

Nieuwsbrief AR Updates - Nummer 26, 2014

Nummer 26, 2014

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

INHOUDSOPGAVE

Hoge Raad

Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2014:1542 27-06-2014

werknemer/Royal Bank of Scotland

Hof

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2014:5092 24-06-2014

werknemer/werkgever

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2014:1241 08-04-2014

FNV Bondgenoten en 26 werknemers/KLM

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2014:1101 01-04-2014

werknemer/Olympia Uitzendbureau B.V.

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2014:526 25-02-2014

Prorest Catering/werknemer

Rechtbank

Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2014:5612 25-06-2014

werknemer/Doen Uitzendorganisatie

Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2014:5623 25-06-2014

werknemer/Inspire Medical Systems

Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2014:3397 24-06-2014

werkgever/werknemer

Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2014:3063 20-06-2014

werkgever/werknemer

Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2014:3077 18-06-2014

EBS Public Transportation/Arriva Personenvervoer Nederland

Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2014:3877 14-05-2014

Baston Wonen Stichting/werknemer

Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2014:3460 06-05-2014

werkneemster/Stichting Travers Kinderopvang

Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2014:3470 28-04-2014

opdrachtneemster/Amstel Televisie Vijf B.V. (AT5)

Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2014:3154 24-04-2014

werkgever/werknemer

Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2014:3470 07-03-2014

werkneemster/werkgever

Annotatie

Ook voor zieke werknemers geldt: wie niet werkt, zal niet eten!

F.M. Dekker

RECHTSPRAAK

werknemer/Royal Bank of Scotland

Wijziging hoogte jaarlijkse bonus is discretionaire bevoegdheid werkgever. Stellen van ultimatum door werknemer (ondanks steun van leidinggevende) aan directie, leidt tot terechte functieonthefing.

(Vervolg op HR 13 januari 2012, AR 2012-0037 en Hof Den Haag 18 juni 2013, AR 2013-0573.)
Werknemer is op 5 juni 1997 in dienst getreden van ABN Amro Bank N.V., hierna: de bank, (de rechtsvoorganger van RBS) als trainee. Per 5 juni 2000 is hij bevorderd tot ‘convertible traider’ binnen de afdeling ‘Global Equity Derivates Department’ (GEDD) waar hij was belast met handel in converteerbare obligaties, door partijen aangeduid als het ‘Convertible bonds-boek’ ofwel ‘CB-boek’. Van september 2001 tot september 2002 was werknemer bovendien belast met werkzaamheden in het kader van het ‘Global Swap Book’, ofwel ‘GSB’. Werknemer is in september 2002 met onmiddellijke ingang ontheven van zijn werkzaamheden aan het GSB. Aanleiding daartoe was een door werknemer verzonden e-mail aan zijn direct leidinggevende, waarin hij zich op het standpunt stelde dat GSB en GS samengevoegd moesten worden en als dat niet zou gebeuren dat hij zich niet langer voor het GSB-project kon inzetten. De toon van de mail, alsmede het voor het blok zetten van het management vormden aanleiding tot actie van de bank. Doordat hij is ontheven uit deze functie, heeft hij ook geen bonus ter zake ontvangen. Naast zijn vaste salaris ontving werknemer een prestatiebonus gekoppeld aan de winst voor belastingen. Werknemer heeft de bank gedagvaard en vervangende schadevergoeding gevorderd voor de niet-uitgekeerde bonus in 2002 en voorts aanvullende bedragen over de gewerkte jaren, mede in vergelijking met de collega-werknemer. Volgens werknemer is hem ten onrechte geen, dan wel een te lage bonus uitgekeerd. Het hof heeft de vorderingen van werknemer gedeeltelijk toegewezen (tot een bedrag van EUR 450.000). In cassatie heeft de Hoge Raad (13 januari 2012, AR 2012-0037) het arrest vernietigd, omdat het hof ten onrechte niet of onbegrijpelijk gemotiveerd, is ingegaan op het verweer van de bank dat zij juist heel zorgvuldig en op juiste gronden werknemer uit zijn functie heeft ontheven. Het verwijzigingshof heeft geoordeeld dat de bonus geen ‘arbeidsvoorwaarde’ maar een eenzijdige discretionaire toekenning van de bank is geweest, zodat deze claim faalt. Voorts oordeelde dit hof dat de bank werknemer op juiste gronden uit zijn functie heeft ontheven. Tegen deze oordelen keert werknemer zich in cassatie.

De A-G concludeert als volgt. De vordering van werknemer ten aanzien van de bonus heeft betrekking op de omvang ervan. Volgens werknemer was deze bonus vastgesteld op 30% van de winst voor belastingen. De bank heeft deze evenwel vastgesteld op 24%. Daarin ziet de werknemer een wijziging van de bonusafpraak. De A-G meent evenwel dat de jaarlijks vast te stellen hoogte van de bonus een discretionaire bevoegdheid van de bank is en dat er nog geen afspraken tot stand waren gekomen waarop werknemer zijn stelling kan staven.

Met betrekking tot de ontheffing uit zijn functie, voert werknemer onder meer aan dat zijn e-mail aan de directie van de bank werd gesteund door zijn directleidinggevende. De A-G concludeert dat dit niet afdoet aan het feit dat werknemer uiteindelijk dreigt met het niet langer werkzaam willen zijn (dus zichzelf in persoon) voor het genoemde onderdeel. Ten overvloede merkt de A-G op dat een werknemer voor zijn eigen acties verantwoordelijk is en dat een werkgever zich niet veel hoeft aan te trekken van het al dan niet gesteund worden van handelingen van een werknemer door diens leidinggevende (r.o. 3.23).

De Hoge Raad oordeelt als volgt. De in het middel aangevoerde klachten kunnen niet tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien artikel 81 lid 1 Wet RO, geen nadere motivering nu de klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 27-06-2014

ECLI: ECLI:NL:HR:2014:1542

Zaaknummer: 13/04553

Rechters: C.A. Streefkerk, C.E. Drion, F.B. Bakels, M.V. Polak en T.H. den Tanja-van Broek

Advocaten: K. Aantjes, J.P. Heering en M.A.M. Essed

Wetsartikelen: 7:611 BW en 81 Wet RO

RECHTSPRAAK

werknemer/Inspire Medical Systems

Werknemer komt niet de ondernemersvrijheid toe te bepalen of een functie wel of niet vervalt. Ontslag na kort dienstverband Amerikaanse werkgever wel kennelijk onredelijk doordat werknemer is overvallen met verval van functie.

Werknemer is op 1 november 2009 in dienst getreden van IMS (een bedrijf uit de VS). Op de arbeidsovereenkomst is Nederlands recht van toepassing en er is gekozen voor de Nederlandse rechter (forumkeuze). De arbeidsovereenkomst is in 2012 opgezegd wegens bedrijfseconomische redenen (van de vijf personen die voor IMS in Europa werkzaam waren, bleven er eind 2012 maar twee over). Werknemer acht de door IMS na een arbeidsverleden van nog geen drie jaar wegens bedrijfseconomische/bedrijfsorganisatorische redenen (vervallen van de functie 'European Clinical and Research manager') en met toestemming van het UWV WERKbedrijf tegen 13 augustus 2012 gedane opzegging van de arbeidsovereenkomst kennelijk onredelijk. Volgens werknemer is er geen financiële noodzaak, is voor zijn functie een ander aangenomen en zijn de gevolgen voor hem te ingrijpend (daartoe stelt hij o.m. dat hij door IMS uit een vast dienstverband is 'gepraat', hem perspectieven zijn geboden en de inkomensval enorm is). Een tijdens de UWV-procedure gedaan aanbod tot vergoeding van € 37.975,80 bij een vertrek per 1 juli 2012 heeft werknemer afgewezen.

De kantonrechter oordeelt als volgt. De kantonrechter acht zich bevoegd van deze zaak kennis te nemen op grond van artikel 100 Rv. Ondanks de uitvoerige beschikking van het UWV waarin de juistheid van de bedrijfseconomische noodzaak werd aangenomen, doet werknemer het opnieuw voorkomen alsof hij de discussie over bijvoorbeeld de financiële noodzaak van deze of gene maatregel tot kostenbesparing van voren af aan kan heropenen. Werknemer wekt daarmee de indruk dat hij – anders dan hetgeen het UWV of de kantonrechter vermag – gerechtigd is op de stoel van de ondernemer plaats te nemen en vrijelijk alternatieven mag bedenken voor het vervallen verklaren van zijn Maastrichtse (op Europa gerichte) klinische functie. Laat duidelijk zijn dat die vrijheid hem niet toekomt en dat die ondernemersbroek hem niet past. Waar het werknemer in de eerste helft van 2012 zelf niet lukte het hoogste management van IMS (evt. via de Amerikaanse collectieve

medezeggenschapslijn, die kennelijk in Europa bij gebrek aan personeel ontbrak) te overtuigen van de wenselijkheid van alternatieven voor het centraliseren van het met zijn functie (en die van minstens twee anderen) gemoeide werk, kan hij in redelijkheid niet verwachten dat de kantonrechter thans tegen de ondernemer/werkgever zegt dat deze maar een andere bedrijfsstrategie had moeten kiezen om de in haar visie noodzakelijke overleving te bewerkstelligen. De stelling van werknemer dat hij is ontslagen omdat IMS hem een lastpak vindt (voorgewende redenen), acht de kantonrechter niet geloofwaardig.

Met betrekking tot het gevolgencriterium oordeelt de rechter als volgt. De ingrijpendheid van de gekozen maatregel tot centralisatie van activiteiten buiten Nederland/Europa en de daarmee gemoeide opheffing van (onder meer) werknemers functie doet veronderstellen dat men hiermee niet over één nacht ijs gegaan is. Er moet dus volop aanleiding én gelegenheid geweest zijn werknemer wel in (een deel van de) besluitvorming mee te nemen, althans hem op een veel eerder moment informatie te verstrekken en het overleg te openen over begeleidende maatregelen. Door dit achterwege te laten heeft IMS mogelijk zelf het wantrouwen van werknemer in het leven geroepen dan wel versterkt en (intensief) verzet uitgelokt tegen de beëindigingswens. Daarmee is niet gezegd dat een slepende preventieve én repressieve ontslagprocedure onder een ander gesternte hoe dan ook voorkomen zou zijn, maar op zijn minst had IMS kunnen proberen de hoeveelheid conflictpunten te reduceren en begrip voor wederzijdse standpunten te bevorderen. De toon van de gevoerde strijd heeft duidelijk te lijden gehad van het ontbreken van enige reële/directe gedachtewisseling. Met name de onzorgvuldigheid in de aanloopfase, het uitblijven van realistische begeleidende activiteiten om werknemer aan ander werk te helpen en – in relatie daarmee – de aanvankelijke volharding bij naleving van het non-concurrentiebeding naast onverkorte handhaving van het relatiebeding maken dat IMS als goed werkgever een financiële compensatieverplichting jegens werknemer had waarvan zij niet bevrijd werd doordat werknemer meer verlangde dan IMS aanvaardbaar vond. De kantonrechter begroot de schadevergoeding op € 40.000 bruto.

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 25-06-2014

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2014:5623

Zaaknummer: 2308855 CV EXPL 13-3484

Rechters: H.W.M.A. Staal

Advocaten: N.F.J. Sijstermans en A. Roukema

Wetsartikelen: 7:681 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Doen Uitzendorganisatie

Verzekeringsplicht voor verkeersongevallen bij uitzendkrachten: op uitzendbureau rust een eigen verzekeringsplicht. Verzekering inlener hooguit relevant voor omvang schade.

Werknemer is sinds juli 2010 in dienst van Doen Uitzendorganisatie. Werknemer is als uitzendkracht werkzaamheden gaan verrichten voor X. X heeft werknemer tewerkgesteld bij haar Belgische zustermaatschappij DC Boringen. Tijdens een autorit naar deze zustermaatschappij is werknemer betrokken geraakt bij een kop-staartbotsing, waarbij het voertuig van werknemer van achter is geraakt. In de onderhavige deelgeschilprocedure vordert werknemer een verklaring voor recht dat Doen Uitzendbureau aansprakelijk is voor de schade wegens het ontbreken van een behoorlijke verzekering voor werknemer (art. 7:611 BW).

De kantonrechter oordeelt als volgt. Het verweer van Doen Uitzendorganisatie dat het meer voor de hand ligt om X als materiële werkgever aan te spreken aangezien werknemer als uitzendkracht valt onder toezicht en verantwoordelijkheid van X als inlener, doet niet terzake nu werknemer ook de formele werkgever (Doen Uitzendbureau) aansprakelijk kan en mag stellen. Op grond van vaste jurisprudentie (o.m. HR 1 februari 2008, NJ 2009/330) is de werkgever, uit hoofde van zijn verplichting zich als een goed werkgever te gedragen, gehouden zorg te dragen voor een behoorlijke verzekering van werknemers wier werkzaamheden ertoe kunnen leiden dat zij als bestuurder van een motorvoertuig betrokken raken bij een verkeersongeval. Het feit dat een schadeclaim is ingediend bij de verzekeraar van de veroorzaker van het ongeval (Generali Belgium), ontslaat Doen Uitzendorganisatie niet van haar zorgplicht om een schadeverzekering af te sluiten voor de door haar uitgeleende uitzendkrachten dan wel na te gaan of een deugdelijke verzekering is gesloten door X als inlener. De stelling van Doen Uitzendorganisatie dat werknemer, op grond van de contractuele voorwaarden, valt onder de verantwoordelijkheid en onder het toezicht van X als inlener, kan haar niet van deze zorgplicht ontslaan. Onbetwist is komen vast te staan dat dergelijke schadeverzekeringen voorhanden waren ten tijde van het ongeval en dat het niet bezwaarlijk is een dergelijke verzekering af te sluiten, alsmede dat volgens de heersende maatschappelijke opvattingen een behoorlijke verzekering dekking dient te verlenen voor de

schade die werknemer als gevolg van het ongeval stelt te hebben geleden. Dat een schade-uitkering is gedaan of zal worden gedaan door een andere verzekeraar, te weten Generali Belgium, betekent evenmin dat Doen Uitzendorganisatie aan haar zorgplicht heeft voldaan. Dit laatste kan slechts een rol spelen bij het bepalen van de omvang van de (nog) uit te keren schadevergoeding.

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 25-06-2014

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2014:5612

Zaaknummer: 2799463 OV VERZ 14-15

Rechters: K.A.J.C.M. van den Berg Jeths-van Meerwijk

Advocaten: P.H.M. Hartmans en J.H. Welling

Wetsartikelen: 1019w Rv en 7:611 BW

RECHTSPRAAK

werkgever/werknemer

Werknemer is niet verplicht een aangeboden arbeidsovereenkomst op grond van de CAO Schoonmaak- en Glazenwassersbedrijf te accepteren bij contractwisseling. Werkgever dient loon te blijven betalen.

Werknemer is sinds 1995 in dienst in de functie van schoonmaker. Op de arbeidsovereenkomst is de CAO Schoonmaak- en Glazenwassersbedrijf van toepassing. Twistpunt tussen partijen is de omvang van de arbeidsovereenkomst. Daar waar werknemer zich op het standpunt stelt dat hij wekelijks minimaal 40 uur werkt, is werkgever van mening dat tussen partijen is afgesproken dat werknemer wordt betaald naar de daadwerkelijk door hem gewerkte uren met een maximum van 38 uur per week.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Nu er geen schriftelijke arbeidsovereenkomst tussen partijen voorhanden is en dus geen duidelijkheid bestaat over de omvang van de bedongen arbeid, zal door de kantonrechter vooralsnog aansluiting worden gezocht bij artikel 7:610b BW. Door werknemer is in dat kader onweersproken gesteld dat op basis van genoemd artikel ervan uit moet worden gegaan dat hij 163 uur per maand heeft gewerkt voor werkgever, hetgeen neerkomt op (afgerond) 38 uur per week. Bij de beoordeling van dit geschil zal de kantonrechter vooralsnog uitgaan van een maximaal aantal uren van 38 uur per week, hetgeen neerkomt op een loon van € 1.796,26 bruto per maand. De stelling van werkgever dat werknemer enkel aanspraak kan maken op de daadwerkelijk door hem gewerkte uren, heeft hij op geen enkele manier aannemelijk weten te maken. Gelijk werknemer stelt mag men in dat geval vanuit het oogpunt van goed werkgeverschap verwachten dat de werkgever een deugdelijke administratie van de door werknemer gewerkte uren bijhoudt. Gesteld noch gebleken is dat werkgever dat heeft gedaan. De door werkgever geponeerde stelling dat werknemer ten onrechte één of meerdere dienstverbanden heeft geweigerd van nieuwe werkgevers die schoonmaakobjecten (op grond van de CAO Schoonmaak dient een verkrijger van een schoonmaakproject de aldaar werkzame werknemers een arbeidsovereenkomst aan te bieden), waarvoor werknemer werkzaam was, van werkgever hebben overgenomen, kan werkgever evenmin baten. Werknemer kan immers niet worden gedwongen een aan hem

aangeboden dienstverband te accepteren. Het is in geval van weigering door werknemer aan werkgever, indien onvoldoende werkzaamheden voor werknemer voor handen zijn, om passende maatregelen te nemen, bijvoorbeeld door zich te wenden tot het UWV WERKbedrijf teneinde toestemming te verkrijgen om de arbeidsovereenkomst met werknemer (partieel) te mogen opzeggen.

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 24-06-2014

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2014:3397

Zaaknummer: 25387728 CV EXPL 11696-13

Rechters: A.S.M. Kuipers

Advocaten: R.A.U. van Juchter Bergen Quast en A.J.G. Strengers

Wetsartikelen: 7:610b BW en 38 CAO Schoonmaak- en Glazenwassersbedrijf

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgever

Werknemer dient te bewijzen dat zijn restschuld van geldlening bij werkgever is weggefallen tegen een (niet betaalde) ontslagvergoeding. Artikel 150 Rv.

In september 2008 heeft werknemer € 16.500 geleend van werkgever X (zusterbedrijf van Y) voor de aanschaf van een auto. Tussen partijen is afgesproken dat de maandelijkse kilometervergoeding bij wijze van aflossing in mindering zal worden gebracht op dit geleende bedrag. Op 28 juli 2009 is X gefailleerd. Op dat moment bedroeg het uitstaande saldo van de geldlening € 10.591,74 exclusief rente. Werknemer is toen elders in dienst getreden. Uiteindelijk heeft X een doorstart uit faillissement gemaakt en vordert thans de openstaande schuld van werknemer. Werknemer stelt zich op het standpunt dat deze schuld is weggefallen tegen de ontslagvergoeding hem destijds is aangeboden bij het einde van het dienstverband. De rechtbank heeft geoordeeld dat werknemer niet is geslaagd in het hem opgedragen bewijs dat een dergelijke afspraak tussen werknemer en X is gemaakt.

Het hof oordeelt als volgt. Het hof is van oordeel dat de vraagtekens over de al dan niet gemaakte afspraak dat partijen met gesloten beurzen uiteen zouden gaan, nog niet zijn weggenomen. Werknemer heeft een specifiek en voldoende ter zake dienend bewijsaanbod gedaan. Het hof zal werknemer in de gelegenheid stellen nader te bewijzen dat er tussen hem en X een afwijkende afspraak is gemaakt waardoor partijen elkaar over en weer niets meer verschuldigd zijn.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 24-06-2014

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2014:5092

Zaaknummer: 200.128.826-01

Rechters: K.E. Mollema, H. de Hek en A.M. Koene

Advocaten: P.S. van Zandbergen en W.A. Entzinger

Wetsartikelen: 150 Rv

RECHTSPRAAK

werkgever/werknemer

Ontbinding arbeidsovereenkomst na bedreiging bedrijfsarts door leidinggevende. Voorbeeldfunctie en onmogelijke terugkeer naar organisatie voor rekening van werknemer.

Werknemer (geboren 1960) is sinds 1983 in dienst van werkgever (een zorgorganisatie) in de functie van teamleider technische dienst. In juli 2013 heeft werknemer een officiële waarschuwing ontvangen. In oktober 2013 is werknemer aangesproken op het niet in acht nemen van het verzuimprotocol. Werknemer heeft zich op vrijdag 14 maart 2014 telefonisch ziek gemeld. Deze ziekmelding heeft hij bij e-mail van maandag 17 maart 2014 bevestigd. Op diezelfde dag heeft de werkgever hem op non-actief gesteld. Op 28 april 2014 is werknemer op staande voet ontslagen, nadat hij de bedrijfsarts eerder die week ernstig had bedreigd en zich ten overstaan van aldaar aanwezige bezoekers en medewerkers zodanig agressief en intimiderend had gedragen dat politie-interventie noodzakelijk was. Thans verzoekt werkgever voorwaardelijke ontbinding (aan het verzoek worden ook nog tal van andere incidenten ten grondslag gelegd).

De kantonrechter oordeelt als volgt. Het beroep van werknemer op reflexwerking van het opzegverbod tijdens ziekte, passeert de kantonrechter. Werkgever verwijt werknemer onprofessioneel gedrag, waarbij hij zich voornamelijk door zijn privéproblemen laat leiden. Zo zou hij gaan en staan waar en wanneer hij wil, zonder overleg met zijn leidinggevende; zich niet houden aan bedrijfsafspraken en, door zijn ondergeschikten te manen zijn handelen niet aan zijn leidinggevende te melden, zijn rol als leidinggevende ernstig hebben misbruikt en aldus zijn gezag en het wederzijdse vertrouwen onherstelbaar hebben ondermijnd. Ook verwijt werkgever werknemer 'het mein en dein' binnen de organisatie niet in acht te nemen, terwijl hem daarbij juist een voorbeeldrol past. Werknemer, op zijn beurt, werpt werkgever een verregaande bemoeienis met zijn privéleven tegen die bij hem veel spanning oproept en waardoor hij een gevoel krijgt van 'big brother is watching you'. Hoe dit alles ook moge zijn, ter zitting is de kantonrechter eens te meer duidelijk geworden dat een terugkeer van werknemer in de organisatie van werkgever aan beide zijden als onhaalbaar wordt gezien. Het geweldsincident van 25 april 2014, dat werknemer overigens lijkt te bagatelliseren, is in de

organisatie niet onbesproken gebleven en heeft ertoe geleid dat veel medewerkers bang zijn voor de terugkeer van werknemer, die toch al bekendstond om 'zijn korte lontje', en niet langer bereid zijn met hem samen te werken. Ook werknemer, die inmiddels is verhuisd, lijkt een terugkeer naar werkgever en confrontatie met collega's die niet meer met hem willen samenwerken aanlokkelijk noch haalbaar. Naar het oordeel van de kantonrechter is, gelet op alle feiten en omstandigheden, sprake van een onoplosbaar arbeidsconflict waarbij op voorhand uitgesloten is dat werknemer na zijn herstel herplaatst kan worden. Vanwege de mate van verwijtbaarheid aan de zijde van werknemer komt hem enkel vergoeding van de (fictieve) opzegtermijn toe (gelijk aan vier maanden loon: € 13.355) en niet de door werknemer verzochte C= 1,5.

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 20-06-2014

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2014:3063

Zaaknummer: 3004915 \ EJ VERZ 14-100

Rechters: E.J. Oostdijk

Advocaten: A. Baas en M.J. van Dijk

Wetsartikelen: 7:685 BW

RECHTSPRAAK

EBS Public Transportation/Arriva Personenvervoer Nederland

Vervreemder-concessiehouder is jegens verkrijger-concessiehouder niet aansprakelijk voor het niet (juist) aanbieden van tijdsevenredige nascholing in de zin van Richtlijn 2003/59/EG (Richtlijn Vakbekwaamheid).

Arriva heeft tot 10 december 2011 het stadsvervoer regio Waterland uitgevoerd. Vanaf deze datum is de concessie gegund aan EBS. Door de overname van de concessie traden onder meer de buschauffeurs, die herleidbaar waren tot het openbaar busvervoer in de regio Waterland – op grond van artikel 37 van de Wet personenvervoer 2000 – van rechtswege en onder de ‘oude’ arbeidsvoorwaarden in dienst van EBS. Op grond van de Europese Richtlijn Vakbekwaamheid geldt vanaf september 2008 een verplichte basiskwalificatie. De kwalificatie wordt op het rijbewijs aangeduid met code 95. Voorts is 35 uur nascholing per vijf jaar verplicht. In deze procedure vordert ESB een verklaring voor recht dat Arriva jegens EBS toerekenbaar onrechtmatig heeft gehandeld c.q. nagelaten door – al dan niet bewust in het zicht van de concessieovergang – in de periode tussen 10 september 2008 en 10 december 2011 aan haar werknemers geen tijdsevenredige nascholing in de zin van Richtlijn 2003/59/EG aan te bieden. EBS heeft gesteld dat hoewel er geen ‘harde’ wettelijke plicht bestaat om de nascholing tijdsevenredig in de daarvoor toegestane tijd aan te bieden, het in de vervoersbranche alom aanvaard en ook gebruikelijk is dat de nascholing tijdsevenredig over de daarvoor toegestane tijd wordt aangeboden. EBS is er dan ook van uitgegaan – en mocht daar volgens haar ook van uitgaan – dat de nascholing tijdsevenredig had plaatsgevonden door Arriva. Na de overgang van de concessie voor de regio Waterland naar EBS, heeft EBS echter geconstateerd dat Arriva de nascholing van haar werknemers heeft uitgesteld, dan wel deze – bewust dan wel onbewust – niet tijdsevenredig aan haar beroepschauffeurs heeft aangeboden. In de jaren 2010 en 2011 zijn er – op een aantal scholingsdagen in verband met de verplichte EHBO-diplomerings na – nagenoeg geen nascholingsactiviteiten meer verricht. Arriva heeft noch in het kader van de aanbestedingsprocedure, noch in het kader van de afspraken tussen partijen in verband met de concessieovergang, melding gemaakt van deze

aanzienlijke nascholingsachterstand, terwijl zij wist (gelet op de conceptgedraglijn), althans moest weten (gelet op de cao) dat zij met haar nalaten de opvolgend concessiehouder zou benadelen. EBS vordert een bedrag van € 250.000 aan schadevergoeding.

De rechtbank oordeelt als volgt. Naar het oordeel van de rechtbank blijkt uit de in het geding gebrachte stukken – waaronder met name bijlage 23A van de cao – weliswaar dat in de branche overeenstemming bestaat omtrent het uitgangspunt dat scholing deel uitmaakt van een continu en dynamisch proces en omtrent de wenselijkheid dat nascholing niet wordt uitgesteld, juist om ongewenste neveneffecten bij een concessiewisseling te voorkomen, maar deze overeenstemming omtrent voornoemd uitgangspunt en omtrent de wenselijkheid dat nascholing niet wordt uitgesteld, brengt naar het oordeel van de rechtbank nog niet met zich dat Arriva in strijd heeft gehandeld (dan wel heeft nagelaten) met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt door de nascholing niet tijdsevenredig aan te bieden. Dit uitgangspunt en deze wenselijkheid brengen immers nog niet met zich dat gesproken kan worden van een ongeschreven norm. EBS heeft op dit punt nagelaten haar stellingen voldoende te onderbouwen. Bij gebreke van een wettelijke verplichting tot het aanbieden van tijdsevenredige nascholing en bij gebreke van enig gebruik daartoe, valt – zonder nadere onderbouwing, die ontbreekt – ook niet in te zien dat, zoals EBS stelt, EBS ervan mocht uitgaan dat de nascholing door Arriva tijdsevenredig was aangeboden. Vast staat dat Arriva EBS vóór de overgang van de concessie heeft verwezen naar de CCV voor wat betreft de opleidingsgegevens van de chauffeurs. Op grond van het voorgaande is de rechtbank van oordeel dat Arriva niet onrechtmatig jegens EBS heeft gehandeld door de nascholing aan de onderhavige chauffeurs niet tijdsevenredig aan te bieden. Ook van ongerechtvaardigde verrijking aan de zijde van Arriva ten koste van EBS is op grond van het voorgaande geen sprake. Van ongerechtvaardigde verrijking is immers geen sprake, nu de rechtvaardiging voor de handelwijze van Arriva is gelegen in de omstandigheid dat zij heeft gehandeld binnen de kaders van regels en voorschriften van het aanbieden van nascholing.

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 18-06-2014

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2014:3077

Zaaknummer: C/17/127422 / HA ZA 13-167

Rechters: M. Jansen, J. Smit en S.B. van Baalen

Advocaten: H.H.T. Beukers en P.H.E. Voûte

Wetsartikelen: 6:162 BW, Wet personenvervoer 2000 en Richtlijn 2003/59/EG

RECHTSPRAAK

Baston Wonen Stichting/werknemer

Onduidelijkheid over de mogelijke consequenties voor partijen bij het aangaan van de vaststellingsovereenkomst in het licht van de Wet normering topinkomens, leidt tot de conclusie dat werknemer niet gebonden is aan de overeenkomst.

Werknemer is op 1 september 1979 in dienst getreden bij de Algemene Stichting Woningbouw Zevenaar (ASWZ), een van de rechtsvoorgangsters van Baston. Op 1 januari 2000 werd werknemer statutair directeur/bestuurder van ASWZ. Werknemer is na een fusie statutair directeur/bestuurder van Baston geworden. De totale bezoldiging van werknemer bedraagt conform het jaarverslag 2012: vast loon € 150.152 bruto, pensioenkosten € 40.186 en levensloop € 13.612. In de arbeidsovereenkomst van 1 april 2001 is vastgelegd dat de arbeidsovereenkomst in ieder geval eindigt met ingang van de maand waarop werknemer de leeftijd van 65 jaar heeft bereikt, te weten 1 juli 2017. De overeenkomst voorziet in de mogelijkheid van een eerdere beëindiging dan met 65 jaar, en wel vanaf het bereiken van de leeftijd van 62 jaar. Eind 2012 zijn de raad van commissarissen (hierna: RvC) als feitelijk werkgever en werknemer met elkaar in gesprek gegaan over een eerdere beëindiging dan die bij het bereiken van de leeftijd van 65 jaar. Afgesproken is dat hij tot 1 juli 2014 zijn functie van directeur/bestuurder blijft vervullen en dat hij in de periode van 1 juli 2014 tot 1 juli 2015 als adviseur in dienst zou blijven tegen aangepaste financiële voorwaarden. Nadat in 2013 de WNT in werking trad, hebben partijen gezocht naar een juiste invulling van hun wensen, zonder dat de gevolgen van de WNT (de positie van) werknemer treft. Op 4 april 2013 hebben partijen afgesproken dat ze op bovengenoemde wijze verder gaan en heeft Baston de WNT-kwestie uitgezocht. Dit heeft ertoe geleid dat Baston de kwestie wil voorleggen aan het ministerie. Werknemer weigert hieraan mee te werken en stelt zich op het standpunt dat zijn dienstverband (dan) doorloopt tot 65 jaar. Thans vordert Baston een verklaring voor recht dat werknemer aan de eerdere overeenstemming is gebonden, alsmede dat de afspraak WNT-proof is.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Tussen partijen is geen wilsovereenstemming bereikt over alle onderdelen. In het bijzonder weegt daarbij zwaar dat beide partijen uitsluitel

wensten over de effecten van de WNT. Zolang dit niet duidelijk was (en dat was het niet) kan niet worden geoordeeld dat werknemer heeft ingestemd met het voorstel van de RvC. Het is op grond van hetgeen hiervoor is overwogen en gelet op de redelijke belangen van werknemer dan ook begrijpelijk en ook rechtens juist en te rechtvaardigen dat werknemer zich met een beroep op het niet voldoen aan de bovenvermelde voorwaarde (dat de gekozen opzet van de overeenkomst en de uitvoering daarvan volledig in overeenstemming zou zijn met de WNT) op het standpunt heeft gesteld dat geen perfecte overeenkomst is ontstaan en hij de schriftelijke conceptovereenkomst niet wilde tekenen.

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 14-05-2014

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2014:3877

Zaaknummer: 2543762 CV EXPL 13-7159

Rechters: M.C.J. Heessels

Advocaten: J. Langerhuizen, R.J.A. Dil en J.S. van der Landen

Wetsartikelen: Wet Normering Topinkomens en 6:217 BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/Stichting Travers Kinderopvang

Ontslag directrice kinderopvang tijdens de proeftijd wegens strafblad partner directrice in verband met kinderpornosites, geen oneigenlijk proeftijdontslag. Toetsing proeftijdontslag aan artikel 7:611 BW niet mogelijk.

Travers richt zich onder de naam Doomijn onder meer op kinderopvang, buitenschoolse opvang en peuterspeelzalen. In december 2012 is een vacature voor de functie van directeur van Doomijn ontstaan. Werkneemster is via een door Travers ingeschakeld bureau op de vacature geattendeerd. Vervolgens heeft werkneemster gesolliciteerd. Ingaande 1 september 2013 is werkneemster bij Travers voor de duur van één jaar in dienst getreden tegen een salaris van € 6.213 bruto per maand. Op 16 september 2013 heeft de voormalige partner van de huidige partner van werkneemster een e-mail aan Travers gestuurd, waarin het ongeloof en ongenoegen wordt geuit van de benoeming van werkneemster, omdat zij (werkneemster) een relatie is begonnen met iemand die veroordeeld is wegens activiteiten met kinderpornosites en nu een strafblad heeft. Nadat Travers werkneemster met de inhoud van de e-mail heeft geconfronteerd en werkneemster de inhoud heeft bevestigd, is zij op 17 september 2013 tijdens de proeftijd ontslagen. Werkneemster stelt zich op het standpunt dat sprake is van misbruik van bevoegdheid (het proeftijdontslag is niet gegeven wegens het niet goed functioneren, maar vanwege haar relatie met haar partner, aldus werkneemster).

De kantonrechter oordeelt als volgt. De bevoegdheid de arbeidsovereenkomst op grond van het proeftijdbeding op te zeggen kan worden misbruikt. Dat is het geval indien de opzegging verband houdt met (verboden) discriminatie. De aard van de aan het proeftijdbeding ontleende opzegbevoegdheid brengt evenwel met zich dat niet kan worden onderzocht of die bevoegdheid is gebezigd voor een ander doel dan waarvoor zij is verleend (HR 13 januari 1995, NJ 1995/430 (Codfried/ISS)). Of de opzegging door een werkgever van de arbeidsovereenkomst tijdens de proeftijd al dan niet het resultaat is van het beproeven van de geschiktheid van de werknemer voor de functie, is daarom niet van belang. De stelling van werkneemster dat Travers oneigenlijk gebruik heeft gemaakt van het proeftijdbeding, moet daarom worden verworpen. Ten overvloede wordt overwogen dat Travers ter zitting heeft

verklaard dat wat haar betreft vooral in geding is dat zij werknemster volledig moet kunnen vertrouwen en dat werknemster dat vertrouwen heeft beschaamd doordat zij tijdens de sollicitatieprocedure over haar relatie heeft gezwegen, terwijl zij wist dat het gevoelig kon liggen. Dit laatste staat vast en zo beschouwd heeft Travers van het proeftijdbeding geen oneigenlijk gebruik gemaakt.

Ook het beroep op artikel 7:611 BW faalt. In de eerste plaats is niet uitgemaakt dat die toetsing rechtens toelaatbaar is, al vindt die toetsing in de lagere rechtspraak wel plaats. Ter rechtvaardiging van die toelaatbaarheid wordt wel een beroep gedaan op HR 10 november 2000, *JAR* 2000/249 (Triple P/Tap), maar de overweging van de rechtbank in die zaak dat een ontslag van een werknemer tijdens de proeftijd in strijd kan zijn met goed werkgeverschap en/of een onrechtmatige daad kan opleveren, was in cassatie niet bestreden. Uit dit arrest kan daarom niet met zekerheid worden afgeleid dat de Hoge Raad de toetsing heeft aanvaard. Voorts is van belang dat uit artikel 7:676 lid 2 BW volgt dat een opzegging tijdens de proeftijd niet op kennelijke onredelijkheid kan worden getoetst. De grens tussen een kennelijk onredelijke opzegging en een opzegging in strijd met goed werkgeverschap valt niet scherp te trekken, te minder nu uit HR 27 november 2009, *JAR* 2009/305 (Van de Grijp/Stam) volgt dat bij kennelijk onredelijk ontslag de hoogte van de toe te kennen vergoeding mede gerelateerd moet worden aan de aard en de ernst van het tekortschieten van de werkgever in zijn verplichting als goed werkgever te handelen. Toetsing van de opzegging aan de eisen van goed werkgeverschap staat op gespannen voet met artikel 7:676 lid 2 BW.

De eisen van goed werkgeverschap en goed werknemerschap gelden ook tijdens de proeftijd, maar laten onverlet dat partijen de vrijheid hebben om het dienstverband met onmiddellijke ingang op te zeggen (vgl. HR 12 december 2008, *JAR* 2009/16). De kantonrechter is van oordeel dat werknemster Travers niet met succes kan verwijten dat zij bij de opzegging onzorgvuldig heeft gehandeld.

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 06-05-2014

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2014:3460

Zaaknummer: 2605211 CV EXPL 13-5758

Rechters: C.H. de Haan

Advocaten: W.D.M. de Boer en R.J.A. Dil

Wetsartikelen: 7:611 BW, en 7:676 lid 2 BW

RECHTSPRAAK

opdrachtnaemster/Amstel Televisie Vijf B.V. (AT5)

Freelancejournalist geniet geen BBA-bescherming omdat op Facebook en Twitter stond vermeld dat zij voor meer dan twee andere opdrachtgevers werkzaam was.

Opdrachtnaemster verricht sinds oktober 2011 werkzaamheden voor AT5. De werkzaamheden van opdrachtnaemster betroffen die van journalistiek redacteur voor de website (met Facebook en Twitter) en Teletekstopagina van AT5. Zij verrichtte deze werkzaamheden op het kantoor van AT5 volgens een vooraf opgesteld rooster. Zij heeft aan AT5 een VAR-wuo overhandigd. Op 20 januari 2013 heeft opdrachtnaemster tijdens haar werkzaamheden op de redactie van AT5 naar aanleiding van een goal van Ajax tijdens de voetbalwedstrijd Ajax-Feijenoord op het Twitter-account van AT5 het bericht 'Joden' geplaatst. Kort daarna heeft zij dit bericht weer verwijderd. Op 21 januari 2013 heeft AT5 aan opdrachtnaemster medegedeeld dat zij naar aanleiding van bovenstaand incident niet meer werd ingeroosterd. Thans stelt opdrachtnaemster zich op het standpunt dat sprake is van een nietige opzegging, omdat AT5 toestemming van het UWV had moeten vragen (art. 1 BBA). Op 20 maart 2013 stond op de LinkedIn-pagina van opdrachtnaemster vermeld dat zij vanaf 2008 tot 'present' werkzaam was als freelancejournalist voor VPRO, NOS, NTVF MTV en nog zeven persuitgaven en dat zij van juni tot september 2012 als contentmanager en eindredacteur werkzaam is geweest bij Blueprint Media.

De kantonrechter oordeelt als volgt. In geschil is primair of opdrachtnaemster kan worden aangemerkt als werknemer als bedoeld in artikel 1 onder b sub 2 BBA. Dit zal niet het geval zijn indien de betreffende arbeid in de regel ook voor ten minste twee andere opdrachtgevers wordt verricht. Volgens de (naar mag worden aangenomen) door opdrachtnaemster zelf opgegeven gegevens op haar LinkedIn-pagina heeft zij in de betreffende periode als 'self-employed' freelancer journalistieke werkzaamheden verricht voor een groot aantal (er worden er ten minste twaalf genoemd) opdrachtgevers. Volgens de eigen stelling van opdrachtnaemster heeft zij slechts twaalf van de in totaal 32 in 2012 verzonden facturen naar AT5 gezonden, waaruit volgt dat zij in die periode twintig facturen aan andere opdrachtgevers moet hebben verzonden. Voorts is van belang dat opdrachtnaemster blijkens de gegevens op

haar LinkedIn-pagina ook in de jaren voor 2011 als zelfstandige werkzaam was, dat zij zelf haar werkzaamheden declareerde, dat er geen sprake was van een vast patroon van (behoudens vakanties) steeds hetzelfde aantal dagen per maand dat zij voor AT5 werkte en dat de werkzaamheden voor AT5 (aanzienlijk) minder dan de helft van de normaal beschikbare arbeidstijd per maand in beslag namen. Ook uit de overige omstandigheden kan niet worden afgeleid dat opdrachtnemster anders dan als zelfstandig opdrachtnemer voor meer dan drie opdrachtgevers werkzaam placht te zijn.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 28-04-2014

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2014:3470

Zaaknummer: 2332371 \ CV EXPL 13-22798

Rechters: C.L.J.M. de Waal

Advocaten: G.M. van der Lee en M.W. Koole

Wetsartikelen: 1 onder b sub 2 BBA

RECHTSPRAAK

werkgever/werknemer

Uitleg concurrentiebeding: onder concurrentieverbod na einde dienstverband valt ook periode van non-actiefstelling. Relatiebeding geschonden middels berichten LinkedIn.

(Zie ook het hoger beroep in AR 2014-0539.) Werknemer is op 1 februari 2007 in dienst getreden in de functie van senior manager schade. Op de arbeidsovereenkomst is een relatiebeding van toepassing dat werknemer verbiedt na het einde van het dienstverband cliënten van werkgever te benaderen of te bedienen. Bij brief van 27 april 2011 heeft werknemer de arbeidsovereenkomst tegen 1 mei 2011 opgezegd. Werkgever heeft werknemer gewezen op de maand opzegtermijn en hem gedurende deze periode op non-actief gesteld (tot 1 juni 2011). Op 26 mei 2011 heeft werknemer via LinkedIn aan zogenaamde ‘connections’ een bericht gezonden, met als onderwerp ‘nieuwe job’, waarvan de inhoud, voor zover van belang, als volgt luidt: ‘Ik ben verheugd jullie te kunnen melden dat ik per 1-6-2011 in dienst treedt bij [bedrijf Z]. Eindelijk een werkgever die weet hoe het werkt in assurantieland. Alleen maar bedrijfsmatig klanten, goede binnendienst en vooral weer plezier in je werk en minstens zo belangrijk, een financieel solide bedrijf. Ik hou jullie op de hoogte van mijn nieuwe mobiele nummer en e-mailadres. Tijdelijk te bereiken op (...)’. De werkgever stelt zich op het standpunt dat met het verzenden van het LinkedIn-bericht sprake is van overtreding van het relatiebeding, dan wel van schending van artikel 7:611 BW. Werknemer stelt zich op het standpunt dat enkel het benaderen van relaties na afloop van het dienstverband is verboden.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Met werkgever is het hof van oordeel dat een letterlijke toepassing van het relatiebeding in die zin dat het benaderen van relaties voorafgaand aan de beëindiging van de dienstbetrekking zou zijn toegestaan daar waar dit direct na het einde van het dienstverband niet meer mag, tot ongerijmde resultaten zou leiden. Een werknemer die weet dat zijn dienstverband ten einde loopt, zou dan ongestraft alle relaties van zijn werkgever kunnen benaderen ‘voor eigen gewin’. Een dergelijke uitleg en toepassing van het relatiebeding zou de werking en effectiviteit ervan ernstig ondermijnen. De kantonrechter acht een dergelijke (letterlijke) uitleg van het beding niet juist, temeer niet omdat de (overige) inhoud van de arbeidsovereenkomst blijktens artikel 16 ervan, juist aangeeft dat alle

activiteiten van de werknemer die strijdig (kunnen) zijn met de (commerciële) belangen van de werkgever, verboden zijn. Aangenomen moet worden dat het relatiebeding daarom zo moet worden uitgelegd dat het werknemer niet was toegestaan om tijdens de periode van op-non-actiefstelling toen het dienstverband formeel nog bestond, maar door hem reeds was opgezegd, bestaande relaties van werknemer te informeren over zijn nieuwe dienstbetrekking bij een concurrent van werknemer. Nu werknemer meermalen dit beding heeft geschonden middels het plaatsen van berichten op LinkedIn, is een boete van € 75.000 verschuldigd.

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 24-04-2014

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2014:3154

Zaaknummer: 525511 \ CV EXPL 11-14517

Rechters: M.A.B. Faber-Siermann

Advocaten: E.D. de Jong en A.P.E.M. Pover

Wetsartikelen: 7:653 BW

RECHTSPRAAK

FNV Bondgenoten en 26 werknemers/KLM

Inschaling stewards/stewardessen bij vast (deeltijd)dienstverband na stand-by-overeenkomst(en) en soms ook (voltijds)dienstverband voor bepaalde tijd objectief gerechtvaardigd door getroffen collectieve regeling. Vorderingen (deels) verjaard.

Werknemers zijn als steward/stewardess bij KLM in vaste (deeltijd)dienst gekomen in de jaren zeventig, tachtig of begin negentig. Voordien hadden zij allen al bij de KLM gewerkt op basis van een (of meer) stand-by-overeenkomst(en), waarbij op min of meer incidentele basis werkzaamheden werden verricht. Een aantal van hen had voordien, voorafgaand aan laatstbedoelde werkzaamheden, ook reeds bij KLM gewerkt op basis van een (voltijds)overeenkomst voor bepaalde tijd. Bij de inschaling op het moment waarop werknemers in vaste dienst traden heeft KLM de werkervaring, opgedaan tijdens de stand-by-overeenkomsten en de (eventuele) overeenkomsten voor bepaalde tijd buiten beschouwing gelaten. Bij uitspraken van 15 januari 1997 heeft de CGB met betrekking tot een drietal (niet in onderhavige procedure betrokken) werknemers van KLM, waarvoor het hiervoor onder (1) vermelde evenzo van toepassing is, geoordeeld dat KLM jegens hen indirect onderscheid op grond van geslacht heeft gemaakt als bedoeld in (het toenmalige) artikel 7A:1637ij BW zonder dat dit objectief gerechtvaardigd is. KLM heeft daarop met VNC de Regeling getroffen. Ingevolge de Regeling is de werkervaring uit stand-by-overeenkomsten, mits tussen de overgang van de stand-by-overeenkomst naar het vaste dienstverband niet meer dan drie maanden verstreken waren, alsnog – in de in de Regeling beschreven mate – in beschouwing genomen voor diegenen die op of na 1 januari 1988 in vaste dienst waren gekomen en wel vanaf 1 juli 1999. Aan betrokkenen zijn, met terugwerkende kracht tot 1 juli 1999, nabetalingen verricht. Bij brief van 1 maart 2001 heeft FNV namens een aantal leden, waaronder vijftien in deze procedure betrokkenen, aanspraak gemaakt op een verdergaande honorering van werkervaring van stand-by's dan waarin de Regeling voorziet. FNV c.s. vorderen in deze procedure (zoals op een enkel punt ter zitting in hoger beroep nader toegelicht en zakelijk weergegeven) te verklaren voor recht dat (a) KLM verboden onderscheid maakt naar geslacht door de werkervaring opgedaan vóór 1988 niet dan wel onvoldoende te compenseren bij het in

vaste dienst treden; (b) de Regeling de door de CGB vastgestelde ongelijke behandeling niet opheft voor diegenen onder appellanten (in het petitum opgesomd) die vóór 1988 in vaste dienst zijn getreden; (c) de werkervaring opgedaan in tijdelijke vijfjaarscontracten en/of andere vaste contracten die met een interval van maximaal drie maanden zijn voorafgegaan aan de stand-byperiode dient te worden meegenomen bij de berekening van het gemiddeld aantal gemaakte vliegreizen bij het in vaste dienst treden; (d) een gemiddeld aantal van 20, althans 22 vliegreizen per maand voldoende relevante ervaring is om met de desbetreffende jaren (op basis van 50%) bij de inschaling in vaste dienst rekening te houden. KLM heeft zich op het standpunt gesteld dat de vorderingen zijn verjaard. De kantonrechter heeft in gelijke zin geoordeeld en de vorderingen van FNV c.s. afgewezen.

Het hof oordeelt als volgt. Met betrekking tot vorderingen sub a en b verwijst het hof naar een eerder gewezen arrest van dit hof waarin het heeft geoordeeld dat de Regeling een objectief gerechtvaardigd onderscheid maakt, behoudens bijzondere gevallen waarin de toepassing tot een onevenredig resultaat zou leiden ten opzichte van het geleden nadeel. Daarvan (deze uitzondering) is hier geen sprake. Bij dit alles komt nog dat de vorderingen – zoals de kantonrechter heeft overwogen – zijn verjaard. De vorderingen van FNV c.s. zijn alle terug te voeren op de verplichting tot juiste inschaling op het moment waarop werknemers in dienst traden. De vorderingen uit hoofde van die verplichting zijn verjaard vijf jaar na de respectieve data van indiensttreding, althans vijf jaar na de door de rechtbank ter zake in acht genomen datum 18 november 1999, de dag waarop de Regeling tot stand kwam (KLM heeft tegen dit onderdeel van het vonnis voorwaardelijk gegriefd, maar aan die grief komt het hof niet toe, nu de voorwaarde niet is vervuld). De loonvorderingen van werknemers moeten als sequeel van deze hoofdverplichting van KLM worden gezien en verjaren daarmee ingevolge artikel 3:312 BW op hetzelfde moment als de vordering uit deze hoofdverplichting, derhalve op 18 november 2004, tenzij tijdig gestuit. Voor zover FNV c.s. mochten hebben beoogd te betogen dat hun vorderingen zijn gestuit door de exploitanten die in een eerdere procedure zijn uitgebracht, stuit dat betoog af op het bepaalde in artikel 3:316 lid 2 BW, nu de met de in deze procedure min of meer overeenkomende vorderingen voor recht in die procedure zijn afgewezen (waarbij voorts nog geldt dat die exploitanten hoe dan ook slechts stuitende werking konden hebben voor diegenen onder werknemers die destijds in de bewuste procedure betrokken waren). Dat destijds een andere verklaring voor recht wel werd toegewezen maakt dit niet anders. Waar de stuitingshandeling van 1 maart 2001 niet binnen vijf jaar is gevolgd door een nieuwe stuitingshandeling, valt het doek voor de vorderingen van werknemers.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 08-04-2014

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2014:1241

Zaaknummer: 200.131.880/01

Rechters: J.E. Molenaar, M.A. Goslings en L.A.J. Dun

Advocaten: M.A.C. Vijn en J.M. van Slooten

Wetsartikelen: 3:312 BW en 7:646 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Olympia Uitzendbureau B.V.

Onderscheid strafrechtelijk en civielrechtelijk begrip diefstal bij ontslag op staande voet medewerker Schiphol ‘wegens diefstal’ en nadat werknemer in hoger beroep door de strafkamer is vrijgesproken van diefstal.

Werknemer is sinds 1 april 2005 in dienst van Olympia. Hij was laatstelijk werkzaam als bagage-/platformmedewerker op de luchthaven Schiphol. Op 7 december 2007 heeft Olympia werknemer op staande voet ontslagen wegens het feit dat in de nacht van 6 op 7 december 2007 door KLM Security Services was vastgesteld dat werknemer zich had schuldig gemaakt aan diefstal uit bagage en postzakken. Werknemer heeft de nietigheid van het ontslag ingeroepen. Bij arrest van 18 augustus 2011 heeft het Gerechtshof Amsterdam in hoger beroep een vonnis van de Rechtbank Haarlem, waarbij werknemer strafrechtelijk was veroordeeld voor diefstal, vernietigd en verklaard dat niet bewezen is dat werknemer het hem primair en subsidiair ten laste gelegde heeft begaan en heeft het hof hem daarvan vrijgesproken.

Het hof oordeelt als volgt. Uit het partijdebat blijkt dat partijen het begrip ‘diefstal’, dat als ontslaggrond is gehanteerd, in verschillende zin hebben bedoeld en opgevat. Werknemer heeft in eerste aanleg en in zijn memorie van grieven dit begrip opgevat in strafrechtelijke zin (en is van oordeel dat nu hij van diefstal is vrijgesproken dit eraan in de weg staat diefstal als ontslaggrond te hanteren), terwijl Olympia hiermee klaarblijkelijk bedoelde het bewust in strijd met de geldende regelingen bagage en/of postzakken meenemen (naar een donkere plek), en/of deze te openen en te doorzoeken. De omstandigheid dat werknemer door de strafrechter, die gebonden is aan de bewoordingen van de tenlastelegging (waarin opvalt dat niet subsidiair poging tot diefstal uit bagage en/of (poging tot) verduistering in dienstbetrekking is opgenomen) is vrijgesproken van het hem – op het op dit feitencomplex betrekking hebbende – tenlastegelegde brengt slechts mee dat hetgeen in die strafzaak is ten laste gelegd niet is bewezen, maar staat er niet aan in de weg dat de rechter in de onderhavige civielrechtelijke procedure tot het oordeel komt dat het door Olympia gestelde en als diefstal aangeduide feitencomplex komt vast te staan. Indien de door Olympia gestelde feiten komen vast te staan, leveren die naar het oordeel van het hof een dringende reden op voor ontslag op

staande voet, nu werknemer niet heeft betwist dat het meenemen en doorzoeken in strijd met de geldende regels was. Of een en ander geleid heeft tot daadwerkelijke ontvreemding van goederen is niet relevant. Juist omdat voor Olympia niet te controleren valt of haar werknemers bij het doorzoeken van postzakken en bagage iets ontvreemden – het betreft immers eigendommen van derden – mag zij de zware sanctie van ontslag op staande voet stellen op het – expliciet verboden – doorzoeken van postzakken en bagage. Volgt aanhouding van de zaak voor nadere bewijsvoering.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 01-04-2014

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2014:1101

Zaaknummer: 200.127.464/01

Rechters: R.M. Beltzer, A.M.A. Verscheure en L.A.J. Dun

Advocaten: E.M. Bosscher en B.J. Bongaards

Wetsartikelen: 7:677 BW en 7:678 BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/werkgever

Waarde vakantiedag van zieke werknemer is – mede op basis van British Airways-arrest – 100% van het bedongen loon en geen 70% op grond van artikel 7:629 BW.

Werkneemster, geboren op 30 december 1969, is op 1 januari 2010 als juridisch secretaresse in dienst getreden bij werkgever. Zij werkte 33,75 uur per week tegen laatstelijk een salaris van € 2.790 bruto per maand. Op grond van de arbeidsovereenkomst heeft werkneemster recht op 22,5 vakantiedagen per jaar. In de arbeidsovereenkomst is opgenomen dat de Regeling Secundaire Arbeidsvoorwaarden voor ondersteunend personeel (hierna: de RSA) mede op de arbeidsovereenkomst van toepassing is en daarvan deel uitmaakt. Vanaf 17 december 2010 is werkneemster volledig arbeidsongeschikt. Na toestemming van UWV WERKbedrijf heeft werkgever het dienstverband met haar met ingang van 1 mei 2013 opgezegd. Op 18 juni 2013 heeft werkgever een uitbetaling gedaan terzake openstaande vakantiedagen. Daarbij is een uitbetaling gedaan van 34,75 dagen. Thans vordert werkneemster een bedrag aan niet-genoten vakantiedagen en voorts meent zij dat de wel uitgekeerde vakantiedagen ten onrechte tegen het tarief van 70% (art. 7:629 BW) zijn gewaardeerd.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Het beroep op artikel 7:640a BW faalt, daar werknemer voor 1 juli 2013 uit dienst is getreden en de dagen derhalve nog niet zijn vervallen. Wat de waarde van de vakantiedagen betreft, oordeelt de rechter als volgt. Onder loon in de zin van de artikelen 7:641 en 7:639 BW dient te worden verstaan het gehele tussen de werkgever en werknemer terzake van de bedongen arbeid overeengekomen loon, waarbij volgens de Nederlandse rechter (HR 26 januari 1990, NJ 1990/499) en de Europese rechter (o.m. arrest Robinson/Steele, JAR 2006/84, arrest Schulz/Hoff, JAR 2009/58 en Williams/British Airways, JAR 2011/279) uitgegaan moet worden van een ruim loonbegrip. Het gaat erom de werknemer tijdens zijn vakantie in een situatie te brengen die qua beloning vergelijkbaar is met de situatie tijdens de gewerkte periodes. Het loon dat tijdens vakantie dient te worden doorbetaald, is ook bepalend voor de berekening van de financiële vergoeding van aan het einde van de arbeidsverhouding niet opgenomen jaarlijkse vakantie. Gelet op de tekst van deze artikelen ligt het voor de hand voor het begrip 'loon' in de zin van deze bepalingen uit te

gaan van het tussen partijen terzake van de bedongen arbeid overeengekomen loon en niet van de daarvan afgeleide aanspraak van 70% van het loon als bedoeld in artikel 7:629 BW. In de wetsgeschiedenis van Afdeling 3 betreffende de bepalingen terzake vakantie en verlof zijn ook geen aanknopingen te vinden om te oordelen dat de wetgever anders heeft beoogd. In de redactie van de thans aan de orde zijnde artikelen 7:639 en 7:641 BW, voorheen opgenomen in respectievelijk de artikelen 1638hh en ii BW, is sinds de invoering van de laatste artikelen in 1966 wat de omschrijving van het loon betreft niets veranderd, ook niet na de invoering en de uitbreiding van de loondoorbetalingsverplichting van 70% van het loon van de werkgever tijdens ziekte, te beginnen met de Wet terugdringing ziekteverzuim in 1994. Indien de wetgever had beoogd dat er in geval van arbeidsongeschiktheid slechts aanspraak zou bestaan op vakantie met behoud van 70% van het loon, dan had het voor de hand gelegen dit expliciet op te nemen in de wet. Temeer omdat bij perioden van arbeidsongeschiktheid, afgewisseld met gewerkte perioden, een nadere uitwerking over de wijze waarop het loon in de zin van artikel 7:639 BW dan berekend zou moeten worden, voor de hand zou liggen.

Uit de jurisprudentie van het Europese Hof valt ook af te leiden dat het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon een belangrijk beginsel van sociaal recht van de Unie is en tevens uitdrukkelijk neergelegd in artikel 31 lid 2 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, waaraan artikel 6 lid 1 VEU dezelfde juridische waarde toekent als de Verdragen. Daarvan mag slechts afgeweken worden binnen de grenzen die uitdrukkelijk zijn aangegeven in Richtlijn 2003/88/EG betreffende een aantal aspecten van de organisatie van de arbeidstijd. Het doel van een jaarlijkse vakantie met behoud van loon is de werknemer in staat te stellen uit te rusten en over een periode van ontspanning en vrije tijd te beschikken. Hoewel artikel 31 en de Richtlijn zich niet uitspreken over de hoogte van het loon, kan uit de hiervoor vermelde jurisprudentie van het Europese Hof wel afgeleid worden dat het moet gaan om het normale loon en dan in de ruime zin. Nationale specifieke voorschriften, die zoals in het onderhavige geval voor ziekte en ziekteverlof gelden, mogen naar het oordeel van de kantonrechter geen rechten ontnemen aan dat recht op vakantie met behoud van loon. Het karakter van de vakantie is bepalend. Indien 70% van het loon zou worden betaald, zoals voor ziekteverlof is bepaald, zou er in wezen sprake zijn van een voortzetting van dat ziekteverlof. Een richtlijnconforme uitleg van artikel 7:639 en 7:641 BW brengt daarom eveneens mee dat uitgegaan moet worden van het volledige loon, in ieder geval voor wat betreft de aanspraak op minimaal vier weken vakantie met behoud van loon (voor een fulltimer).

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 07-03-2014

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2014:3470

Zaaknummer: 2396531 \ CV EXPL 13-46718

Rechters: E.F.A. van Buitenen

Advocaten: C.J.M. Smits en M.G. van den Dool

Wetsartikelen: 7:641 BW, 7:640a BW en 7:629 BW

RECHTSPRAAK

Prorest Catering/werknemer

Wijziging arbeidsvoorwaarden na overgang van onderneming met goedkeuring van de cao-toetscommissie niet rechtsgeldig.

Tot 4 oktober 2010 was werknemer als chef-kok in dienst bij Avenance Nederland B.V. (hierna: Avenance). Daar was hij laatstelijk werkzaam in het kader van de cateringwerkzaamheden die Avenance op contractbasis verrichtte voor het bedrijfsrestaurant van de locatie PPG Amsterdam. Per 4 oktober 2010 is Prorest die werkzaamheden, eveneens op contractbasis, voor PPG Amsterdam gaan verrichten. Op de arbeidsovereenkomst van werknemer was ten tijde van deze contractsovername de Collectieve Arbeidsovereenkomst voor de Contractcateringsbranche van 1 april 2010 tot 1 april 2012 (hierna: de cao) van toepassing. Prorest heeft werknemer, op de voet van artikel 10 lid 2 cao, een arbeidsovereenkomst aangeboden. De voorwaarden daarvan waren conform de voorwaarden waaronder werknemer bij Avenance werkzaam was geweest, behoudens voor zover die voorwaarden boven cao-niveau lagen: die voorwaarden zouden ingevolge bedoeld aanbod worden afgebouwd gedurende dertig maanden, zulks – aldus Prorest – op de voet van artikel 11 lid 5 onder b cao. Werknemer heeft meerbedoeld aanbod onder protest geaccepteerd. De in artikel 93 cao bedoelde toetsingscommissie heeft Prorest bij brief van 28 april 2011 te kennen gegeven dat de procedure ten aanzien van de afbouwregeling goed was gevolgd en ‘akkoord te gaan’. Prorest is de afbouwregeling gaan uitvoeren. Werknemer heeft zich op het standpunt gesteld dat de aanpassingen van zijn arbeidsvoorwaarden in strijd zijn met artikel 7:663 BW. De kantonrechter heeft de vordering van werknemer toegewezen. Volgens Prorest is de kantonrechter ten onrechte voorbijgegaan aan de uitspraak van de toetsingscommissie.

Het hof oordeelt als volgt. Nu uit niets blijkt dat werknemer door de toetsingscommissie is gehoord of anderszins aan de uitspraak van deze commissie is gebonden, faalt dit beroep van werkgever. Het beroep op artikel 11 lid 3 cao om tot aanpassing van arbeidsvoorwaarden te komen, miskent dat tevens moet zijn voldaan aan artikel 7:613 BW.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 25-02-2014

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2014:526

Zaaknummer: 200.112.804/01

Rechters: D.J. van der Kwaak, A.M.A. Verscheure en M.A. Goslings

Advocaten: E.D. Breugelmans-Tanis en M.A.C. Vijn

Wetsartikelen: 7:663 BW en CAO Contractcateringsbranche

ANNOTATIE

Ook voor zieke werknemers geldt: wie niet werkt, zal niet eten!

F.M. Dekker

1. Inleiding

Aan het einde van de vorige eeuw is de Ziektewet ‘geprivatiseerd’. Sindsdien rust het risico van inkomensverlies door arbeidsongeschiktheid wegens ziekte voor een belangrijk deel op de werkgever: ingevolge artikel 7:629 lid 1 BW moet hij de zieke werknemer gedurende 104 weken (gedeeltelijk) loon doorbetalen. De reden voor deze privatisering was het alsmaar toenemende percentage ziekteverzuim in Nederland. De regering hoopte het gedrag van werkgevers en werknemers te kunnen sturen door hen de gevolgen van ziekte meer dan voorheen rechtstreeks in de portemonnee te laten voelen. In het verlengde hiervan werden op partijen bij de arbeidsovereenkomst met de Wet verbetering poortwachter ook vergaande re-integratieverplichtingen gelegd.

Met het verplaatsen van het financiële risico van arbeidsongeschiktheid naar de werkgever, heeft de wetgever hem tevens enkele weigeringsgronden ter beschikking gesteld die voorheen tot het arsenaal van de uitvoeringsinstantie van de Ziektewet behoorden. Deze gronden zijn te vinden in het derde lid van artikel 7:629 BW. Dit artikellid ontzegt de werknemer in een zestal gevallen de in artikel 7:629 lid 1 BW bedoelde aanspraak op doorbetaling van loon.

In de praktijk is in dit verband de vraag gerezen of de loonbetaling altijd volledig mag worden stopgezet of dat in voorkomende gevallen moet worden volstaan met een gedeeltelijke stopzetting. Deze vraag is met name gesteld in het kader van onderdeel c van artikel 7:629 lid 3 BW: de werknemer die weigert passende arbeid te verrichten. Mag in die situatie het gehele loon worden ingehouden of slechts het loon dat betrekking heeft op de uren die de werknemer heeft geweigerd te werken? Omdat deze vraag in rechtspraak en literatuur niet op eenduidige wijze werd beantwoord, besloot de Kantonrechter Utrecht hem op 18 december 2013 (*JAR* 2014/42; AR 2014-0055) aan de Hoge Raad voor te leggen. Op 6 juni 2014 heeft de Hoge Raad (ECLI:NL:HR:2014:1341) de broodnodige duidelijkheid verschaft.

2. Wat aan de prejudiciële vraag voorafging

Zoals vermeld, bestond in literatuur en rechtspraak onenigheid over de vraag of de werknemer die passende arbeid weigert geconfronteerd mag worden met een algehele loonstop of dat slechts loon mag worden ingehouden over de uren die de werknemer had kunnen en moeten werken. Aanvankelijk beantwoordde de rechtspraak deze vraag unaniem in laatstbedoelde zin. Dit begon met een arrest van het Hof Amsterdam van 7 april 2005 (*JAR* 2005/111). Het hof oordeelde toen dat redelijkerwijs moet worden aangenomen dat de loonsanctie van artikel 7:629 lid 3 onderdeel c BW slechts betrekking heeft op het deel van de bedongen of aangepaste arbeid dat de werknemer, hoewel daartoe in staat, zonder deugdelijke grond niet heeft verricht. De wetsgeschiedenis zou volgens het hof geen aanwijzing voor het tegendeel bevatten.

In de jaren daarna – tot medio 2012 – volgden lagere rechters dit arrest zonder uitzondering, zij het doorgaans met een magere motivering: de Kantonrechters Nijmegen (ECLI:NL:RBARN:2007:BB5906) en Enschede (*JAR* 2012/281) onderbouwden hun uitspraak in het geheel niet, terwijl die uit Breda (ECLI:NL:RBBRE:2009:BL6655), Utrecht (ECLI:NL:RBUTR:2009:BK6962) en Amsterdam (*JAR* 2012/236) volstonden met een verwijzing naar het arrest van het Amsterdamse hof. Een positieve uitzondering vormt een vonnis van de Kantonrechter Amersfoort van 22 juli 2009 (*JIN* 2009/752). Deze kantonrechter baseerde zijn oordeel op de tekst van de wet. Uit de woorden ‘voor de tijd, gedurende welke’ vloeit volgens de kantonrechter voort dat een werknemer ‘slechts met een weigering van loonbetaling [kan, FMD] worden geconfronteerd “voor de tijd” (lees: de uren) waarin hij geen werkzaamheden verricht, hoewel hij daartoe wel in staat geacht wordt’. Bovendien zou een andere uitleg, zo voegde hij er nog aan toe, met name in de beginfase van het herstel tot disproportionele sancties leiden.

In de literatuur is deze rechtspraak bekritiseerd en is juist in overwegende mate een volledige loonstop bepleit (een uitzondering hierop vormt D.J.B. de Wolff, ‘Wat “verdient” een zieke, weigerachtige werknemer?; een reactie’, *ArbeidsRecht* 2006/11, nr. 58). *Grosso modo* zijn daartoe een viertal argumenten aangevoerd:

1. Het eerste argument luidt dat een volledige loonstop beter strookt met het digitale ziektebegrip uit het BW (iemand is arbeidsgeschikt of arbeidsongeschikt; gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid kent het BW niet). Door deze digitaliteit is het verband tussen de verrichte werkzaamheden en het te betalen loon doorgeknipt. Als gevolg daarvan is het niet zo dat het doen van gedeeltelijk of aangepast werk de werknemer recht op loon oplevert. Een gedeeltelijke weigering dient dan ook niet te leiden tot een gedeeltelijke loonstop, maar tot een volledige (vgl. Barentsen in *JAR* 2005/111; A. Birkhoff en A. Swets, ‘Wat “verdient” een

zieke, weigerachtige werknemer?', *ArbeidsRecht* 2006/6/7, nr. 37; Kehrer-Bot in *JAR* 2012/280; en L. van Luipen en D.P. van Straten, 'Geen passende arbeid, geen loon', *ArbeidsRecht* 2013/12, nr. 59).

2. Daarnaast wordt vaak gewezen op de ratio van artikel 7:629 lid 3 onder c BW: het prikkelen van de werknemer zijn werk te hervatten, opdat zo snel mogelijk volledig herstel wordt bereikt. De sanctie zou een belangrijk deel van zijn effect verliezen als deze zou moeten worden gerelateerd aan het aantal uren dat de werknemer weigert passende arbeid te verrichten. Het feit dat de werknemer voor een klein aantal uren het werk hervat is daarnaast voor de werkgever in veel gevallen ook niet zo zeer van belang vanwege de geleverde prestatie, maar meer omdat dat bij kan dragen aan diens volledige re-integratie (vgl. de genoemde annotaties van Barentsen en Kehrer-Bot; Birkhoff en Swets 2006; Zondag in *JIN* 2009/752; D.J. Prins, 'De ziekte komt te post gereden. Maar gaat terug met ezelstreden. De sanctionering van de zieke werknemer: opschorting en stopzetting van loon', *ArbeidsRecht* 2011/8/9, nr. 41; en Van Luipen en Van Straten 2013).

3. Als derde wordt wel een vergelijking gemaakt met de andere loonweigeringsgronden uit artikel 7:629 lid 3 BW. Bij (de meeste van) die gronden is een proportionele benadering niet mogelijk, terwijl de woorden 'voor de tijd, gedurende welke' daarin evenzeer voorkomen. Het opvatten van het woord 'tijd' uit artikel 7:629 lid 3 onderdeel c BW als betrekking hebbend op de re-integratieve uren die niet zijn gewerkt, zou er derhalve toe leiden dat aan dit woord voor dit onderdeel een afwijkende betekenis wordt gegeven. Dat ligt niet in de rede. Zeker niet, nu het bij de andere weigeringsgronden vaak ook nog om minder ernstige gedragingen gaat (vgl. de genoemde annotaties van Barentsen, Kehrer-Bot en Zondag; Birkhoff en Swets 2006; Prins 2011; Van Zijl in *JIN* 2013/87; en Van Luipen en Van Straten 2013).

4. Tot slot wordt wel gesteld dat als de loonsanctie uitsluitend zou zien op de uren die de werknemer weigert om passende arbeid te verrichten, artikel 7:629 lid 3 onderdeel c BW feitelijk overbodig is. Een werknemer heeft immers reeds ingevolge artikel 7:627 BW geen aanspraak op loon als hij niet werkt door een oorzaak die voor zijn rekening komt (vgl. de genoemde annotatie van Kehrer-Bot; en Van Luipen en Van Straten 2013).

Sinds het najaar van 2012 is – al dan niet onder invloed van de literatuur – een kentering in de rechtspraak zichtbaar. Op 3 oktober 2012 is de Kantonrechter Amsterdam (*JAR* 2012/280) de eerste (gepubliceerde) rechter die de tot dan toe constante lijn in de jurisprudentie doorbreekt. Kort daarna, op 3 april 2013, volgde de Kantonrechter Groningen (*JIN* 2013/87). Beide kantonrechters wijzen ter onderbouwing van hun oordeel op het doel van de looninhouding. Het door hun Amersfoortse collega gehanteerde tekstuele argument wijzen zij daarnaast van de hand met een verwijzing naar de andere onderdelen van artikel 7:629 lid 3

BW. De Amsterdamse Kantonrechter voegt daar nog aan toe dat onderdeel c van artikel 7:629 lid 3 BW bij een partiële loonstop overbodig zou zijn naast artikel 7:627 BW, terwijl de Kantonrechter Groningen als additioneel argument verwijst naar de memorie van toelichting op de Wulbz I.

Op 23 juli 2013 lieten voor het eerst sinds 2005 weer twee hoven zich over de kwestie uit. De beide rechtscolleges lijken echter niet op één lijn te zitten. Het Hof 's-Hertogenbosch (*JIN* 2013/130, AR 2013-0575) stond weliswaar een volledige loonstop toe, maar deed dat slechts vanwege 'de bijzondere omstandigheden van deze zaak'. Dat doet vermoeden dat het Bossche hof in principe de leer van het Hof Amsterdam aanhangt. De andere hofzaak betrof het appel van de zojuist genoemde uitspraak van de Kantonrechter Groningen. Het Hof Arnhem-Leeuwarden (*JAR* 2013/228, AR 2013-0579) citeerde de kernoverwegingen van de kantonrechter en gaf aan deze te onderschrijven. Daarnaast merkte het hof op dat een volledige loonstop niet alleen steun vindt in de wetsgeschiedenis, maar ook in de literatuur. Daarbij neemt het hof de hierboven als (2), (3) en (4) genummerde argumenten uit de doctrine over. Tot slot overweegt het Hof Arnhem-Leeuwarden dat het Amsterdamse hof er ten onrechte van uit is gegaan dat de wetsgeschiedenis op het cruciale punt geen uitsluitel geeft.

Het arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden is op felle kritiek gestuit van Fluit en De Wolff (P.S. Fluit en D.J.B. de Wolff, 'Proportionele of volledige loonweigerig bij re-integratieconflicten', *TRA* 2013/11, nr. 96). Zij lopen de vier door het hof genoemde argumenten één voor één bij langs en achten geen daarvan overtuigend (genoeg). Fluit en De Wolff beginnen met het tekstuele argument. Dat het loon in alle in artikel 7:629 lid 3 BW genoemde gevallen alleen maar geheel kan worden geweigerd, laat zich volgens de auteurs slecht rijmen met artikel 7:629 lid 7 BW, dat spreekt van de bevoegdheid van de werkgever om het loon 'geheel of gedeeltelijk' niet te betalen. Ook bij de andere loonweigeringsgronden is een meer genuanceerde benadering mogelijk. Het *quid pro quo*-beginsel brengt, zo begrijp ik Fluit en De Wolff, mee dat de werknemer in ieder geval betaald moet worden voor de uren die hij wel werkt. Ook het wetssystematische argument van het hof dat artikel 7:629 lid 3 onder c BW naast artikel 7:629 BW overbodig zou zijn als een partiële loonstop de regel zou zijn, onderschrijven Fluit en De Wolff niet. Het hof miskent in hun visie dat eerstgenoemd artikellid niet ziet op de bedongen arbeid als bedoeld in het laatste artikel, maar juist, althans mede, op ander passend werk. De schrijvers zien in artikel 30 lid 2 ZW, welk artikellid overtreding van de verplichting passende arbeid te aanvaarden bestraft met verrekening van misgelopen inkomsten, een wetssystematisch argument ten faveure van een gedeeltelijke looninhouding. 's Hof's argument dat een partiële loonstop nauwelijks een prikkel vormt voor de werknemer om zijn gedrag te beteren, berust volgens Fluit en De Wolff niet op empirisch

bewijs. Zij menen dat ook het missen van een deel van het loon voor veel werknemers al grote financiële gevolgen heeft en dus de bedoelde prikkel oplevert. Bovendien, zo voegen zij eraan toe, wijkt het opzegverbod tijdens ziekte indien de werknemer onvoldoende meewerkt aan re-integratie. De werkgever heeft daarmee dus nog een ander middel om de werknemer te prikkelen. Het wetshistorische argument lijkt tot slot, zo stellen Fluit en De Wolff, op het eerste gezicht wel overtuigend, maar ook daarbij passen kanttekeningen. Ten eerste zou de situatie van re-integratie door opbouw in eigen werk tijdens het parlementaire debat niet aan de orde zijn geweest, waardoor de vraag wat geldt ingeval een werknemer minder uren hervat dan de werkgever geraden acht niet is behandeld. Ten tweede is het sanctiekader sinds de inwerkingtreding van de Wulbz I belangrijk uitgebreid, waardoor minder behoefte bestaat aan volledige loonstopzetting. Ten derde heeft de re-integratiebereidheid van werknemers zich de laatste jaren ten positieve ontwikkeld. Het belang van een strenge sanctie als een volledige loonstop is daardoor in vergelijking met de tijd waarin de betreffende uitlatingen door de regering zijn gedaan, afgenomen.

Om de cirkel rond te maken heeft het Hof Amsterdam zijn arrest uit 2005 op 5 november 2013 (ECLI:NL:GHAMS:2013:3845) bevestigd. Een motivering voor dit oordeel ontbreekt helaas.

3. Het antwoord van de Hoge Raad

Tegen de zojuist beschreven achtergrond is het mijns inziens begrijpelijk dat de Kantonrechter Utrecht zich eind vorig jaar genoodzaakt voelde gebruik te maken van de mogelijkheid tot het stellen van een prejudiciële vraag aan de Hoge Raad. De gestelde vraag (her)formuleert de Hoge Raad als volgt: ‘de kantonrechter wenst te vernemen of art. 7:629 lid 3, aanhef en onder c, BW meebrengt dat in de daar geschetste situatie de aanspraak op loon geheel komt te vervallen, derhalve ook over het deel van de werktijd waarvoor de werknemer (nog) arbeidsongeschikt is.’ Conform de heersende leer in de literatuur, beantwoordt de Hoge Raad deze vraag uiteindelijk bevestigend. Uit het oordeel valt hiervoor een viertal argumenten te destilleren.

In de eerste plaats wijst ons hoogste rechtscollege op het feit dat de woorden ‘voor de tijd, gedurende welke’ niet alleen in onderdeel c van artikel 7:629 lid 3 BW voorkomen, maar ook in de onderdelen b en d tot en met f. Gelet op de aard van de in die onderdelen genoemde gedragingen, kan aan deze woorden in de daar bedoelde gevallen volgens de Hoge Raad slechts de betekenis toekomen van ‘de periode waarin’ de werknemer het desbetreffende gedrag vertoont. Het is dan niet aannemelijk dat dezelfde woorden in onderdeel c een andere betekenis zouden hebben.

Een tweede aanwijzing voor een uitleg waarbij het recht op loon geheel vervalt gedurende de

periode waarin de werknemer weigert passende arbeid te verrichten, ziet de Hoge Raad in het feit dat reeds uit artikel 7:627 BW voortvloeit dat geen loon is verschuldigd voor niet gewerkte uren. Een uitleg van artikel 7:629 lid 3 onderdeel c BW die inhoudt dat daarin slechts dit uitgangspunt wordt herhaald, ligt, zo overweegt de Hoge Raad, niet voor de hand.

In de derde plaats slaat de Hoge Raad acht op de strekking van de loonsanctie, door hem verwoord als ‘de werknemer te stimuleren zijn herstel en re-integratie te bevorderen’. Daarbij haalt de Hoge Raad de navolgende passage uit de parlementaire geschiedenis aan (*Kamerstukken II 1995/96, 24439, 3, p. 60*):

‘De sanctie op overtreding van de voorschriften van het derde lid is, dat de werknemer zijn recht op loondoorbetaling verliest. Deze sanctie is voldoende afschrikwekkend om te waarborgen dat de werknemer zijn eigen reïntegratie serieus oppakt. Verdergaande sancties zijn niet nodig. In het bijzonder laat het wetsvoorstel niet toe dat de werkgever de werknemer die andere passende arbeid dan de bedongen arbeid weigert, op staande voet ontslaat. Er zijn gevallen denkbaar – bijvoorbeeld wanneer de werknemer slechts een geringe overtreding heeft begaan – waarin een volledige beëindiging van de loondoorbetaling onredelijk zou zijn. Tegen dergelijk misbruik van de sanctieregeling wordt de werknemer beschermd door de eisen van redelijkheid en billijkheid van artikel 6:248 BW: de werkgever zal de sanctie niet kunnen toepassen indien dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet aanvaardbaar is. Een nog meer genuanceerde regeling waarin het verlies van de loonaanspraak is gerelateerd aan de aard en omvang van de overtreding, stuit op het bezwaar dat werkgever en werknemer over de proportionaliteit van de sanctie snel van mening zullen verschillen. Het opnemen van een zo conflictgevoelige regeling, die allicht zal leiden tot geschillen waarin alleen de rechter een oplossing kan bieden, komt de regering onnodig en onwenselijk voor.’

Als laatste baseert de Hoge Raad zich op de bedoeling van de wetgever. De geciteerde passage laat er volgens hem namelijk weinig twijfel over bestaan dat de wetgever een volledige loonstop voor ogen stond: ‘Immers, uitdrukkelijk wordt onder ogen gezien dat gevallen denkbaar zijn waarin een volledige beëindiging van de loondoorbetaling onredelijk zou zijn. Vervolgens wordt een “nog meer genuanceerde regeling waarin het verlies van de loonaanspraak is gerelateerd aan de aard en omvang van de overtreding” als conflictgevoelig en daarom onwenselijk aangemerkt.’ Uit de aangehaalde passage blijkt echter tevens, zo voegt de Hoge Raad nog toe, dat het denkbaar is dat een beroep op het algeheel verval van de loondoorbetalingsplicht onder bepaalde omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Daarvan is naar het oordeel van ons hoogste rechtscollege evenwel niet reeds sprake in geval van gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid. Ook voor dat geval heeft de wetgever een afschrikwekkende sanctie, bestaande in algeheel verlies van de aanspraak op doorbetaling van loon, op haar plaats geacht.

4. Een volledige loonstop...

Enkele weken geleden wijdde Van den Berg in deze rubriek een annotatie aan het onderliggende vonnis van de Kantonrechter Utrecht (L. van den Berg, 'Volledige of gedeeltelijke loonstop bij weigering passende arbeid te verrichten', Annotaties AR 2014-0129). Zij schreef toen dat zowel de aangevoerde argumenten voor het absolute regime als die voor het proportionele regime niet altijd even overtuigend zijn. Met enige aarzeling besloot Van den Berg haar annotatie met de voorspelling dat het haar niet zou verbazen als de Hoge Raad het op safe zou spelen door voor het absolute regime te opteren. Deze voorspelling is nu uitgekomen.

Ik ben het met Van den Berg eens dat voor beide standpunten – het absolute en het proportionele regime – wel iets valt te zeggen en dat het antwoord van de Hoge Raad evengoed de andere kant op had kunnen vallen. Desalniettemin meen ik dat op het oordeel van de Hoge Raad weinig valt af te dingen. Enkel het argument dat artikel 7:629 lid 3 onder c BW naast artikel 7:627 BW overbodig zou zijn indien een gedeeltelijke loonstop de hoofdregel zou zijn, vind ik zwak. De Hoge Raad lijkt over het hoofd te zien dat artikel 7:627 BW slechts ziet op de situatie dat de werknemer de *bedongen arbeid* niet verricht, terwijl artikel 7:629 lid 3 onder c BW juist (ook) betrekking heeft op het geval dat *passende arbeid* wordt geweigerd. De andere drie door de Hoge Raad gebezigde argumenten kunnen zijn oordeel evenwel ruimschoots dragen. Met name de verwijzing naar de bedoeling van de wetgever acht ik sterk. De intentie van de wetgever bij de invoering van de Wulbz I was blijkens de door de Hoge Raad aangehaalde passage immers zonder twijfel dat de sanctie van artikel 7:629 lid 3 BW het volledige loon zou raken. Een meer proportionele benadering wordt zelfs uitdrukkelijk van de hand gewezen. Slechts in situaties waarin een volledige looninhouding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar uitpakt, achtte de wetgever een uitzondering op zijn plaats.

Dit uitgangspunt is wat mij betreft begrijpelijk wanneer het bijzondere karakter van de regeling uit artikel 7:629 lid 1 BW in ogenschouw wordt genomen: de werknemer komt zijn verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst niet na (hij verricht niet de afgesproken arbeid) vanwege een oorzaak die in zijn eigen risicosfeer valt (ziekte), maar behoudt desalniettemin recht op (een deel van zijn) loon. De gevolgen van de ziekte worden, met andere woorden, (in belangrijke mate) voor rekening van de werkgever gebracht: hij moet zijn deel van de arbeidsovereenkomst naleven (hij moet loon doorbetalen) zonder daar de overeengekomen tegenprestatie (arbeid) voor terug te krijgen. Het betreft hier dus, zeker gezien vanuit algemeen overeenkomstenrechtelijk perspectief, een uitzonderlijke situatie. Van de werknemer mag naar mijn mening daarom worden gevergd, ook zonder dat artikel 7:660a BW hem daartoe dwingt, dat hij er alles aan doet om zichzelf in staat te stellen zijn prestatie (het

verrichten van de bedongen arbeid) weer te kunnen leveren. Meer juridisch gesteld: tegenover het recht op loon treedt – in plaats van het verrichten van de bedongen arbeid – de plicht van de werknemer om alles in het werk te stellen om zo gauw mogelijk weer arbeidsgeschikt te worden. Verzaakt de werknemer deze plicht – doordat hij, zonder goede grond, passende arbeid weigert, niet meewerkt aan het bijstellen van het plan van aanpak of op welke andere wijze dan ook – dan vervalt daarmee in mijn visie de rechtvaardiging voor de loondoorbetaling.

Ook ben ik het met de Hoge Raad eens dat een volledige loonstop beter strookt met het doel van artikel 7:629 lid 3 BW: het bieden van een prikkel aan de werknemer om zijn re-integratie serieus op te pakken. De werkgever heeft bij dit laatste een groot belang. Artikel 7:629 lid 1 BW brengt de gevolgen van de ziekte immers voor zijn rekening. Daarnaast loopt hij ook nog het risico de consequenties van een mislukte re-integratie te moeten dragen; het UWV kan de loondoorbetalingsperiode in dat geval met nog eens (maximaal) 52 weken verlengen. Maar ook los daarvan zijn de kosten van een arbeidsongeschikte werknemer voor een werkgever buitengewoon hoog. Uit de eerder genoemde noot van Van Zijl maak ik op dat deze kosten voor een grote werkgever kunnen 'oplopen tot boven de zeven jaarsalarissen en nog aanzienlijk hoger als de werkgever geen eigenrisicodragers is, omdat de verhoging van de gedifferentieerde premie aanzienlijk meer kost dan de uitkering zelf'. Het is voor de werkgever dus van grote importantie dat de werknemer zijn re-integratie serieus neemt, opdat hij spoedig herstelt en zijn werkzaamheden hervat.

Een gedeeltelijke looninhouding biedt de calculerende werknemer naar mijn mening ook te veel vrijheid. Voorkomen moet worden dat een werknemer de moeite die de re-integratie-activiteiten hem kosten gaat afwegen tegen de omvang van de mogelijke looninhouding. En dit risico doet zich niet alleen voor bij onderdeel c van artikel 7:629 lid 3 BW, maar bijvoorbeeld ook ten aanzien van het onder d genoemde geval. Een partiële loonstop maakt het mogelijk voor de werknemer om een door de werkgever aangeboden cursus van enkele uren per week te weigeren en daarbij het loonverlies over die uren voor lief te nemen. Dat lijkt mij niet wenselijk. Gezien het oordeel van de Hoge Raad in *Vixia/Gerrits* loopt de aldus redenerende werknemer weinig risico op staande voet te worden ontslagen. Met Prins meen ik dat dit arrest kan worden verklaard, zo niet gerechtvaardigd, vanuit de logica van een algehele loonstop. Vanwege deze sanctie heeft de werkgever bij een ontslag op staande voet weinig tot geen belang meer.

Nu kan mij worden tegengeworpen dat ook een partiële loonstop al voor de benodigde prikkel kan zorgen, nu de gemiddelde werknemer bij een verlies van 10 of 20% van zijn loon al in de financiële moeilijkheden komt. Dit mag voor een deel van de werknemers inderdaad zo zijn, maar ik vermoed niet dat dit voor alle werknemers geldt. Dat zou betekenen dat voormelde

risico's ten aanzien van het andere deel van de werknemers blijft bestaan. En het lijkt mij niet een werkbare oplossing om de werking van artikel 7:629 lid 3 BW afhankelijk te stellen van de werknemer die het aangaat.

Daarnaast is een partiële loonstop, zoals ook de Hoge Raad opmerkt, niet bij alle in artikel 7:629 lid 3 BW genoemde situaties mogelijk. Ten aanzien van de werknemer die niet meewerkt aan de evaluatie van het plan van aanpak zie ik bijvoorbeeld niet in hoe het loon gedeeltelijk kan worden ingehouden, althans niet gerelateerd aan een bepaald aantal uren. Een volledige loonstop lijkt dan de meest reële optie, terwijl het in mijn ogen in zijn algemeenheid toch om een lichtere overtreding gaat dan het weigeren van passende arbeid of het belemmeren van de genezing. Ik zie daarom niet in waarom in laatstgenoemde gevallen een meer genuanceerde benadering aangewezen zou zijn.

Een gedeeltelijke loonstaking kan in sommige gevallen overigens voor hoofdbrekens zorgen. Hoe bijvoorbeeld om te gaan met de volgende, aan een uitspraak van de Centrale Raad van Beroep (*USZ 2011/204*) ontleende casus: een werknemer wordt door de bedrijfsarts in staat geacht voor de helft van de contracturen te werken, maar dan wel slechts in aangepast werk. Dit is een in de praktijk regelmatig voorkomend gevaltype. Ingeval de werknemer de aangeboden werkzaamheden weigert, is het relateren van de loonstop aan het aantal uren dat ten onrechte niet is gewerkt naar mijn mening arbitrair, nu de werknemer gedurende die uren met beperkingen diende te werken. De werknemer kon dus weliswaar voor de helft van de overeengekomen tijd arbeid verrichten, doch niet voor de helft van de bedongen 'waarde'. Wat is dan de basis voor de koppeling tussen het aantal uur dat de werknemer weigert te werken en de loonsanctie?

5. ...tenzij dit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is

Het voorgaande betekent niet dat een volledige looninhouding altijd en zonder meer de norm moet zijn. De Hoge Raad voorziet immers in een – enigszins voor de hand liggende – *escape*: indien een volledige loonstop naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, mag het loon slechts gedeeltelijk worden ingehouden. Terecht voegt de Hoge Raad hier onmiddellijk aan toe dat iets dergelijks niet reeds aan de orde is vanwege het enkele gegeven dat de werknemer gedeeltelijk arbeidsongeschikt is. In dat geval zou de hoofdregel in de praktijk immers al snel de uitzondering worden. Dat zou er namelijk toe leiden dat de werknemer van wie de bedrijfsarts heeft vastgesteld dat hij slechts voor een bepaald percentage (bijvoorbeeld 30%) zijn arbeid kan hervatten, bij een loonstop recht op loon zou behouden over het meerdere (dus 70%). En dat is nu net wat de Hoge Raad – in navolging van de wetgever – niet wilde.

De vraag dringt zich uiteraard op in welke gevallen een volledige loonstop naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid dan wel onaanvaardbaar is. Hierbij zou naar mijn mening kunnen worden gedacht aan de situatie waarin door de werknemer wel enige arbeid wordt verricht. Neem bijvoorbeeld het geval van de werknemer die reeds voor een bepaald gedeelte van de overeengekomen arbeidsduur zijn werkzaamheden hervat (bijv. 60%), maar weigert dit – conform het advies van de bedrijfsarts – verder op te schroeven (bijv. naar 70%). Het gaat mij te ver om dan het volledige loon in te houden. Een partiële loonstop zou in mijn ogen dan echter niet moeten inhouden dat de werknemer slechts het loon verliest over de 10% die hij weigert te werken. Dat strookt niet met de bedoeling van de wetgever en de strekking van de loonsanctie. Het gevolg zou mijns inziens moeten zijn dat het loon over de wel gewerkte uren wel uitbetaald wordt. In het gegeven voorbeeld zou de werknemer – afgezien van een eventuele regeling die in suppletie voorziet – dus recht hebben op 60% van 70% (dus: 42%) van zijn loon (in plaats van op 70%). De weigering om 10% extra te werken kost de werknemer dus 40% van zijn loonaanspraak. Daarmee behoudt de loonstop, ook al is deze partieel, zijn afschrikwekkende/punitieve werking.

Nu kan worden afgevraagd of deze benadering niet leidt tot een ongelijke behandeling van werknemers. De werknemer die door de bedrijfsarts in staat wordt geacht te hervatten voor 10% van de overeengekomen arbeidsduur en dit weigert, verliest immers 100% van zijn loonaanspraak, terwijl die evenveel passende arbeid weigert als de werknemer uit het eerdere voorbeeld. Hoewel dit op het eerste gezicht merkwaardig oogt, zie ik hierin geen probleem. Een cruciaal verschil is namelijk dat de eerste werknemer 60% van de overeengekomen arbeidsduur werkt, waar de werknemer uit het huidige voorbeeld geheel geen arbeid verricht. Het gaat mij te ver om werk dat wel wordt verricht niet te belonen. Om die reden koppel ik het loonverlies ook niet aan het aantal uren passende arbeid dat wordt geweigerd, maar ga ik uit van een loonverlies van 100%, waarbij het vervolgens naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is om het aantal uren dat wel wordt gewerkt niet uit te betalen.

Ik heb geprobeerd meer situaties te verzinnen waarin een volledige loonstop naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou kunnen zijn. Ik ben daar echter niet in geslaagd. Dit betekent uiteraard niet dat deze situaties er ook niet zijn. Het is nu aan de rechtspraak om dit nader uit te kristalliseren. Dit zal, zo vermoed ik, evenwel niet gemakkelijk zijn. Het oordeel van de Hoge Raad ademt in mijn ogen namelijk een strenge geest.

6. Slot

Zoals vermeld, had het oordeel van de Hoge Raad mijns inziens ook heel goed anders uit kunnen vallen. Met name het argument dat het toch wel erg cru is om een werknemer die

slechts enkele uren passende arbeid per week weigert het gehele loon te ontzeggen, zal bij sommige werkgevers wellicht op sympathie kunnen rekenen. Met dit arrest van de Hoge Raad lijkt een dergelijke benadering mij echter niet verstandig. Daarmee stelt de werkgever zich immers bloot aan het risico na het verstrijken van de 104 wekentermijn een loonsanctie opgelegd te krijgen van het UWV wegens het onvoldoende gebruik maken van het ter beschikking gestelde sanctiearsenaal. Ook de meelevende werkgever doet er daarom verstandig aan toch voor een algehele loonstop te kiezen.