bepaling omschreven, hier besproken uitzonderingssituatie. X heeft nog aangevoerd dat een aantal van de genoemde personen niet door hem waren aangezocht om bijdragen te leveren, maar uit de koker van Epafras kwamen. Ook dat acht het hof in dit kader niet van belang. Kennelijk maakte dit onderdeel uit van de aan X verstrekte opdracht en het doet aan het feit dat X werd bijgestaan bij het vervullen van die opdracht (het vervaardigen/produceren van het blad) niet af. Dit zou mogelijk anders zijn als X in staat zou zijn geweest de bijdragen op de desbetreffende gebieden zelf te schrijven, hij dit aan Epafras voorgelegd zou hebben en Epafras hem dit geweigerd zou hebben, maar een en ander is gesteld noch gebleken. Op grond van het vorenstaande komt ook het hof tot het oordeel dat X geen werknemer is in de zin van het BBA.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam
Datum uitspraak: 22-10-2013
ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2013:3476
Zaaknummer: 200.104.839/01
Rechters: M.A. Goslings, D.J. van der Kwaak en R.T. Terpstra
Advocaten: R.G.E. de Vries en K. Zeylmaker
Wetsartikelen: 1 sub b onder 2 BBA

RECHTSPRAAK

werknemer/Fiat Group Automobiles Netherlands BV

Uitleg bonusregeling bij Fiat. Bonusregeling ziet op een samenstel van individuele performance en group performance. Werknemer heeft geen recht op individueel deel als collectief deel niet tot bonustoekenning leidt

Werknemer is van 1 september 2009 tot 16 januari 2012 in loondienst geweest van Fiat, aanvankelijk als 'sales manager' en later tevens als 'brand country manager Fiat' voor Nederland. De arbeidsovereenkomst tussen partijen is met ingang van laatstgenoemde datum door de kantonrechter – bij beschikking van 29 december 2011 – ontbonden, op verzoek van Fiat en onder toekenning van een vergoeding van € 20.000 bruto aan werknemer. Op grond van de arbeidsovereenkomst heeft werknemer naast zijn vaste salaris recht op een bonus. De hoogte van deze bonus is weer afhankelijk gesteld van een aantal voorwaarden. Bij indiensttreding heeft werknemer pro rata de bonus over 2009 ontvangen. Werknemer vordert thans pro rata uitbetaling van de bonus over 2011 waarbij hij zich op het standpunt stelt dat hij recht heeft op 25% van zijn laatstgenoten salaris als vast bonuscomponent. De kantonrechter heeft de vordering afgwezen.

Het hof oordeelt als volgt. Uit de bonusregeling volgt dat de toekenning van een bonus aan werknemer over een bepaald jaar dient te worden bepaald overeenkomstig de PLM-bonusregeling – het in die bepaling bedoelde 'incentive schema' – en daarmee afhankelijk is van de invulling van de variabelen waarin deze regeling voorziet. Zoals de bepaling met zoveel woorden vermeldt, spelen hierbij naast de eigen prestaties van werknemer – de 'objectieven gerelateerd aan de functie' – ook de prestaties van Fiat respectievelijk de groep waartoe zij behoort – 'de organisatie performance' – een rol. De hier gegeven uitleg brengt mee dat werknemer, anders dan hij meent, aan de aangehaalde bepaling geen recht kan ontlenen op een – bij het behalen van de voor hem geldende 'targets' – op voorhand vaststaande bonus (gelijk aan 25% van zijn jaarsalaris), noch op een (partiële) bonus die uitsluitend op zijn individuele prestaties is gebaseerd. Alle stellingen van werknemer die tot het tegendeel strekken stuiten op het voorgaande af. Niet in geschil is dat de financiële resultaten van de groep waarvan Fiat deel uitmaakt in de regio Europe, Middle East en Africa, in 2011 negatief

zijn geweest, dat deze variabele bij de vaststelling van bonussen volgens de PLM-bonusregeling over dat jaar in aanmerking is – en moest worden – genomen en dat dit een dusdanige correctiefactor heeft opgeleverd dat die regeling over 2011 niet tot toekenning van bonussen aan werknemers werkzaam in de genoemde regio heeft geleid, ongeacht hun individuele prestaties. De uitleg die aan de bepaling is gegeven brengt mee dat de vraag of werknemer op grond van deze bepaling recht heeft op een bonus over 2011, moet worden beantwoord – uitsluitend – aan de hand van de PLM-bonusregeling. Nu toepassing van deze regeling over 2011 niet tot toekenning van bonussen heeft geleid, heeft werknemer dus geen recht op een bonus.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam
Datum uitspraak: 08-10-2013
ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2013:3273
Zaaknummer: 200.120.270/01
Rechters: A.M.A. Verscheure, R.J.M. Smit en W.H.F.M. Cortenraad
Advocaten: S.L. Knols en E.S. de Bock
Wetsartikelen: 7:611 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/The Bank of New York Mellon

Ontslag op staande voet voormalig OR-lid wegens schending geheimhoudingsverplichting en toegang tot afgeschermde server voor OR-leden, alsmede delen van geheime informatie

Werknemer was op grond van zijn arbeidsovereenkomst gehouden aan een geheimhoudingbepaling. Hij is vier jaar lang lid geweest van de ondernemingsraad van BNYM (hierna: OR) en op grond daarvan gold voor hem tevens de in artikel 20 van de Wet op de Ondernemingsraden neergelegde wettelijke geheimhoudingsplicht. Hij heeft verschillende cursussen gevolgd waarbij het omgaan met vertrouwelijke informatie aan de orde is geweest. Na zijn defungeren als lid van de OR heeft hij nagelaten om, nadat hem op 10 december 2012 te kennen was gegeven dat hij was afgesloten van het afgeschermde deel van de server van BNYM, waarop zich gegevens bevonden van de OR, BNYM te melden dat hij nog steeds daartoe toegang had. Hij heeft daarna tevens vertrouwelijke informatie uit dat afgeschermde gedeelte van de server geraadpleegd en tot zich genomen. Ten slotte heeft hij die vertrouwelijke informatie gedeeld met meerdere collega's (het betrof informatie over een reorganisatie en beloningsbeleid). Hij heeft daarmee herhaaldelijk zijn geheimhoudingsplicht en daarmee het vertrouwen van BNYM geschonden en tevens het imago van de OR. Een rechtvaardigingsgrond bestond daarvoor niet. Als gevolg hiervan is werknemer op staande voet ontslagen.

Het hof oordeelt als volgt. Werknemer heeft geen melding gemaakt aan BNYM dat hij, nadat hem was gemeld dat hij daarvan werd afgesloten, nog toegang had tot gegevens van de OR die waren geplaatst op een afgeschermd gedeelte van de server van BNYM. Hij was niet gerechtigd die gegevens te raadplegen. Werknemer heeft tijdens zijn loopbaan verschillende cursussen gevolgd waarbij onder meer aan de orde is gekomen hoe hij met dergelijke vertrouwelijke gegevens correct moest omgaan. Hij mocht onder die omstandigheden ook geacht worden te weten dat BNYM daaraan groot belang hechtte, en in het verlengde daarvan dat BNYM bij schending van die geheimhoudingsplicht de noodzakelijke maatregelen zou treffen. De stelling van werknemer dat hem nooit is gewezen op de gevolgen van het doorspelen van vertrouwelijke informatie gaat dan ook niet op, noch de verder niet

onderbouwde stelling dat er bij BNYM op dat punt geen consistent beleid werd gevoerd. Desondanks heeft hij niet alleen gegevens opgeroepen – en daarvan kennis genomen – die waren opgenomen in de reguliere map van de OR, maar ook gegevens die waren opgenomen in een submap met de aanduiding 'strikt vertrouwelijk'. Daar is het niet bij gebleven, maar hij heeft de informatie waarover hij aldus de beschikking had gekregen, gedeeld met diverse collega's: met zijn collega Hendrickx de informatie betreffende een ophanden zijnde reorganisatie en in verband daarmee het ontslag van een collega, welke informatie was opgenomen in de submap 'strikt vertrouwelijk' en andere informatie betreffende het beloningsbeleid van BNYM, met een drietal andere collega's. Met de kantonrechter is het hof voorlopig van oordeel dat onder die omstandigheden objectief gezien van BNYM niet kon worden gevergd de dienstbetrekking met werknemer te laten voortduren, zelfs niet voor korte tijd. De door werknemer aangevoerde omstandigheden kunnen niet tot een ander oordeel leiden. BNYM werd geconfronteerd met een medewerker die op niet mis te verstane wijze zijn geheimhoudingsplicht had geschonden. Dat werknemer een oud lid van de OR was, van wie bij uitstek anders mocht worden verwacht, maakte een en ander des te ernstiger, alleen al omdat hem in die hoedanigheid het belang van vertrouwelijkheid nog eens extra was ingeprent. Dit gedrag kan wel degelijk als schadelijk voor BNYM worden aangemerkt, waaraan niet afdoet dat die schade mogelijk een minder concrete vorm heeft. Dat werknemer niet naar anderen dan de reeds genoemde personen informatie heeft gelekt, doet daaraan evenmin af.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam
Datum uitspraak: 08-10-2013
ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2013:3274
Zaaknummer: 200.126.475/01 SKG
Rechters: J.E. Molenaar, D.J. van der Kwaak en L.A.J. Dun
Advocaten: A.E. Doornbos en H.T. ten Have
Wetsartikelen: 7:677 BW, 7:678 BW en 20 WOR

RECHTSPRAAK

werknemer/Datawell BV

Artikel 7:625 BW verzet zich tegen het afzonderlijk en nadien vorderen van wettelijke rente over de wettelijke verhoging. In de matiging van de wettelijke verhoging wordt immers tevens rekening gehouden met de cumulatie van verhoging en wettelijke rente

Bij vonnis van 22 juni 2005 is Datawell veroordeeld tot betaling van achterstallig loon. De kantonrechter heeft Datawell veroordeeld om tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan werknemer te betalen de somma van € 33.495 bruto vermeerderd met de wettelijke rente vanaf de diverse vervaldata, zijnde de data waarop werknemer vanaf 1 oktober 2002 maandelijks zijn (onjuiste) salaris ontving, alsmede te vermeerderen met de maximale wettelijke verhoging van 50% wegens vertraging, heeft Datawell voorts veroordeeld om tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan werknemer te betalen de somma van € 9.039,24 bruto vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 15 augustus 2004, alsmede te vermeerderen met de maximale wettelijke verhoging van 50% wegens vertraging. Bij arrest van 18 november 2008 heeft het hof – in het door Datawell tegen het vonnis ingestelde principale beroep – dit vonnis bekrachtigd. Werknemer heeft Datawell gevorderd over de wettelijke verhoging tevens de wettelijke rente te betalen.

Het hof oordeelt als volgt. De toewijzing van een dergelijke nieuwe vordering tot toekenning van wettelijke rente over bij een eerder vonnis toegekende wettelijke verhoging, verdraagt zich niet met de bevoegdheid van de rechter tot matiging van de bedoelde verhoging zoals geregeld in artikel 7:625 lid 1 laatste volzin BW. Die bevoegdheid geeft de rechter de mogelijkheid de in de wet voorziene verhoging over het loon dat de werkgever niet tijdig aan de werknemer heeft betaald – waaronder mede te begrijpen een niet tijdig betaalde uitkering van niet-opgenomen vakantiedagen – te beperken tot een zodanig bedrag als de rechter 'met het oog op de omstandigheden billijk zal voorkomen'. De genoemde bevoegdheid heeft mede de strekking een onredelijke cumulatie van de wettelijke verhoging met de wettelijke rente die de werkgever op grond van artikel 6:119 BW wegens de vertraging in de betaling in beginsel verschuldigd is, te voorkomen. Deze strekking brengt mee dat de rechter die voor de vraag staat of en zo ja, in hoeverre, hij van zijn bevoegdheid tot matiging van de wettelijke verhoging

gebruik zal maken, rekening moet kunnen houden – als daarbij in ogenschouw te nemen omstandigheid – met een eventuele aanspraak van de werknemer op vergoeding van wettelijke rente over die verhoging. Toewijzing van een rentevordering zoals thans aan de orde in een afzonderlijk geding, nadat zij eerder niet samen met de vordering tot toekenning van de wettelijke verhoging was ingesteld, verdraagt zich daarmee niet: de rechter heeft dan immers bij de beantwoording van de vraag of en in hoeverre hij van zijn matigingsbevoegdheid gebruik zou maken, geen rekening gehouden met de omstandigheid dat de werknemer naast de door hem gevorderde wettelijke verhoging, tevens aanspraak maakte op vergoeding van wettelijke rente daarover en dat het gezamenlijke beloop van de gevorderde wettelijke verhoging en die rente – in het voorliggende geval – aanzienlijk hoger was dan 50% van de toe te wijzen loonsom en vergoeding wegens niet-opgenomen vakantiedagen. Het voorgaande brengt mee dat werknemer niet-ontvankelijk is in zijn vordering en dat deze dus ook in hoger beroep niet toewijsbaar is.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam
Datum uitspraak: 08-10-2013
ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2013:3271
Zaaknummer: 200.121.491/01
Rechters: A.M.A. Verscheure, J.F.M. Strijbos en W.H.F.M. Cortenraad
Advocaten: L.P.A. Zwijnenberg en J.A. Heeren
Wetsartikelen: 7:625 BW en 6:119 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Q-Park Beheer BV

Ontslag op staande voet werknemer parkeergarage wegens verduistering € 24 (bagateldelict). Schending van de vertrouwensrelatie bij een functie met grote vrijheid weegt zwaar mee. Videobeelden onderdeel van processtukken

Werknemer is op 1 februari 2009 in loondienst van Q-Park getreden in de functie van 'parking host'. Deze werknemers (parking hosts) houden zich bezig met het beheren en operationeel houden van de garage. Zij verrichten hun werkzaamheden veelal vanuit een afgescheiden ruimte in de garage, door partijen aangeduid als 'de loge'. Zij werken vaak alleen en hebben een grote mate van vrijheid. Naar aanleiding van een schriftelijke mededeling aan Q-Park door een gebruiker van de parkeergarage op 27 december 2012 over, kort gezegd, een weigering door een 'parking host' van een betaling van het verschuldigde bedrag van € 24 met een creditcard en een door die 'parking host' verlangde contante betaling in plaats daarvan, heeft Q-Park een onderzoek ingesteld naar de gang van zaken op de betrokken datum (16 december 2012). Dit onderzoek heeft aan het licht gebracht dat werknemer die dag in de garage werkzaam was, dat op destijds gemaakte video-opnamen van de loge een betaling in contanten aan werknemer door een gebruiker van de garage waarneembaar was, dat werknemer vervolgens de slagboom van een van de uitritten handmatig opende ten behoeve van die gebruiker en dat de bedoelde contante betaling niet in het elektronische logboek is vastgelegd. Q-Park heeft de hierboven beschreven bevindingen in een gesprek op 9 januari 2013 aan werknemer voorgehouden. Tijdens dit gesprek zijn hem de gemaakte video-opnamen getoond. Werknemer heeft bij die gelegenheid erkend op de betrokken datum € 24 in contanten te hebben aangenomen van een gebruiker van de parkeergarage. Q-Park heeft hem vervolgens tijdens het gesprek op 9 januari 2013 op staande voet ontslagen.

Het hof oordeelt als volgt. Tussen partijen staat vast dat de mededeling van de klant op 27 december 2012 aan Q-Park is gedaan. Op grond van die enkele mededeling heeft Q-Park niet hoeven aan te nemen, en gelet op haar verplichting zich tegenover werknemer als een goed werkgever te gedragen zelfs niet mogen aannemen, dat werknemer een aan Q-Park toebehorend bedrag had verduisterd en daarbij de binnen Q-Park geldende procedure had

overtreden, zoals zij hem heeft verweten. Hiervoor was onderzoek noodzakelijk naar hetgeen zich feitelijk had voorgedaan, in het bijzonder aan de hand van de op 16 december 2012 in de parkeergarage gemaakte video-opnamen en het geautomatiseerde systeem en elektronische logboek voor zover betrekking hebbend op die datum. Voorshands blijkt uit niets dat Q-Park dit onderzoek onvoldoende voortvarend ter hand heeft genomen en evenmin dat zij heeft gedraald uit de onderzoeksbevindingen de gevolgtrekking te maken dat een dringende reden voor ontslag – de gestelde verduistering en overtreding van de procedure – bestond en werknemer vervolgens te ontslaan. Dan kan niet worden gezegd dat Q-Park heeft nagelaten werknemer onverwijld te ontslaan zodra zij kennis had van de feiten waarin de door haar gestelde dringende reden voor het ontslag is gelegen. Dit wordt niet anders doordat Q-Park met het ontslag heeft gewacht tot zij, op 9 januari 2013, over haar bevindingen met werknemer had gesproken (kennelijk) teneinde hem daarover te horen, niet doordat zij dit gesprek al op 28 december 2012 had aangekondigd aan de afzender van de hierboven bedoelde mededeling – in aanmerking genomen dat niet aannemelijk is dat Q-Park haar onderzoek naar aanleiding van die mededeling toen reeds had afgerond – en evenmin doordat zij werknemer tot aan het gesprek zijn gebruikelijke werkzaamheden heeft laten verrichten.

De duur van het dienstverband van werknemer, diens voor 16 december 2012 onberispelijke staat van dienst, de ingrijpende gevolgen van het gegeven ontslag voor werknemer en diens verdere belangen en persoonlijke omstandigheden – zoals zijn leeftijd en vooruitzichten op de arbeidsmarkt – staan aan het aannemen van een dringende reden voor het ontslag niet in de weg. De aard en de ernst van de omstreden gedraging van werknemer zijn, gelet op de belangen van Q-Park en op het vertrouwen dat Q-Park in bij haar als 'parking host' werkzame personen – die een grote mate van vrijheid genieten – moet kunnen hebben, dusdanig dat sprake is van een dringende reden voor ontslag, ook als rekening wordt gehouden met de zojuist genoemde omstandigheden aan de zijde van werknemer. De gedraging waarop het ontslag van werknemer is gestoeld vormt kortom, ongeacht de beperkte omvang van het ermee gemoeide bedrag, een zo wezenlijke inbreuk op de belangen van Q-Park en op het door Q-Park in werknemer gestelde en van deze te verlangen vertrouwen dat niet op grond van de belangen en persoonlijke omstandigheden van werknemer kan worden geoordeeld dat een dringende reden voor ontslag ontbreekt.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam
Datum uitspraak: 27-08-2013
ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2013:2683
Zaaknummer: 200.125.648/01
Rechters: R.J.M. Smit, R.M. Beltzer en W.H.F.M. Cortenraad

Advocaten: A. Anakhrouch en E.V.C. Savelkoul
Wetsartikelen: 7:677 BW en 7:678 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Q-Park Beheer BV

Ontslag op staande voet werknemer parkeergarage wegens verduistering € 8 (bagateldelict). Schending van de vertrouwensrelatie bij een functie met grote vrijheid weegt zwaar mee. Ontslag voldoende onverwijld verleend. Camerabeelden onderdeel van processtukken

Werknemer is op 8 juni 2001 in loondienst van Q-Park getreden in de functie van 'parking host'. Deze werknemers (parking hosts) houden zich bezig met het beheren en operationeel houden van de garage. Zij verrichten hun werkzaamheden veelal vanuit een afgescheiden ruimte in de garage, door partijen aangeduid als 'de loge'. Zij werken vaak alleen en hebben een grote mate van vrijheid. Naar aanleiding van een mondelinge mededeling aan Q-Park door een tweetal gebruikers van de parkeergarage over, kort gezegd, meerdere door hen gedane contante betalingen aan een 'parking host', waaronder een contante betaling van € 8 op 1 januari 2013, telkens in plaats van betaling via een automaat, heeft Q-Park een onderzoek ingesteld naar de gang van zaken op de betrokken datum (1 januari 2013). Dit onderzoek heeft aan het licht gebracht dat werknemer die dag in de garage werkzaam was, dat op destijds gemaakte video-opnamen van de loge ten minste één betaling in contanten aan werknemer door een gebruiker van de garage waarneembaar is, dat die gebruiker vervolgens op aangeven van werknemer via de niet-afgesloten rechteruitrit de garage is uitgereden en dat de bedoelde contante betaling niet in het elektronische logboek is vastgelegd. Q-Park heeft de hierboven beschreven bevindingen in een gesprek op 9 januari 2013 aan werknemer voorgehouden. Tijdens dit gesprek zijn hem de gemaakte video-opnamen getoond. Werknemer heeft bij die gelegenheid ontkend een bedrag in contanten te hebben aangenomen van een gebruiker van de parkeergarage. Q-Park heeft werknemer vervolgens hetzij – volgens haar, door werknemer betwiste, stelling – tijdens het gesprek op 9 januari 2013, hetzij – volgens werknemer – bij hierop gevolgde brief van 11 januari 2013, op staande voet ontslagen.

Het hof oordeelt als volgt. Op grond van de enkele mededeling van de gebruikers op 2 januari 2013 heeft Q-Park niet hoeven aan te nemen, en gelet op haar verplichting zich tegenover werknemer als een goed werkgever te gedragen zelfs niet mogen aannemen, dat werknemer een aan Q-Park toebehorend bedrag had verduisterd en daarbij de binnen Q-Park geldende

procedure had overtreden, zoals zij hem heeft verweten. Hiervoor was onderzoek noodzakelijk naar hetgeen zich feitelijk had voorgedaan, in het bijzonder aan de hand van de op 1 januari 2013 in de parkeergarage gemaakte video-opnamen en het geautomatiseerde systeem en elektronische logboek voor zover betrekking hebbend op die datum. Voorshands blijkt uit niets dat Q-Park dit onderzoek onvoldoende voortvarend ter hand heeft genomen en evenmin dat zij heeft gedraald uit de onderzoeksbevindingen de gevolgtrekking te maken dat een dringende reden voor ontslag – de gestelde verduistering en overtreding van de procedure – bestond en werknemer vervolgens te ontslaan. Dan kan niet worden gezegd dat Q-Park heeft nagelaten werknemer onverwijld te ontslaan zodra zij kennis had van de feiten waarin de door haar gestelde dringende reden voor het ontslag is gelegen. Dit wordt niet anders doordat Q-Park met het ontslag heeft gewacht tot zij, op 9 januari 2013, over haar bevindingen met werknemer had gesproken (kennelijk) teneinde hem daarover te horen, niet als ervan wordt uitgegaan dat het ontslag hem niet tijdens dit gesprek maar (pas) bij brief van 11 januari 2013 is gegeven zoals werknemer stelt en evenmin doordat Q-Park werknemer tot aan het gesprek op 9 januari 2013 zijn gebruikelijke werkzaamheden heeft laten verrichten. Uit het voorgaande volgt dat ook grief 6, ertoe strekkend dat het ontslag niet op 9 januari 2013 is gegeven, werknemer niet kan baten, aangezien onder de genoemde omstandigheden een ontslag op 11 januari 2013 eveneens als 'onverwijld' kan worden aangemerkt.

De gestelde verduistering en overtreding van de procedure kunnen niet worden afgedaan als 'een administratieve slordigheid' en leveren een dringende reden voor het gegeven ontslag op, in aanmerking genomen het belang van Q-Park dat betalingen voor het gebruik van de parkeergarage daadwerkelijk aan haar ten goede komen. De duur van het dienstverband van werknemer, diens voor 1 januari 2013 onberispelijke staat van dienst, de ingrijpende gevolgen van het gegeven ontslag voor werknemer en diens verdere belangen en persoonlijke omstandigheden – zoals zijn leeftijd en vooruitzichten op de arbeidsmarkt – staan aan het aannemen van een dringende reden voor het ontslag niet in de weg. De aard en de ernst van de omstreden gedraging van werknemer zijn, gelet op de hierboven genoemde belangen van Q-Park en op het vertrouwen dat Q-Park in bij haar als 'parking host' werkzame personen – die een grote mate van vrijheid genieten – moet kunnen hebben, dusdanig dat sprake is van een dringende reden voor ontslag, ook als rekening wordt gehouden met de zojuist genoemde omstandigheden aan de zijde van werknemer. De gedraging waarop het ontslag van werknemer is gestoeld vormt kortom, ongeacht de beperkte omvang van het ermee gemoeide bedrag, een zo wezenlijke inbreuk op de belangen van Q-Park en op het door Q-Park in werknemer gestelde en van deze te verlangen vertrouwen dat niet op grond van de belangen en persoonlijke omstandigheden van werknemer kan worden geoordeeld dat een dringende reden voor ontslag ontbreekt.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam
Datum uitspraak: 27-08-2013
ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2013:2681
Zaaknummer: 200.125.653/01
Rechters: R.J.M. Smit, R.M. Beltzer en W.H.F.M. Cortenraad
Advocaten: A. Anakhrouch en E.V.C. Savelkoul
Wetsartikelen: 7:677 BW en 7:678 BW

RECHTSPRAAK

kantoor X/advocaat-stagiaire Y

Nietig ontslag op staande voet advocaat-stagiaire. Geen sprake van het langdurig en stelselmatig niet verrichten van arbeid na arbeidsconflict. Driemaal afzeggen mediationbijeenkomst verschoonbaar. Opzegging onregelmatig. Duur arbeidsovereenkomst conform de Richtlijn arbeidsvoorwaarden stagiaires 39 maanden

Op 1 juli 2010 is werkneemster als advocaat-stagiaire zoals bedoeld in artikel 9b Advocatenwet in dienst getreden van werkgever. Partijen zijn hiertoe een schriftelijke arbeidsovereenkomst aangegaan. Met betrekking tot de duur waarvoor zij is aangegaan bepaalt de overeenkomst in artikel 1: 'Deze overeenkomst is van bepaalde tijd en eindigt op het moment dat de stage is voltooid.' De arbeidsovereenkomst bepaalt voorts, in artikel 11: 'Beide partijen zijn bekend en gaan akkoord met de landelijke Richtlijn arbeidsvoorwaarden stagiaire.' De genoemde richtlijn bepaalt in artikel 8 dat arbeidsovereenkomsten met advocaat-stagiaires worden aangegaan hetzij 'voor onbepaalde tijd zonder proeftijd', hetzij 'voor bepaalde tijd voor de duur van drie jaar en drie maanden'. In januari 2012 heeft de patroon van werkneemster aangegeven niet langer haar patroon te willen zijn. Aan de Orde van Advocaten te Haarlem heeft de patroon bij schrijven van 11 januari 2012 uiteengezet welke meningsverschillen er tussen de patroon en werkneemster zijn. Daags na de mededeling van haar patroon, heeft werkneemster geen werkzaamheden meer verricht en zich ziek gemeld. Een poging tot mediation is niet van de grond gekomen omdat werkneemster tot driemaal toe niet verscheen. Op 9 maart 2012 wordt werkneemster op staande voet ontslagen wegens stelselmatige weigering van het verrichten van arbeid. Op 6 maart 2012 heeft het UWV bericht dat er geen medische belemmeringen waren. Werkneemster vordert gefixeerde schade wegens onregelmatige opzegging (€ 61.598,88 bruto).

Het hof oordeelt als volgt. Werkneemster is vanaf datum van haar ziekmelding, 5 januari 2012, tot de datum waarop de bedrijfsarts haar hersteld heeft geacht, 5 februari 2012, wegens ziekte ongeschikt geweest tot het verrichten van haar arbeid. Haar werkverzuim gedurende deze periode mag daarom niet worden uitgelegd als een weigering om de overeengekomen arbeid te verrichten. Tegen de achtergrond van de omstandigheden, waarbij de aanvankelijke

ziekmelding van werkneemster niet onterecht is gebleken en waarbij de verstoring van de arbeidsverhouding die daartoe aanleiding had gegeven, onverkort voortduurde op de datum waarop zij weer arbeidsgeschikt is bevonden en ook daarna nog, kan niet worden geoordeeld dat werkneemster – uitgaande van de datum waarop werkgever de arbeidsovereenkomst heeft opgezegd, 9 maart 2012 – 'langdurig en stelselmatig' heeft geweigerd om de overeengekomen arbeid te verrichten en dus evenmin dat een zodanige weigering een dringende reden voor ontslag oplevert. Ook de door werkneemster gestelde drievoudige weigering door haar om deel te nemen aan een mediationgesprek levert geen dringende reden voor ontslag op, daargelaten nog of die gestelde weigering als een zelfstandige ontslaggrond kan worden beschouwd. De wens van werkneemster om, vóór een gesprek met de mediator samen met een vertegenwoordiger van werkgever, eerst een afzonderlijk voorgesprek met de mediator te hebben kan in redelijkheid niet worden aangemerkt als een weigering om zo'n gezamenlijk gesprek te voeren, temeer nu uit niets blijkt dat werkgever tegen het gewenste afzonderlijke voorgesprek bezwaar heeft gemaakt. De verschuiving van het voorgenomen eerste gezamenlijke gesprek met de mediator naar een latere datum op verzoek van werkneemster kan evenmin worden uitgelegd als een weigering om aan zo'n gezamenlijk gesprek deel te nemen, omdat hier uitsluitend sprake was van uitstel naar aanleiding van een verhindering van de toenmalige advocaat van werkneemster. De afzegging van het (uitgestelde) gezamenlijke gesprek op 9 maart 2012 door werkneemster hield verband met de deelname aan dat gesprek van een tweede persoon, naast haar patroon, aan de zijde van werkgever, namelijk S, terwijl de aanvankelijke concept-mediationovereenkomst daarvan niet repte – deze noemde uitsluitend werkneemster en haar patroon als partijen bij de mediation – en uit niets blijkt dat werkneemster vooraf met de deelname van S had ingestemd of dat werkgever daarover tevoren met haar had overlegd teneinde op het punt van de gespreksdeelnemers tot een vergelijk te komen. Nu werkgever de arbeidsovereenkomst heeft opgezegd zonder dringende reden is zij schadeplichtig en kan werkneemster in beginsel aanspraak maken op de gefixeerde schadevergoeding bedoeld in artikel 7:680 lid 1 BW, tot betaling waarvan haar vordering strekt. De akkoordverklaring met de richtlijn in samenhang met de vermelding dat de arbeidsovereenkomst tussen partijen 'van bepaalde tijd' is, duidt erop dat partijen hebben gekozen voor de tweede mogelijkheid, dus voor een overeenkomst met een looptijd van drie jaar en drie maanden (in totaal 39 maanden). Van belang is voorts dat een advocatenstage, naar volgt uit het bepaalde in artikel 9b Advocatenwet, in de regel – behoudens verlenging of verkorting – drie jaar vanaf het tijdstip van de beëdiging als advocaat duurt en in zoverre van bepaalde tijd is, zodat het in de rede ligt dat (ook) een arbeidsovereenkomst waarbij, zoals hier, een persoon als advocaat-stagiaire in dienst van een ander treedt en die vermeldt dat zij 'van bepaalde tijd' is, een afgebakende looptijd heeft die bij de gebruikelijke duur van de advocatenstage aanhaakt. De vermelding in artikel 1 van de arbeidsovereenkomst dat de

overeenkomst eindigt ‘op het moment dat de stage is voltooid’ valt daarbij hoogstens te beschouwen als een nadere afbakening van de tijd waarvoor zij is aangegaan, heeft niet de strekking die overeenkomst van onbepaalde tijd te doen zijn en doet ook overigens aan het voorgaande niets af. Dit alles, in onderlinge samenhang, wettigt de gevolgtrekking dat de arbeidsovereenkomst tussen partijen is aangegaan voor een bepaalde tijd van 39 maanden, zodat – nu een mogelijkheid van tussentijdse opzegging niet is overeengekomen – de gefixeerde schadevergoeding waarop werkneemster aanspraak kan maken moet worden bepaald als had de overeenkomst gedurende die tijd voortgeduurd, zoals de kantonrechter heeft gedaan.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam
Datum uitspraak: 23-07-2013
ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2013:2345
Zaaknummer: 200.120.049/01
Rechters: W.H.F.M. Cortenraad, S.F. Schütz en J.E. Molenaar
Advocaten: J.J. Perrels
Wetsartikelen: 7:677 BW, 7:678 BW, 7:680 BW en Richtlijn arbeidsvoorwaarden stagiaires

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgever

Pensioen 'nader overeen te komen' impliceert een pensioenverplichting zodat werkgever betaling verschuldigd is

Werknemer is op 1 juni 2007 in dienst getreden van werkgever als 'plant manager'. Werkgever drijft een onderneming die zich bezighoudt met het be- en verwerken van en de groothandel in oliehoudende zaden, pitten, noten en aanverwante zaken. Als 'plant manager' had werknemer de directe leiding over de activiteiten van die onderneming. Bij de uitoefening van zijn functie had hij een grote mate van vrijheid. In de arbeidsovereenkomst is een pensioenbeding opgenomen waarin staat dat partijen nader overeen te komen pensioenverplichtingen hebben. Op 23 maart 2010 heeft werkgever werknemer op staande voet ontslagen wegens grote onregelmatigheden, bestaande uit privé-uitgaven van werknemer. In deze procedure vordert werkgever vergoeding van de schade. Werknemer vordert betaling van pensioen.

Het hof oordeelt als volgt. Diverse privé-uitgaven en andere betalingen worden als onregelmatig bestempeld en dient werknemer terug te betalen. Anders dan werkgever meent kan noch uit de vermelding 'Nog nader overeen te komen' onder het kopje 'Pensioen', noch uit het feit dat partijen tijdens de looptijd van de arbeidsovereenkomst geen nadere afspraak over een pensioenvoorziening voor werknemer hebben gemaakt, worden afgeleid dat werkgever geen bijdrage ten behoeve van een zodanige voorziening is verschuldigd. In aanmerking genomen de zin die partijen in de geven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan de betrokken bepaling mochten toekennen en hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten, moet de bepaling getiteld 'Pensioen' in de arbeidsovereenkomst aldus worden verstaan dat werkgever gehouden was enigerlei pensioenvoorziening voor werknemer te treffen of daaraan bij te dragen – na diens indiensttreding als 'plant manager' – en dat de concrete invulling van die voorziening of van de bijdrage van werkgever daaraan, door partijen in samenspraak zou worden vastgesteld. Op de eerste plaats is hierbij van belang dat als die bepaling anders zou worden uitgelegd, haar opname in de arbeidsovereenkomst zonder betekenis zou zijn: zij zou dan immers voor geen van de partijen een recht of een verplichting scheppen. Op de tweede plaats is bij de zojuist gegeven uitleg van belang dat

werknemer vóór de beëindiging van zijn dienstverband – op verzoek van werkgever – bij twee verschillende pensioenverzekeraars offertes heeft gevraagd voor een te treffen pensioenvoorziening, zowel voor hemzelf als voor andere werknemers van werkgever. Hiervoor zou, wat de voorziening voor werknemer betreft, geen aanleiding zijn geweest als de aangehaalde bepaling in de arbeidsovereenkomst niet in de zojuist beschreven zin zou worden verstaan. In hoger beroep is niet in geschil dat volgens de laagste door werknemer gevraagde – en ontvangen – offerte het totaal van de premies voor een pensioenvoorziening voor hem gedurende zijn dienstverband bij werkgever € 19.380 zou hebben belopen zoals door de kantonrechter is aangenomen, als een dergelijke voorziening zou zijn getroffen. Evenmin in geschil is dat die premies in dat geval geheel ten laste van werkgever zouden zijn gekomen. In het bijzonder heeft zij niet gesteld dat op grond van de hierboven aangehaalde bepaling – in ieder geval – een deel van de pensioenpremies ten laste van werknemer zelf zou moeten komen. Er moet daarom van worden uitgegaan dat de betrokken premies geheel ten laste van werkgever zouden zijn gekomen als voor werknemer een pensioenvoorziening was getroffen. Dat werkgever ter zake méér zou zijn verschuldigd dan de premies volgens de laagste offerte, die de kantonrechter tot uitgangspunt heeft genomen, is door werknemer niet, althans niet voldoende, onderbouwd: hij voert immers niet aan dat, laat staan waarom, die offerte níét en de hogere offerte wél een afdoende pensioenvoorziening voor hem behelsde. De vordering van werknemer wegens de niet-getroffen pensioenvoorziening is derhalve toewijsbaar tot een bedrag van € 19.380.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam
Datum uitspraak: 04-06-2013
ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2013:1665
Zaaknummer: 200.105.561/01
Rechters: W.H.F.M. Cortenraad, D.J. van der Kwaak en J.E. Molenaar
Advocaten: M. Gerritsen en D.P. Kant
Wetsartikelen: Pensioen

RECHTSPRAAK

werkneemster/werkgever

Ontslag schoonmaakmedewerkster wegens beëindigen exploitatie camping niet kennelijk onredelijk. Aangevoerde werkloosheidsduur van drie jaar wordt niet gestaafd door berekening hoelangwerkloos.nl

Werkneemster is als algemeen medewerkster schoonmaak in dienst van werkgever, die een camping exploiteert. Na verkregen toestemming is de arbeidsovereenkomst tegen 31 augustus 2012 opgezegd wegens het vervallen van de arbeidsplaats van werkneemster. Werkneemster stelt dat de opzegging kennelijk onredelijk is en beroept zich op het gevolgencriterium. Zij voert aan dat het haar niet lukte bij een derde een passende functie te vinden. Zij woont in een krimpregio waar harde economische klappen vallen. Gezien haar leeftijd, woonplaats, opleiding en ervaring, dient de overbruggingsperiode voor het vinden van ander passend werk te worden gesteld op drie jaar. Naast inkomensschade loopt zij pensioenschade op.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Als gevolg van beslissingen van de overheid (de projecten Zwakke Schakels en Waterdunen) moest de grond waarop werkgever de camping exploiteerde worden overgedragen aan de provincie Zeeland op 1 september 2012. Het besluit om de exploitatie van de camping te staken per 31 augustus 2012 is dan ook alleszins begrijpelijk. Daardoor verviel de arbeidsplaats van werkneemster. De door werkneemster genoemde omstandigheden zijn geen bijzondere omstandigheden die de conclusie rechtvaardigen dat reeds daarom het ontslag als kennelijk onredelijk moet worden aangemerkt. Hierbij wordt meegewogen dat werkneemster bij het ontslag met een leeftijd van 37 jaar nog betrekkelijk jong was. Zoals ter comparitie besproken, raadpleegde de kantonrechter de site hoelangwerkloos.nl. Op deze site is een berekening te vinden van de te verwachten duur van de werkloosheid en de kans op het vinden van ander werk op basis van gegevens van het bureau ArbeidsmarktResearch. Afhankelijk van de kwalificatie van het beroepsniveau van werkneemster als lager of elementair en de sector waarin zij werkzaam was (handel en horeca of zakelijke dienstverlening) varieerde de kans op uitstroom naar een baan van 65 tot 71% en de verwachte duur van de werkloosheid van 606 tot 656 dagen. De berekening gaat ervan uit dat werkneemster woont in Zeeland. Dat bij het ontslag een werkloosheid van drie jaar zou zijn te verwachten, zoals werkneemster stelt, is dan ook onvoldoende onderbouwd. Tot 1 april

2014, bij benadering 510 dagen na het ontslag, zijn de financiële gevolgen van werkloosheid naar verhouding beperkt omdat werkneemster recht heeft op een WW-uitkering. Werkneemster motiveert onvoldoende dat werkgever het oogmerk had haar immateriële schade toe te brengen. Volgt afwijzing van de vordering.

Instantie: Rechtbank Zeeland-West-Brabant
Datum uitspraak: 29-05-2013
ECLI: ECLI:NL:RBZWB:2013:10231
Zaaknummer: 247549 / 12-2629
Rechters: C. Kool
Advocaten: M. Harte
Wetsartikelen: 7:681 BW

RECHTSPRAAK

Gemeente Amsterdam DWI/ondernemingsraad van de Gemeente Amsterdam DWI

Toegang van teammanager tot e-mailbox werknemer ter bevordering van klanttevredenheid is een voorgenomen instemmingsplichtig besluit in de zin van artikel 27 lid 1 onder l WOR (voorzieningen die gericht zijn op of geschikt zijn voor waarneming van of controle op aanwezigheid, gedrag of prestaties van de in de onderneming werkzame personen). Oogmerk regeling niet relevant (klanttevredenheid in plaats van controle)

Binnen de gemeente Amsterdam is de kwaliteit van de dienstverlening door DWI, waaronder begrepen haar bereikbaarheid en externe communicatie, onderwerp van aandacht. Met het oog op de verbetering van deze dienstverlening heeft DWI beleid ontwikkeld dat erop is gericht de bereikbaarheid van haar medewerkers voor burgers door middel van e-mail te vergroten. In dit verband heeft DWI op 20 juni 2012 de volgende instructie aan haar medewerkers bekendgemaakt: 'Op vakantie? Onze dienstverlening gaat gewoon door! (...) Zet je afwezigheidsassistent aan als je er niet bent (ook bij je standaard deeltijddag) en geef aan wie mailers kunnen bellen of mailen in dringende gevallen. (...) Machtig daarnaast een collega (je buddy) of je teammanager voor toegang tot je mailbox. Je kunt zelf bepalen wie jij wilt machtigen. Deze collega houdt bij afwezigheid langer dan één dag je mailbox in de gaten om te kijken of er e-mails zijn binnengekomen die toch beantwoord of opgepakt moeten worden. (...) Mocht iemand toch vergeten zijn de buddy of teammanager te machtigen of de medewerker is onverwacht langer dan één dag afwezig, dan kan de teammanager via het bedrijfsbureau S&M toegang tot de mailbox krijgen. (...) De toegang tot de mailbox van een collega wordt natuurlijk alleen gebruikt om benodigde zaken uit de mailbox te halen om klanten en collega te kunnen helpen. En hierbij gelden vanzelfsprekend ook de regels rond geheimhouding en vertrouwelijkheid.' De OR, de ondernemingsraad van DWI, heeft tegenover DWI het standpunt ingenomen dat de hierboven aangehaalde instructie een besluit inhoudt waarvoor op grond van artikel 27 WOR instemmingsplicht is vereist en heeft de nietigheid van het besluit ingeroepen.

Het hof oordeelt als volgt. De aangevallen beslissing van de kantonrechter berust in het bijzonder op het oordeel dat de omstreden instructie moet worden aangemerkt als 'een regeling inzake voorzieningen die gericht zijn op of geschikt zijn voor waarneming van of controle op aanwezigheid, gedrag of prestaties van de in de onderneming werkzame personen' zoals bedoeld in artikel 27 lid 1 onder l WOR. Een besluit tot vaststelling van een dergelijke regeling, betrekking hebbend op alle of een groep van in de onderneming werkzame personen, behoeft op grond van artikel 27 WOR de instemming van de OR. Allereerst maakt die voorziening dat de instructie de mogelijkheid voor DWI schept tot gebruikmaking van een technisch hulpmiddel dat de betrokken teammanager in bepaalde gevallen toegang verschaft tot en inzage verleent in de mailbox van een afwezige medewerker, zonder diens toestemming, zodat niet louter sprake is van menselijk toezicht zonder dat gebruik wordt gemaakt van een technisch of administratief hulpmiddel. Dit geldt temeer wanneer acht wordt geslagen op de algemene ervaringsregel dat het in een professionele werkomgeving niet mogelijk pleegt te zijn om zonder technisch hulpmiddel de mailbox in te zien van een werknemer die zijn gebruikersnaam en wachtwoord niet bekend heeft gemaakt. Bovendien heeft de OR terecht aangevoerd dat de voorziening die de teammanager in staat stelt om in het e-mailbestand van een medewerker te kijken, geschikt is voor waarneming van of controle op gedrag en prestaties van bij DWI werkzame personen. De manager kan zich daardoor immers, aan de hand van de inhoud van het e-mailbestand, een beeld vormen van het gedrag en de prestaties van de betrokken medewerker. Ten slotte gaat het niet om een incidenteel geval, maar om een algemene mogelijkheid voor de teammanager – en hiermee voor DWI – om bij het ontbreken van een door de medewerker verstrekte machtiging of bij diens onverwachte afwezigheid van langer dan één dag, toegang te krijgen tot de mailbox van een afwezige medewerker. Aldus kan de teammanager in zulke gevallen steeds de beschikking krijgen over de mogelijkheid om door inzage in het e-mailbestand van de medewerker, via een daartoe getroffen voorziening, diens gedrag en prestaties – voor zover uit dat bestand blijkend – waar te nemen en te controleren. Hetgeen DWI in haar toelichting op de grieven – en nader toegelicht bij pleidooi in hoger beroep – heeft aangevoerd ten betoge dat de omstreden instructie geen instemmingsplichtig besluit zoals bedoeld in artikel 27 lid 1 onder l WOR inhoudt, stuit af op het hierboven overwogene. Dit geldt ook voor de stelling dat die instructie slechts tot doel heeft de bereikbaarheid van de medewerkers van DWI voor burgers te vergroten en niet is bedoeld voor waarneming van of controle op medewerkers van DWI: zij voorziet immers wél in een voorziening die de mogelijkheid schept voor observatie en controle van medewerkers, aan de hand van hun e-mailbestand, en die dus – wat er ook zij van het nagestreefde doel – geschikt is 'voor waarneming van of controle op' gedrag of prestaties van medewerkers. Hetgeen DWI heeft opgemerkt met betrekking tot de (vermeende) afwezigheid van een 'voorziening' zoals bedoeld in artikel 27 lid 1 onder l WOR,

miskent dat er sprake is van een technisch hulpmiddel dat de betrokken teammanager feitelijk in staat stelt om toegang te krijgen tot de mailbox van een bepaalde medewerker en diens e-mailbestand in te zien, zonder welk hulpmiddel dit niet mogelijk zou zijn.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam
Datum uitspraak: 14-05-2013
ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2013:1495
Zaaknummer: 200.113.307/01
Rechters: D.J. van der Kwaak, G.C.C. Lewin en W.H.F.M. Cortenraad
Advocaten: A.A.H. Bruinhof en L.J.M. van Westerlaak
Wetsartikelen: 27 WOR

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgeefster

Voorgestelde loonmaatregelen bestaande uit loonmatiging van uiteindelijk 6% en later uitbetalen vakantiegeld doorstaan Stoof/Mammoet-toetsing. Loonmaatregelen worden breed binnen de onderneming gedragen. Van werknemer kan solidariteit en daarmee aanvaarding van de voorgestelde loonmaatregelen in redelijkheid worden gevergd

Werknemer is sinds 2007 in dienst van werkgeefster, een architectonisch en (steden)bouwkundig ontwerpbureau. Na verschillende reorganisaties heeft werkgeefster loonmaatregelen voorgesteld. Het gaat om een collectieve loonmatiging van 6% (3% per 1 juni 2013 en 3% per 1 januari 2014) en de uitbetaling van vakantiegeld in december 2013 in plaats van in mei 2013. De OR heeft positief geadviseerd inzake het loonoffer. Werkgeefster heeft een medewerkerspeiling gehouden. 83% van de werknemers heeft gereageerd en 83% daarvan heeft met de loonmatiging ingestemd. Werknemer weigert in te stemmen met de loonmatiging en het later uitbetalen van het vakantiegeld. Centrale vraag is of werkgeefster gerechtigd is eenzijdig de loonmaatregelen door te voeren.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Nu geen eenzijdig wijzigingsbeding is overeengekomen, dient aan de hand van artikel 7:611 BW en het arrest Stoof/Mammoet (HR 11 juli 2008, NJ 2011/185) bepaald te worden of werknemer gehouden is in te stemmen met de loonmaatregelen. Werkgeefster heeft als goed werkgever aanleiding kunnen vinden tot het doen van het voorstel. Daartoe wordt overwogen dat voldoende aannemelijk is geworden dat de huidige financiële situatie van werkgeefster en haar achterblijvende omzet haar noopt tot nieuwe maatregelen om in ieder geval weer financieel gezond te worden. Met drie personele reorganisaties achter de rug, waarbij het medewerkersaantal uiteindelijk is gehalveerd ten opzichte van 2008, heeft werkgeefster tot nog toe het tij niet voldoende kunnen keren en stevent zij af op een groot verlies in 2013. Bij de besluitvorming over de loonmaatregelen is werkgeefster zorgvuldig te werk gegaan. De OR heeft ingestemd en gelet op de medewerkerspeiling bestond een relatief groot draagvlak voor doorvoering van de

loonmaatregelen. Het voorstel tot loonmatiging is ook redelijk. Voor werknemer bedraagt de inkomensachteruitgang per 1 juni 2013 € 99,30 bruto en per 1 januari 2014 nog eens € 96,32 bruto (= € 195,62 bruto). Ook de partners en associates doen mee met de loonmaatregel. Werknemer heeft niet aangevoerd wat deze achteruitgang netto voor hem betekent en wat het gevolg is van deze achteruitgang voor de verhouding tussen zijn inkomen en zijn (vaste) lasten. Een lager loon leidt inderdaad tot een lagere WW-uitkering. Vooralsnog – en juist door het invoeren van de loonmaatregelen – is werkloosheid voor werknemer niet aan de orde. Het voorstel van werkgeefster wordt binnen de onderneming breed gedragen. Werknemer is de enige werknemer dan wel een van de twee werknemers die daartegen uiteindelijk formeel bezwaar heeft aangetekend. Gelet op alle omstandigheden, waarbij terughoudendheid bij de wijziging van deze primaire arbeidsvoorwaarde in acht is genomen, kan van werknemer solidariteit en daarmee aanvaarding van de voorgestelde loonmatiging in redelijkheid worden gevergd.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland
Datum uitspraak: 13-12-2013
ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2013:7414
Zaaknummer: 2450893 UV EXPL 13-443 HV/4061
Rechters: S.H. Gaertman
Advocaten: S. Le Noble
Wetsartikelen: 7:611 BW

RECHTSPRAAK

X/Deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement Midden-Nederland

Advocaat werknemer dient declaratie voor werkzaamheden in bij werkgever, waarbij declaratie op naam van werkgever wordt gesteld. Hiermee wordt een overeenkomst van opdracht met werkgever gefingeerd, waardoor btw kan worden verrekend. Het betaamt een behoorlijk advocaat niet om aan een dergelijke constructie mee te werken. Tuchtrechtelijk verwijtbaar handelen

X is als advocaat opgetreden voor werkneemster in een arbeidsgeschil met haar werkgever. Uit het proces-verbaal in kort geding volgt dat de kosten van de gemachtigde van werkneemster en de proceskosten vergoed worden tot maximaal € 4.000 inclusief btw, waartoe de gemachtigde van werkneemster een nota met specificatie aan de gemachtigde van werkgever zal doen toekomen. X heeft vervolgens een declaratie bij werkgever ingediend waarin staat opgenomen: salaris (€ 3.361,34), btw 19% (€ 638,66) en totaalbedrag € 4.000. X heeft aan werkgever geschreven: 'Met betrekking tot de declaratie is destijds met u en uw advocaat afgesproken om "de uren" bij u in rekening te brengen en niet de kosten ter zake griffierecht en de deurwaarderskosten, zodat u de declaratie in uw boekhouding zou kunnen verwerken en 19% van het gehele bedrag middels btw aftrek met de belastingdienst kon verrekenen.' De Raad van Discipline heeft een bezwaar van de deken tegen X gegrond verklaard. Het bezwaar houdt, zakelijk weergegeven, in dat X tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld als bedoeld in artikel 46 Advocatenwet door een factuur voor gefingeerde werkzaamheden aan de werkgever te zenden met het kennelijke doel de werkgever in staat te stellen om de btw in aftrek te nemen. X heeft hoger beroep ingesteld. Zij voert aan dat zij nooit de intentie heeft gehad om een overeenkomst van opdracht met de werkgever te construeren, hetgeen blijkt uit de vermelding op de declaratie: Z./Haarmode Y. Deze handelwijze is niet ongebruikelijk in de advocatenpraktijk. De fiscus wordt niet benadeeld, omdat de werkgever zonder btw-aftrek het gehele bedrag van de declaratie in mindering op de winst mag brengen.

Het hof oordeelt als volgt. De raad heeft met juistheid overwogen dat met de afspraak dat een

werkgever (een deel van) de advocaatkosten die zijn werknemer in verband met een arbeidsconflict heeft gemaakt, zal vergoeden, op zichzelf niets mis is en dat een dergelijke regeling, vastgelegd in een overeenkomst tussen werkgever en werknemer, regelmatig voorkomt. Het gaat er echter om hoe aan een dergelijke afspraak uitvoering wordt gegeven. Als de advocaat van de werknemer aan zijn cliënt een (op diens naam gestelde) declaratie zendt en de werkgever vervolgens het afgesproken bedrag daarvan aan de werknemer vergoedt, is er niets aan de hand. In het onderhavige geval echter heeft X de declaratie voor de aan de werkneemster, in opdracht van die werkneemster, verleende diensten op naam gesteld van en geadresseerd aan de werkgever. De werkgever heeft vervolgens de op de declaratie in rekening gebrachte btw verrekend, kan dat althans hebben gedaan, alsof de declaratie werkzaamheden betrof die in zijn voorafgaande opdracht door X waren verricht, hetgeen niet het geval was. Dat de declaratie als onderwerp eerst de naam van de werkneemster en daarna die van de werkgever vermeldt, neemt het fingeren van de indruk dat de geadresseerde – de werkgever – de opdrachtgever van X is, niet weg. Die volgorde van vermelding betreft slechts een veelal in de (Nederlandse) advocatuur gevolgd gebruik dat voor niet-ingewijden geen betekenis heeft. Dat fingeren van een vooraf tot stand gekomen opdrachtrelatie tussen X en de werkgever heeft onder meer tot gevolg dat de werkgever de door X in rekening gebrachte btw kan verrekenen alsof haar diensten aan hem verleend waren, hetgeen in strijd is met de feiten. Het betaamt een behoorlijk advocaat niet om aan een dergelijke constructie mee te werken.

De juistheid van de stelling van X dat de fiscus (bewust of onbewust) soms wel accepteert dat de werkgever btw verrekent die verschuldigd is over aan zijn werknemer verrichte diensten, kan daarbij in het midden blijven. De kern van het terechte bezwaar van de deken betreft niet het verwijt dat X de Wet op de omzetbelasting verkeerd interpreteert of dat de fiscus wordt benadeeld – hetgeen volgens X niet het geval is omdat aftrek van de winst voor de fiscus ook nadeel oplevert –, maar zit daarin dat X een declaratie voor verleende diensten stelt ten name van en zendt aan de werkgever alsof zij van deze vooraf een opdracht tot het verlenen van die diensten had gekregen, hetgeen niet het geval is. Aan deze gefingeerde rechtsrelatie worden vervolgens extern gevolgen verbonden, zoals de verrekening van btw, die daaraan niet verbonden behoren te worden. Het hof bekrachtigt de beslissing van de raad. Dat geldt ook voor de door de raad opgelegde maatregel van waarschuwing. Daargelaten dat het verweer dat X het ongeoorloofde van haar handelen niet heeft gezien, niet disculpeert, en gehoord de mededeling van X dat zij haar handelwijze na de uitspraak van de raad al heeft aangepast, acht het hof de verweten gedraging te ernstig om zonder maatregel af te doen.

Instantie: Hof van Discipline
Datum uitspraak: 04-03-2013
ECLI: ECLI:NL:TAHVD:2013:8
Zaaknummer: 6712
Rechters: P.M.A. de Groot-van Dijken, J.P. Balkema, C.A.M.J. Raymakers, W.J. van Andel en H.J. de Groot
Wetsartikelen: 46 Advocatenwet

RECHTSPRAAK

Stichting Vestia Groep/werknemer

Vestia verwijt werknemer, voormalig kasbeheerder, dat hij een veel te omvangrijke en risicovolle derivatenportefeuille voor Vestia heeft opgebouwd en houdt werknemer aansprakelijk voor de schade. Werknemer mag tien personen oproepen in vrijwaringsprocedure

Werknemer is in dienst geweest van Vestia. Hij is werkzaam geweest als kasbeheerder. In de hoofdzaak houdt Vestia werknemer aansprakelijk voor door Vestia geleden schade in verband met haar derivatenportefeuille. Daarnaast vordert Vestia van werknemer een gefixeerde schadevergoeding als bedoeld in artikel 7:677 jo. 7:680 BW. Hieraan legt Vestia, samengevat, ten grondslag dat werknemer is tekortgeschoten in de vervulling van zijn taak om de aan de financiering van Vestia verbonden risico's te beheersen doordat hij een veel te omvangrijke en risicovolle derivatenportefeuille voor Vestia heeft opgebouwd, die tot grote financiële problemen bij haar heeft geleid. Vestia heeft de portefeuille afgekocht voor € 2 miljard op basis van de op 18 juni 2012 tussen Vestia en negen banken gesloten overeenkomst (hierna: de overeenkomst). Daarnaast verwijt Vestia werknemer dat hij in verband met de derivatentransacties die hij voor Vestia verrichtte heimelijk meer dan € 10 miljoen heeft aangenomen van een bij de derivatenportefeuille betrokken tussenpersoon. Werknemer verzoekt de rechtbank hem toe te staan om (rechts)personen in vrijwaring te dagvaarden, waaronder de algemeen directeur, bestuurders en een aantal commissarissen van Vestia.

De rechtbank oordeelt als volgt. De door werknemer gestelde grondslag voor vrijwaring is, kort gezegd, dat, mocht hij jegens Vestia schadeplichtig zijn, alle door hem genoemde personen naast hem jegens Vestia hoofdelijk zijn verbonden voor dezelfde schade als bedoeld in artikel 6:102 BW, zodat hij ingevolge artikel 6:10 BW een regresrecht heeft op deze personen. Aan de orde is of hetgeen werknemer met betrekking tot de door hem genoemde personen heeft gesteld voldoende is om oproeping in vrijwaring toe te staan. Geoordeeld wordt dat dit ten aanzien van tien personen het geval is. Werknemer stelt dat Stichting Waarborgfonds Sociale Woningbouw (WSW), het Centraal Fonds Volkshuisvesting (CFV) en de Staat onrechtmatig hebben gehandeld jegens Vestia met betrekking tot de totstandkoming van de overeenkomst, omdat het sluiten van de overeenkomst niet nodig was en er andere maatregelen getroffen

hadden dienen te worden die ertoe zouden hebben geleid dat Vestia geen schade zou hebben geleden. Dit betoog kan niet dienen als toereikende grondslag voor vrijwaring van werknemer door het WSW, het CFV en de Staat. Het wordt werknemer toegestaan de tien personen in vrijwaring te doen dagvaarden tegen de rolzitting van de rechtbank van woensdag 19 februari 2014.

Instantie: Rechtbank Den Haag
Datum uitspraak: 08-01-2014
ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2014:51
Zaaknummer: C/09/441694/HA ZA 13-464
Rechters: L. Alwin, W.A.G.J.W. Ferenschild en D.R. Glass
Advocaten: A. Knigge en Th.P.J. Hanssen
Wetsartikelen: 6:10 BW, 6:102 BW, 7:677 BW en 7:678 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Sauna Peize B.V.

Ontslag op staande voet wegens het melden van misstanden bij verzekeraar na diverse branden in bedrijf van werkgever is naar voorlopig oordeel niet rechtsgeldig, omdat niet voldaan is aan de onverwijldheidseis

Werknemer is sinds 1 december 2009 in dienst van Sauna Peize. Hij was laatstelijk werkzaam in de functie van Hoofd Technische Dienst. Vanaf 2011 zijn er meerdere branden geweest bij Sauna Peize. Sauna Peize heeft een brandverzekering bij Delta Lloyd en deze heeft een onderzoek ingesteld naar de branden. Werknemer en een collega zijn in maart 2013 via hun vakbond in contact gekomen met de afdeling Integriteit van Delta Lloyd en hebben melding gedaan van misstanden bij Sauna Peize. Sauna Peize heeft aangifte bij de politie tegen werknemer gedaan wegens (o.m.) smaad. Werknemer is op 10 september 2013 op staande voet ontslagen wegens onterechte beschuldigingen ter zake verzekeringsfraude en het plegen van milieudelicten. Werknemer beroept zich op de vernietigbaarheid van het ontslag. Hij stelt dat het ontslag op staande voet niet onverwijld is gegeven.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Sauna Peize heeft niet betwist dat zij reeds eind juni 2013 kennis heeft genomen van de verklaringen die werknemer over haar jegens Delta Lloyd heeft afgelegd en in dit verband staat vast dat zij werknemer op 2 juli 2013 ook een brief c.q. aansprakelijkheidstelling heeft gezonden. Door pas op 10 september 2013 over te gaan tot het geven van ontslag op staande voet, wordt niet aan de onverwijldheidseis voldaan. De stelling van Sauna Peize dat zij heeft gewacht omdat zij werknemer nog een kans wilde geven om tot bezinning te komen, gaat voorlopig oordelend niet op. De reden waarom Sauna Peize de indruk zou hebben gekregen dat werknemer nog wel van gedachten zou veranderen, is onvoldoende aannemelijk gemaakt. De loonvordering wordt toegewezen. Het door Sauna Peize in dit verband gedane beroep op matiging op grond van artikel 7:680a BW wordt gepasseerd. Matiging op grond van dit artikel is alleen mogelijk als volledige toewijzing van de loonvordering onaanvaardbare gevolgen heeft. Onvoldoende aannemelijk is geworden dat hiervan in dit geval sprake is. Sauna Peize heeft aangevoerd dat juist zij nog een aanzienlijk schadebedrag van werknemer heeft te vorderen en werknemer dus aan haar dient te betalen.

Of dit zo is, is echter de vraag.

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland
Datum uitspraak: 08-01-2014
ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2014:56
Zaaknummer: 2526695 - VV EXPL 13-104
Rechters: G.J.J. Smits
Advocaten: F.H.J. Swarte en A.J. Welvering
Wetsartikelen: 7:677 BW, 7:678 BW en 7:680a BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Sauna Peize B.V.

Ontslag op staande voet wegens het melden van misstanden bij verzekeraar na diverse branden in bedrijf van werkgever is naar voorlopig oordeel niet rechtsgeldig, omdat niet voldaan is aan de onverwijldheidseis

Werknemer heeft van 1 april 2010 tot 1 september 2011 voor Sauna Peize gewerkt en is met ingang van 14 januari 2013 opnieuw in dienst getreden bij Sauna Peize. Hij was laatstelijk werkzaam in de functie van Medewerker Technische Dienst. Vanaf 2011 zijn er meerdere branden geweest bij Sauna Peize. Sauna Peize heeft een brandverzekering bij Delta Lloyd en deze heeft een onderzoek ingesteld naar de branden. Werknemer en een collega zijn in maart 2013 via hun vakbond in contact gekomen met de afdeling Integriteit van Delta Lloyd en hebben melding gedaan van misstanden bij Sauna Peize. Sauna Peize heeft aangifte bij de politie tegen werknemer gedaan wegens (o.m.) smaad. Werknemer is op 10 september 2013 op staande voet ontslagen wegens onterechte beschuldigingen ter zake verzekeringsfraude en het plegen van milieudelicten. Werknemer stelt dat het ontslag op staande voet niet onverwijld is gegeven. Hij vordert gefixeerde schadevergoeding.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Sauna Peize heeft niet betwist dat zij reeds eind juni 2013 kennis heeft genomen van de verklaringen die werknemer over haar jegens Delta Lloyd heeft afgelegd en in dit verband staat vast dat zij werknemer op 2 juli 2013 ook een brief c.q. aansprakelijkheidstelling heeft gezonden. Door pas op 10 september 2013 over te gaan tot het geven van ontslag op staande voet, wordt niet aan de onverwijldheidseis voldaan. De stelling van Sauna Peize dat zij heeft gewacht omdat zij werknemer nog een kans wilde geven om tot bezinning te komen, gaat voorlopig oordelend niet op. De reden waarom Sauna Peize de indruk zou hebben gekregen dat werknemer nog wel van gedachten zou veranderen, is onvoldoende aannemelijk gemaakt. De gefixeerde schadevergoeding wordt toegewezen. Het door Sauna Peize in dit verband gedane beroep op matiging op grond van artikel 7:680 lid 5 BW wordt gepasseerd. Sauna Peize heeft aangevoerd dat zij nog een aanzienlijk schadebedrag van werknemer heeft te vorderen en werknemer dus aan haar dient te betalen. Of dit zo is, is echter de vraag.

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland
Datum uitspraak: 08-01-2014
ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2014:55
Zaaknummer: 2526680 - VV EXPL 13-103
Rechters: G.J.J. Smits
Advocaten: F.H.J. Swarte en A.J. Welvering
Wetsartikelen: 7:677 BW, 7:678 BW en 7:680 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Koninklijke Nederlandse Voetbalbond

Richtlijnconforme uitleg artikel 7:668a lid 5 BW. Werknemersbescherming verzet zich tegen afwijking van ketenregeling in cao voor (assistent-)scheidsrechters betaald voetbal, waarbij onbeperkt tijdelijke contracten kunnen worden gesloten zonder dat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ontstaat

Werknemer is sinds 1996 in dienst van de Koninklijke Nederlandse Voetbalbond (hierna: KNVB). Laatstelijk is hij werkzaam als senior assistent-scheidsrechter. Sinds 2001 is werknemer werkzaam geweest op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Op deze arbeidsovereenkomst is de cao voor (assistent-)scheidsrechters betaald voetbal van toepassing. Met ingang van 1 januari 2007 is een nieuwe cao overeengekomen, waarin in artikel 5 lid 4 is bepaald dat er alleen nog tijdelijke arbeidsovereenkomsten worden gesloten die onbeperkt kunnen worden verlengd, zonder dat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ontstaat. Werknemer heeft zijn arbeidsovereenkomst opgezegd en heeft een eenmalige compensatie van acht maandsalarissen (ruim € 18.000 bruto) gekregen en vanaf 1 januari 2007 een jaarlijkse uitkering van € 2.750 als vergoeding voor de afkoop van het eerdere vaste dienstverband. In aansluiting op de eerdere arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd zijn partijen twee arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd aangegaan, de laatste tot 30 juni 2013. Nadat werknemer de periodieke conditietest niet heeft afgelegd, heeft de KNVB de arbeidsovereenkomst niet verlengd. Werknemer stelt thans dat hij op grond van artikel 7:668a lid 1 onder a BW werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Hij voert aan dat de afwijking van de ketenregeling in de cao in strijd is met Richtlijn 1999/70/EG en dat repeterend gebruik van tijdelijke arbeidsovereenkomsten in strijd is met het goed werkgeverschap.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Richtlijn 1999/70/EG dient ter uitvoering van de Raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd en is in de Nederlandse wetgeving geïmplementeerd in artikel 7:668a BW. Artikel 7:668a BW moet 'richtlijnconform', dus zo veel mogelijk in overeenstemming met de richtlijn, worden uitgelegd. Daarbij wordt in aanmerking genomen dat het Europese Hof van Justitie (in de zaak Adeneler, bij arrest van 4

juli 2006, C-212/04) 'het genot van vaste dienstbetrekkingen' heeft opgevat 'als een essentieel onderdeel van de werknemersbescherming'. Tegen deze achtergrond laten de bewoordingen van artikel 7:668a lid 5 BW ruimte voor een restrictieve interpretatie van de wettelijke mogelijkheid om bij cao ten nadele van de werknemer af te wijken van de ketenregeling van het eerste lid. Mede gelet op de strekking van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid, waarbij het vinden van een verantwoord evenwicht tussen het een en het ander voorop heeft gestaan, hebben cao-partijen weliswaar de vrijheid om af te wijken van de wettelijke maxima – in aantal en duur – van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten die zonder rechtmatigheidstoetsing kunnen worden beëindigd, maar níét om geheel af te zien van elke beperking door middel van de in artikel 5 lid 1 van de raamovereenkomst genoemde maatregelen ter bescherming van de werknemers tegen voortdurende werkonzekerheid. Op de KNVB rustte uit eigen hoofde de plicht om zich te richten naar het bepaalde in artikel 5 lid 1 van de raamovereenkomst. Dat heeft zij niet gedaan.

De uitkomst van dit geding wordt niet anders, indien – vanuit de idee: 'wie het meerdere niet mag, mag het mindere, voor zover dat is toegestaan, wél' – het voorgaande de KNVB niet zou weerhouden van een beroep op artikel 5 lid 4 van de toepasselijke cao, voor zover althans de richtlijnconforme uitleg van artikel 7:668a lid 5 BW daaraan niet in de weg staat. Gezien de lengte van het ononderbroken dienstverband van werknemer kan de KNVB dit niet baten. Hij heeft bijna 17 jaar aangesloten voor de KNVB gewerkt, waarvan alleen al in de twee laatste arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd gedurende 6½ jaar, dus ruim meer dan het dubbele van de wettelijk toegestane maximumduur. Hierbij wordt in aanmerking genomen dat de KNVB geen precieze en concrete omstandigheden heeft gesteld die rechtvaardigen dat zij het werk van de assistent-scheidsrechters in een reeks van jaren op basis van tijdelijke contracten laat verrichten. Onder de gegeven omstandigheden is daarom het beroep op artikel 5 lid 4 van de cao, óók voor zover daarin een beperking van de totale duur van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd zou worden ingelezen, jegens werknemer naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar, en daarmee in strijd met het goed werkgeverschap in de zin van artikel 7:611 BW. Daaraan doet niet af dat in de cao's die vanaf 1 januari 2007 hebben gegolden een financiële compensatie aan de assistent-scheidsrechters, onder wie werknemer, is toegekend voor de afkoop van hun eerdere vaste dienstverbanden en dat deze compensatie in de afgelopen jaren ook steeds is genoten. De arbeidsovereenkomst is op en na 1 juli 2013 blijven voortbestaan.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland
Datum uitspraak: 18-12-2013
ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2013:7251

Zaaknummer: 2503410 UV EXPL 13-471 LH/4059
Rechters: J. Sap
Advocaten: H. Houwers en H.J.A. Knijff
Wetsartikelen: 7:611 BW, 7:668a BW, 5 Raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd en Richtlijn 1999/70/EG

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgever

Vaste toeslag van € 2 bruto per gewerkt uur behoort tot het 'naar tijdruimte vastgesteld loon' en dient bij arbeidsongeschiktheid en over ATV-dagen te worden doorbetaald. Toeslag als middel om ziekteverzuim terug te dringen, is in strijd met systeem van de wet

Werknemer is sinds 2000 in dienst. Op de arbeidsovereenkomst is de CAO Bouwnijverheid van toepassing. Over ieder gewerkt uur ontvangt werknemer een toeslag van € 2. Sinds 30 januari 2012 is werknemer arbeidsongeschikt. Kern van het geschil is de vraag of werknemer aanspraak maakt op doorbetaling van de toeslag van € 2 bruto per uur bij arbeidsongeschiktheid en over ATV-dagen.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Ingevolge artikel 7:629 lid 1 BW heeft werknemer bij arbeidsongeschiktheid voor een tijdvak van 104 weken recht op doorbetaling van 70% van het naar tijdruimte vastgestelde loon. Artikel 76 lid 2 van de cao bepaalt dat gedurende het eerste ziektejaar recht bestaat op doorbetaling van 100% van het 'vast overeengekomen loon' en tijdens het tweede ziektejaar op 70% van het 'vast overeengekomen loon'. Onder 'vast overeengekomen loon' wordt volgens artikel 40 lid 2 cao verstaan het 'garantieloon vermeerderd met de eventueel met de bouwplaatswerknemer overeengekomen prestatiepremie'. De toeslag is geen prestatiepremie, zodat de toeslag niet verschuldigd is op grond van de cao. Gegeven het feit dat de toeslag een vast bedrag per gewerkt uur betreft, behoort de toeslag wel tot het naar tijdruimte vastgestelde loon. Werknemer heeft bij arbeidsongeschiktheid dus recht op doorbetaling van 70% van het loon inclusief de toeslag van € 2 bruto per uur, gedurende een tijdvak van 104 weken. De stelling van werkgever dat de toeslag is ingevoerd als een prikkel om te werken om het ziekteverzuim terug te dringen faalt. Deze wijze van terugdringen van het ziekteverzuim verdraagt zich niet met het systeem van de wet. De wet en de cao voorzien wel in andere middelen om ziekteverzuim terug te dringen, bijvoorbeeld door het invoeren van wachtdagen, als bedoeld in artikel 7:629 lid 9 BW.

Uit de stukken en de stellingen van partijen begrijpt de kantonrechter dat werkgever, zoals de cao voorschrijft, over ziektedagen die zich in de periode van 1 mei 2008 tot en met januari

2012 hebben voorgedaan en gedurende het eerste ziektejaar vanaf 30 januari 2012 100% van het loon exclusief de toeslag heeft betaald. Werknemer heeft aldus over die periode ontvangen waarop hij volgens de cao recht had. Over die periode heeft hij uit dien hoofde dus niets meer te vorderen. Vanaf het tweede ziektejaar, ingaande 30 januari 2013, betaalt werkgever 70% van het loon exclusief toeslag. Over die periode heeft werknemer nog 70% van de toeslag te vorderen. Het oordeel dat de toeslag deel uitmaakt van het loon in de zin van artikel 7:629 BW leidt er ook toe dat de toeslag over ATV-dagen dient te worden doorbetaald.

Instantie: Rechtbank Zeeland-West-Brabant
Datum uitspraak: 11-12-2013
ECLI: ECLI:NL:RBZWB:2013:10197
Zaaknummer: 776564-CV-13-3744
Rechters: P.J.M. Rouwen
Advocaten: C.J.P. van den Noord en E.M.C. Melis
Wetsartikelen: 7:629 BW

RECHTSPRAAK

P&P Consult B.V./werknemer

Voorwaardelijke ontbinding arbeidsovereenkomst zieke werknemer die op detacheringsbasis werkzaam is. Werkgever heeft niet bewust de rechten van werknemer willen beperken door zich op het standpunt te stellen dat geen arbeidsovereenkomst is overeengekomen. Neutrale kantonrechtersformule

Werknemer is in dienst van P&P Consult. Op de arbeidsverhouding is de ABU-CAO van toepassing. Op 15 augustus 2012 is de overeenkomst verlengd voor onbepaalde tijd. Werknemer is uitgevallen wegens arbeidsongeschiktheid door ziekte. Sindsdien heeft P&P Consult geen loon meer betaald. Werknemer heeft een ZW-uitkering aangevraagd, die door het UWV is geweigerd omdat werknemer voor onbepaalde tijd in dienst is van P&P Consult. Tussen partijen is in geschil of er een uitzendovereenkomst of een detacheringsovereenkomst is overeengekomen. Werknemer stelt dat sprake is van een detacheringsovereenkomst en dat op P&P Consult een loondoorbetalingsverplichting bij ziekte rust. De loonvordering is in kort geding toegewezen (zie AR 2014-0019). P&P Consult verzoekt voorwaardelijke ontbinding. De opdracht van werknemer is beëindigd en er zijn geen herplaatsingsmogelijkheden, aldus P&P Consult.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Dat het ontbindingsverzoek verband houdt met het opzegverbod tijdens ziekte is niet aannemelijk geworden. Het ontbindingsverzoek wordt toegewezen. Aan werknemer wordt een vergoeding toegekend. Meegewogen wordt dat P&P Consult door de wijze waarop zij de arbeidsovereenkomst met werknemer heeft opgesteld een onduidelijke situatie heeft laten ontstaan. Anderzijds verdient opmerking dat ook werknemer niet erg voortvarend en adequaat heeft gereageerd, waardoor deze onzekerheid langer heeft geduurd dan noodzakelijk. Aan werknemer kan ook worden toegegeven dat P&P Consult in de afgelopen periode niets aan zijn re-integratie heeft gedaan, maar daarbij moet worden opgemerkt dat dit, gelet op het standpunt van P&P Consult dat de arbeidsovereenkomst al geëindigd was, wel voorstelbaar was. Bovendien heeft ook werknemer, op wie evenzeer een verplichting tot re-integratie rust, op geen enkele wijze richting P&P Consult aangedrongen op het inzetten van re-integratie, ook niet nadat het UWV tot het oordeel was gekomen dat P&P

Consult gehouden was het loon door te betalen omdat er een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd bestond. Ook wordt de aard van de arbeidsovereenkomst, de detacheringsovereenkomst, in aanmerking genomen, alsmede het feit dat in dit geding niet de indruk naar voren is gekomen dat P&P Consult bewust de rechten van werknemer heeft willen beperken en als organisatie eropuit is geweest om wettelijke regels te ontduiken. Er wordt een vergoeding toegekend met C=1 (€ 10.125 bruto). Er is onvoldoende aanleiding te bepalen dat de toe te kennen vergoeding pas invorderbaar zal zijn, nadat is komen vast te staan dat de arbeidsovereenkomst tussen partijen thans nog bestaat.

Instantie: Rechtbank Amsterdam
Datum uitspraak: 30-12-2013
ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2013:9216
Zaaknummer: 2566981 \ EA VERZ 13-1343
Rechters: E. Pennink
Advocaten: J. Jaab en F.M. van den Boogerd-Zuiderwijk
Wetsartikelen: 7:658a BW, 7:660a BW en 7:685 BW

RECHTSPRAAK

VMW Taxand N.V./werknemer

Ontbinding arbeidsovereenkomst advocaat-stagiair wegens bedrijfssluiting. Patroon heeft ten onrechte niets ondernomen om werknemer aan een andere stageplek te helpen. Ondanks slechte financiële situatie, wordt een vergoeding van € 10.000 toegekend

Werknemer is als advocaat-stagiair in dienst van Taxand, een gecombineerd kantoor van advocaten, fiscalisten en een notaris. Taxand verzoekt ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Daartoe wordt aangevoerd dat Taxand per 1 januari 2014 zal sluiten, waardoor voortzetting van de arbeidsovereenkomst niet mogelijk is. Omdat in de arbeidsovereenkomst een tussentijds opzegbeding is overeengekomen, hoeft aan werknemer geen vergoeding te worden betaald.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Nu Taxand per 1 januari 2014 ophoudt te bestaan, wordt de arbeidsovereenkomst ontbonden. Ten aanzien van de vergoeding wordt overwogen dat, ondanks het bepaalde in de arbeidsovereenkomst, tussen partijen sprake is van een arbeidsovereenkomst voor de bepaalde tijd van drie jaar, zonder tussentijdse opzegmogelijkheid. Beide partijen zijn er duidelijk van uitgegaan dat de arbeidsovereenkomst niet tussentijds beëindigd kon worden, zoals ook blijkt uit het ingediende verzoekschrift en de aanvraag om een ontslagvergunning voor de overige werknemers, waarin Taxand deze mening zelf ventileert. Dat betekent echter niet dat werknemer aanspraak kan maken op een vergoeding ten bedrage van het aantal maandsalarissen dat hij zou hebben ontvangen als de arbeidsovereenkomst nog tot 31 maart 2015 zou duren. Aanbeveling 3.6 is – zoals de naam al zegt – een aanbeveling, waarvan in voorkomende gevallen kan worden afgeweken. Dit is zo'n voorkomend geval. Voldoende aannemelijk is geworden dat Taxand er financieel weinig rooskleurig voorstaat. Anderzijds geldt dat nergens uit blijkt dat de patroon van werknemer ook maar iets heeft ondernomen om werknemer aan een andere stageplek te helpen, dan wel zich er sterk voor heeft gemaakt dat werknemer mee naar X zou overgaan. Mede gelet op de korte duur van het dienstverband, de gunstige leeftijd van werknemer (zij het dat de arbeidsmarkt voor juristen moeilijk is) en de hoogte van zijn loon, wordt een vergoeding van € 10.000 bruto toegekend. De mobiliteitsvergoeding wordt daarin meegenomen, nu deze gelet

op het feit dat werknemer met de fiets naar kantoor komt, in wezen een loonbestanddeel betreft.

Instantie: Rechtbank Amsterdam
Datum uitspraak: 27-12-2013
ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2013:9217
Zaaknummer: EA 13-1326
Rechters: M.V. Ulrici
Advocaten: H.J. Bronsgeest en D. Maats
Wetsartikelen: 7:667 lid 3 BW, 7:685 BW en Aanbeveling 3.6

RECHTSPRAAK

werknemer/BT Nederland N.V.

Werkgever dient na einde dienstverband een pro rata bonus te betalen over de door werknemer gewerkte periode. Finale kwijting in vaststellingsovereenkomst maakt dit niet anders. Verrekening van vakantiedagen op eindafrekening is kinderachtig van werkgever en niet toegestaan

Werknemer is in dienst geweest van BT. Als gevolg van een reorganisatie is werknemer op 7 maart 2012 boventallig geworden. Op 2 april 2012 heeft werknemer gevraagd vakantiedagen op te mogen nemen van 30 juli 2012 tot en met 24 augustus 2012. In augustus 2012 zijn partijen een vaststellingsovereenkomst overeengekomen, op grond waarvan de arbeidsovereenkomst per 1 november 2012 eindigt. Thans is tussen partijen in geschil of werknemer aanspraak maakt op een pro rata bonus over de periode 1 april tot en met 31 oktober 2012 en of BT de door werknemer gevraagde vakantiedagen op de eindafrekening in mindering mag brengen.

De kantonrechter oordeelt als volgt. BT kan zich ter afwering van de vordering met betrekking tot de bonus niet beroepen op de finale kwijting, als opgenomen in artikel 10 van de vaststellingsovereenkomst. Het geschil betreft immers de vraag of de pro rata bonus valt onder artikel 2.1 van de overeenkomst en daarmee of de bonus valt onder het salaris en de emolumenten, die BT tot de einddatum op de gebruikelijke wijze dient voldoen. Niet is gesteld noch is anderszins gebleken dat de doelstellingen van werknemer om in aanmerking te komen voor een bonus niet realistisch waren en/of dat werknemer deze niet heeft behaald of zou kunnen behalen. Tegen deze achtergrond dient pro rata worden afgerekend alsof werknemer de door hem opgegeven doelstellingen heeft behaald. Anderzijds brengt een redelijke uitleg mee dat slechts over de periode dat hij werkelijk arbeid verrichtte, derhalve over de periode 1 april tot 1 augustus 2012, werknemer de bonus krijgt uitgekeerd. Immers, als het verrichten van werkzaamheden (indirect) aanleiding geeft tot het verkrijgen van een bonus, ontstaat er geen recht indien tussen beide partijen wordt overeengekomen dat de werknemer wordt vrijgesteld van de bedongen arbeid tot het einde van de arbeidsovereenkomst.

Ten aanzien van het in mindering brengen van de vakantiedagen op de eindafrekening wordt het volgende geoordeeld. Behalve dat het kinderachtig van BT is om tot verrekening van die dagen over te gaan, is zij daartoe ook niet gerechtigd. Partijen zijn overeengekomen dat per 1 augustus 2012 werknemer werd vrijgesteld van de bedongen arbeid en niet is overeengekomen dat hij zich ter beschikking van BT diende te houden. Werknemer mag dus met zijn tijd doen wat hij wil en hoeft voor een verblijf in het buitenland geen vrij aan BT te vragen.

Instantie: Rechtbank Amsterdam
Datum uitspraak: 30-12-2013
ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2013:9214
Zaaknummer: CV 13-19563
Rechters: M.V. Ulrici
Advocaten: N. Abalhaj en N.M. Schroots
Wetsartikelen: 10 vaststellingsovereenkomst, 2.1 vaststellingsovereenkomst en 7:641 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/P&P Consult B.V.

Partijen zijn – gelet op de uitleg van de arbeidsovereenkomst – een detacheringsovereenkomst overeengekomen en geen uitzendovereenkomst met uitzendbeding. Op werkgever rust derhalve een loondoorbetalingsverplichting bij ziekte

Werknemer is in dienst van P&P Consult. Op de arbeidsverhouding is de ABU-CAO (hierna: de cao) van toepassing. Op 15 augustus 2012 is de overeenkomst verlengd voor onbepaalde tijd. Werknemer is uitgevallen wegens arbeidsongeschiktheid door ziekte. Met ingang van die datum heeft P&P Consult geen loon meer betaald. Werknemer heeft een ZW-uitkering aangevraagd, die door het UWV is geweigerd omdat werknemer voor onbepaalde tijd in dienst is van P&P Consult. Tussen partijen is in geschil of er een uitzendovereenkomst of een detacheringsovereenkomst is overeengekomen. Werknemer stelt dat sprake is van een detacheringsovereenkomst en dat op P&P Consult een loondoorbetalingsverplichting bij ziekte rust.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Voor beantwoording van de vraag of partijen een uitzendovereenkomst of een detacheringsovereenkomst zijn overeengekomen, is niet enkel de zuiver taalkundige tekst in (de artikelen van) de arbeidsovereenkomst doorslaggevend, maar speelt ook mee welke betekenis partijen aan de overeenkomst wilden geven en wat zij redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Partijen zijn in de arbeidsovereenkomst niet uitdrukkelijk een uitzendbeding overeengekomen als bedoeld in artikel 7:691 lid 2 BW. Ten aanzien van de loondoorbetaling tijdens ziekte is in de arbeidsovereenkomst voorts een regeling opgenomen die (o.m.) voorziet in doorbetaling van loon gedurende de eerste week van de arbeidsongeschiktheid. Dit is kenmerkend voor een detacheringsovereenkomst. Daarnaast is een regeling opgenomen met betrekking tot de tussentijdse beëindiging van de arbeidsovereenkomst en de in acht te nemen opzegtermijnen die – nagenoeg – identiek zijn aan het bepaalde in de cao voor wat betreft het einde van detacheringsovereenkomsten. Deze regeling past evenmin bij een uitzendovereenkomst met uitzendbeding. Weliswaar is in artikel 4.3 van de arbeidsovereenkomst opgenomen dat gedurende de eerste 78 weken de werkgever alleen gehouden is tot loondoorbetaling over de periode dat de werknemer

daadwerkelijk de overeengekomen werkzaamheden verricht, maar deze bepaling kan, gelet op hetgeen in artikel 18 van de arbeidsovereenkomst omtrent de ziekte is bepaald, naar voorlopig oordeel onvoldoende gewicht in de schaal leggen om te concluderen dat de overeenkomst na ziekte dan ook per direct eindigt. Bovendien is een dergelijke bepaling in de arbeidsovereenkomst een (toelaatbare) afwijking van de in artikel 7:628 BW geregelde loondoorbetalingsplicht indien de overeengekomen arbeid niet kan worden verricht door een oorzaak die voor rekening van de werkgever komt. Dit artikel is niet expliciet geschreven voor uitzendovereenkomsten met een uitzendbeding. Het feit dat in artikel 3.2 van de arbeidsovereenkomst een verwijzing is opgenomen naar artikel 7:691 lid 5 BW maakt – gelet op de overige bepalingen – niet dat daarom een uitzendovereenkomst met uitzendbeding is gesloten. Volgt toewijzing van de loonvordering.

Instantie: Rechtbank Amsterdam
Datum uitspraak: 30-12-2013
ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2013:9215
Zaaknummer: 2537995 \ KK EXPL 13-1858
Rechters: E. Pennink
Advocaten: F.M. van den Boogerd-Zuijderwijk en J. Jaab
Wetsartikelen: 7:629 BW en 7:691 BW