

Nieuwsbrief AR Updates - Nummer 03, 2014

Nummer 3, 2014

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

INHOUDSOPGAVE

Hof van Justitie van de Europese Unie

Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2014:2 15-01-2014

Association de médiation sociale/Union locale des syndicats CGT

Hof

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2014:149 14-01-2014

werknemer/Your Health Almere BV

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2014:143 14-01-2014

Qualinorm/echtgenote van werknemer

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2013:4948 05-12-2013

ondernemingsraad van Global Business Services/IBM Nederland

Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2013:4994 07-05-2013

werknemer/Stichting voor Educatie en Beroepsonderwijs Zadkine

Rechtbank

Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2014:67 10-01-2014

werknemer/De Leidse Bocht B.V.

Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2014:45 09-01-2014

VDK Taxivervoer B.V. h.o.d.n. Van Rhijn Taxivervoer/werknemer

Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2014:74 09-01-2014

werknemer/werkgever

Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2013:7615 20-12-2013

Dita International B.V./werknemer

Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2013:11887 19-12-2013

werknemer/de Nederlandse Provincie van de Congregatie van de Zusters Franciscanessen

Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2013:7614 18-12-2013

werknemer/CSU Personeel B.V.

Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2013:5791 13-12-2013

RT/Raiffeisen Touristic Netherlands B.V./werknemer

Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2013:3571 03-12-2013

Gebo Tours B.V./werknemer

Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2013:3570 29-10-2013

werknemer/Drabomatic B.V.

Uitspraken zonder ECLI

Rechtbank Midden-Nederland 07-01-2014

werknemer/werkgever c.s.

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Rechtbank Midden-Nederland 07-01-2014

werkgever c.s./werknemer

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Rechtbank Zeeland-West-Brabant 09-01-2014

werknemer/werkgeefster

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Hof van Justitie van de Europese Unie 16-01-2014

Pohl/ÖBB-Infrastruktur AG

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgeefster

Ondanks ontbreken schriftelijk benoemingsbesluit, is benoeming statutair bestuurder door de AVA voldoende aannemelijk geworden. Kantonrechter verklaart zich onbevoegd in zaak over wedertewerkstelling en verwijst de zaak naar de civiele kamer van de rechtbank

Werknemer is in 1998 in dienst getreden van (een rechtsvoorganger van) werkgeefster. Hij is de functie van Managing Director gaan vervullen. Werknemer maakt onderdeel uit van de directie en is eindverantwoordelijk voor het algemene beleid. In 2003 is werknemer in het Handelsregister ingeschreven als alleen bevoegde bestuurder. Op 22 mei 2013 is 68% van de aandelen verkocht. Op 23 oktober 2013 is werknemer een beëindigingsvoorstel gedaan. Werknemer heeft aangegeven hiermee niet te kunnen instemmen. Thans vordert werknemer wedertewerkstelling in zijn functie Managing Director. Partijen verschillen van mening over de vraag of werknemer in zijn functie van Managing Director tevens is benoemd en werkzaam was als statutair directeur. Werkgeefster stelt van wel en is van mening dat, gelet op artikel 2:241 BW jo. artikel 93 onder c Rv, uitsluitend de rechtbank, sector civiel, bevoegd is van deze zaak kennis te nemen.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Uit de stellingen van werkgeefster volgt dat zij zich op het standpunt stelt dat, hoewel zij niet beschikt over een schriftelijk benoemingsbesluit, dit besluit wel degelijk is genomen. In artikel 2:132 BW is niet bepaald dat schriftelijkheid een constitutief vereiste is voor het tot stand komen van de benoeming van bestuurders. Dit is evenmin bepaald in de statuten van werkgeefster. Werkgeefster is erin geslaagd voldoende aannemelijk te maken dat een benoemingsbesluit door de AVA is genomen. Vast staat dat werknemer sinds 2003 in het Handelsregister staat ingeschreven als alleen bevoegde bestuurder. Het formulier is ondertekend door de bestuurder van de enig aandeelhouder van werkgeefster. Hieruit blijkt van de instemming van de aandeelhouder met de benoeming van werknemer als statutair bestuurder. Werknemer heeft het formulier mede ondertekend, zodat ook zijn bekendheid hiermee moet worden verondersteld. Voorts is van belang dat werknemer niet heeft betwist dat hij zich gedurende langere tijd feitelijk heeft gedragen als bestuurder en

werkzaamheden heeft verricht waartoe uitsluitend een bestuurder bevoegd is. De kantonrechter verklaart zich onbevoegd van de onderhavige vordering kennis te nemen en verwijst de zaak ter verdere behandeling naar de voorzieningenrechter van de (andere) civiele kamer van de rechtbank.

Instantie: Rechtbank Zeeland-West-Brabant

Datum uitspraak: 09-01-2014

Zaaknummer: 2573148 / VV EXPL 13-714

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgever c.s.

Intrappen van een buitendeur bij opdrachtgever door schoonmaker wordt gelijkgesteld met diefstal bij een opdrachtgever. Dringende reden voor ontslag op staande voet

Werknemer is sinds 2001 in dienst als schoonmaker. Op 7 september 2013 is werknemer op staande voet ontslagen. In de ontslagbrief wordt vermeld dat in een gesprek aan werknemer kenbaar is gemaakt dat zijn dienstverband wegens bedrijfseconomische redenen zal worden beëindigd. Werknemer heeft hier boos op gereageerd en heeft vervolgens de deur bij een opdrachtgever (kinderdagverblijf) ingetrapt. De locatieleider van het kinderdagverblijf heeft aangifte gedaan van vernieling. Werknemer stelt dat het ontslag nietig is. Werknemer betwist de aan het ontslag ten grondslag gelegde gedragingen en dat deze – indien zij zouden hebben plaatsgevonden – in de gegeven omstandigheden een ontslag op staande voet kunnen dragen.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Werkgever heeft in dit kort geding voldoende aannemelijk gemaakt dat werknemer de betreffende vernieling heeft verricht. Het gesprek heeft rond 13.30 uur plaatsgevonden. Werkgever is rond 15.30 uur door de directeur van het kinderdagverblijf gebeld over de vernieling. Voorts is er een getuige van de vernieling. Uit een schriftelijke reactie van werknemer, waarbij hij zijn excuses aanbiedt voor het voorval, blijkt niet van een ontkenning van het intrappen van de buitendeur. Geoordeeld wordt dat deze gedraging een dringende reden voor ontslag op staande voet oplevert. Het intrappen van een deur bij een opdrachtgever, in dit geval bovendien de grootste opdrachtgever moet – gelijk in het geval van diefstal bij een opdrachtgever (waaraan blijkens de arbeidsovereenkomst expliciet de sanctie van ontslag op staande voet is verbonden) – worden gekwalificeerd als onaanvaardbaar gedrag jegens die opdrachtgever. Dat dit handelen heeft plaatsgevonden nadat en als gevolg van de mededeling dat het dienstverband zou eindigen, maakt dit niet anders. Boosheid kan weliswaar begrijpelijk zijn, maar van werknemer had mogen worden verwacht dat hij op een andere, wel acceptabele wijze uiting zou geven aan zijn emoties. Voorts leiden ook de persoonlijke omstandigheden en de duur van het dienstverband van ruim twaalf jaar niet tot een andere uitkomst. De loonvordering en de vordering tot wedertewerkstelling worden afgewezen. De door werknemer tevens gevorderde betaling van achterstallig loon over de

periode 1 augustus 2013 tot en met 7 september 2013 wordt toegewezen.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 07-01-2014

Zaaknummer: 2582604 UV EXPL 13-513

RECHTSPRAAK

werkgever c.s./werknemer

Voorwaardelijke ontbinding arbeidsovereenkomst schoonmaker wegen het intrappen van een buitendeur bij opdrachtgever en het smijten met schoonmaakspullen. Geen vergoeding

Werknemer is sinds 2001 in dienst als schoonmaker. Op 7 september 2013 is werknemer op staande voet ontslagen. In de ontslagbrief wordt vermeld dat in een gesprek aan werknemer kenbaar is gemaakt dat zijn dienstverband wegens bedrijfseconomische redenen zal worden beëindigd. Werknemer heeft hier boos op gereageerd en heeft vervolgens de deur bij een opdrachtgever (kinderdagverblijf) ingetrapt. De locatieleider van het kinderdagverblijf heeft aangifte gedaan van vernieling. Werkgever verzoekt voorwaardelijke ontbinding wegens een dringende reden. Naast de vernieling van de buitendeur, wordt aangevoerd dat werknemer zijn leidinggevende heeft uitgescholden en bedreigd en dat hij met schoonmaakspullen heeft gesmeten.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Gelet op het voorwaardelijke karakter van het verzoek wordt niet toegekomen aan de vraag of werknemer de buitendeur bij de opdrachtgever heeft ingetrapt en of dit een dringende reden voor ontslag oplevert. Het is aan de bodemrechter om uiteindelijk te beoordelen of dat daadwerkelijk het geval is. Vast staat dat werknemer boos heeft gereageerd op de ontslagaanzegging, maar daarmee is nog niet voldoende aannemelijk dat sprake is geweest van uitschelden en bedreigen door werknemer. Dat er met schoonmaakspullen is gesmeten is wel voldoende aannemelijk geworden, maar dat levert geen dringende reden voor ontslag op. De arbeidsovereenkomst wordt ontbonden wegens veranderingen in omstandigheden. Aannemelijk is dat werkgever het vertrouwen in werknemer is verloren, waarvan werknemer een verwijt kan worden gemaakt. Daartoe wordt overwogen dat werkgever voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat werknemer op 7 september 2013 de buitendeur van de opdrachtgever heeft ingetrapt en daar met schoonmaakspullen heeft gesmeten. Er wordt geen vergoeding aan werknemer toegekend.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 07-01-2014

Zaaknummer: 2551568 UE VERZ 13-828

RECHTSPRAAK

Gebo Tours B.V./werknemer

Terugbetalingsregeling studiekosten in CAO Besloten Busvervoer prevaleert boven contractuele regeling in studie-/opleidingsovereenkomst, die voor touringcarchauffeur minder gunstig en minder duidelijk is

Werknemer is per 1 januari 2010 bij Gebo in dienst getreden in de functie van leerling in het kader van de opleiding Chauffeur Touringcar/Reisleider (CTR). Per 1 april 2010 hebben Gebo en werknemer een arbeidsovereenkomst gesloten voor de bepaalde duur van één jaar, op basis waarvan werknemer is aangesteld als Chauffeur Touringcar. De CAO Besloten Busvervoer is van toepassing verklaard. Voorts zijn partijen een studie-/opleidingsovereenkomst overeengekomen waarin is opgenomen dat Gebo 100% van de studiekosten vergoedt. Ook bevat de overeenkomst een terugbetalingsregeling indien de opleiding niet wordt behaald of werknemer binnen vier jaar na de opleiding uit dienst treedt. De CAO Besloten Busvervoer bevat ook een bepaling over terugbetaling van studiekosten. Werknemer heeft op 14 april 2010 de gevolgde opleiding tot touringcarchauffeur/reisleider met succes afgerond. Per 1 april 2011 is de arbeidsovereenkomst met een jaar verlengd. Gebo heeft werknemer laten weten de arbeidsovereenkomst per 1 april 2012 niet te verlengen. Wel heeft Gebo bewerkstelligd dat werknemer in dienst kan treden van Betuwe Express B.V. voor de duur van drie maanden. Werknemer heeft dit geweigerd. Gebo vordert gedeeltelijke terugbetaling van studiekosten van ruim € 3.000.

De kantonrechter oordeelt als volgt. In het midden wordt gelaten of de studie-/opleidingsovereenkomst de toets van het arrest Muller/Van Opzeeland (HR 10 juni 1983, ECLI:NL:HR:1983:AC2816) kan doorstaan. Indien veronderstellenderwijs van de geldigheid van bedoelde contractuele terugbetalingsregeling wordt uitgegaan, geldt het volgende. In zowel de arbeidsovereenkomst als de toepasselijke cao is een studiekostenregeling opgenomen. Volgens artikel 7:655 BW rust op de werkgever de verplichting de werknemer tijdig, volledig, begrijpelijk en correct te informeren over de wezenlijke elementen van de arbeidsverhouding. Bij twijfel over de betekenis van een contractuele bepaling in een arbeidsrechtelijke overeenkomst heeft dan de voor de werknemer meest gunstige uitleg te

prevaleren. In dit geval moet worden vastgesteld dat de terugbetalingsregeling in de cao een wezenlijke andere, voor de werknemer veel gunstiger inhoud kent dan die opgenomen in de studie-/opleidingsovereenkomst, alleen al omdat deze laatste regeling een kortere terugverdien- en daardoor een kortere terugbetaalperiode kent dan de door Gebo gepresenteerde afspraak. Voorts is de contractuele regeling bepaald minder duidelijk en begrijpelijk dan de in de cao gegeven regeling. Daar waar de werkgever het initiatief neemt tot het eindigen van de arbeidsrelatie, daaronder begrepen het niet (verder) verlengen van een tijdelijk contract of het omzetten daarvan in een vast contract, is de werknemer volgens de regeling uit de cao niet tot terugbetaling van opleidingskosten gehouden. De regeling uit de studie-/opleidingsovereenkomst wijkt daarvan om niet duidelijk geworden redenen op bepaald onduidelijke wijze af. Het ligt dan in de rede om bij samenloop van beide regelingen als in dit geval aan de orde, die laatste regeling toe te passen conform wat daaromtrent in de cao is bepaald en aldus deze cao-regeling te laten prevaleren. In dit geval staat vast dat niet werknemer de arbeidsovereenkomst heeft opgezegd of niet is willen ingaan op een aanbod tot verlenging van het arbeidscontract of tot aanstelling in vaste dienst. Het is Gebo geweest die de tijdelijke aanstelling van werknemer niet heeft willen verlengen of heeft willen omzetten in een vast dienstverband. Dat is aan Gebo, maar dit betekent dat daardoor niet is voldaan aan de vereisten voor terugbetaling van opleidingskosten. Volgt afwijzing van de vordering.

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 03-12-2013

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2013:3571

Zaaknummer: 2038038 CV 13-1932

Rechters: W.F. Boele

Advocaten: J.C.F. Kooijmans

Wetsartikelen: 7:655 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Drabomatic B.V.

Ontslag op staande voet nadat werknemer – ondanks daartoe drie keer te zijn opgeroepen – weigert het werk te hervatten, is rechtsgeldig. Niet openen van brieven komt voor rekening en risico werknemer.

Persoonlijke omstandigheden, waaronder financiële problemen door gokverslaving, leggen onvoldoende gewicht in de schaal

Werknemer is sinds 2011 in dienst van Drabo als CNC-frezer. Drabo heeft werknemer diverse keren aangesproken op zijn gedrag. Er zijn diverse incidenten geweest, waarbij collega's te kennen hebben gegeven zich door het gedrag van werknemer geïntimideerd en/of bedreigd te voelen. Ook houdt werknemer zich niet aan de geldende regels. Na diverse gesprekken en een officiële waarschuwing is in een brief van 12 oktober 2012 een lijst met afspraken op papier gezet en is werknemer een laatste kans geboden zijn gedrag te verbeteren. In de brief wordt hij opgeroepen zijn werk per 15 oktober 2012 te hervatten. Op 15 oktober 2012 heeft werknemer de brief ongeopend aan de directeur van Drabo teruggegeven. Op de envelop heeft hij geschreven: 'Terug na afzender. Ik ben niet mee eens. Klopt niet. 15-10-2012'. Werknemer is daarop weer vertrokken zonder zijn werkzaamheden te verrichten. Op 15 oktober 2012 is werknemer per brief gesommeerd het werk te hervatten. Ook deze brief is ongeopend teruggegeven. Werknemer is een allerlaatste mogelijkheid geboden om het werk op 19 oktober 2012 te hervatten. Werknemer is wederom niet verschenen, waarna hij op staande voet is ontslagen. Werknemer beroept zich op de vernietigbaarheid van het ontslag.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Vast staat dat werknemer in vier gesprekken is aangesproken op zijn gedrag en dat werknemer zich in die gesprekken bleef verzetten tegen de visie van Drabo op zijn functioneren en wat Drabo van hem verlangde, te weten het zich schikken naar de geldende regels en de gegeven instructies. Ook staat vast dat werknemer drie keer is opgeroepen het werk te hervatten. Werknemer heeft betoogd dat Drabo in het gesprek van 12 oktober 2012 onredelijke voorwaarden voor hervatting heeft gesteld. In het bijzonder heeft werknemer in dat kader aangevoerd dat van hem werd verlangd dat hij persoonlijk aan alle zestig medewerkers van Drabo zijn excuses moest maken. Dit betoog moet als niet aannemelijk worden gepasseerd. Van werknemer werd verwacht dat hij zijn excuses zou

aanbieden aan de personen met wie hij onenigheid heeft gehad. Drabo heeft daarover onweersproken gebleven aangevoerd dat het ging om vier directe collega's. Werknemer heeft daarnaast aangevoerd dat hem niet kan worden verweten dat hij niet op de hoogte is geraakt van de inhoud van de brief van 17 oktober 2012. Het staat vast dat werknemer ervoor heeft gekozen de enveloppen van de aan hem gezonden brieven niet te openen. Bij lezing van deze brieven had werknemer kunnen weten dat Drabo van hem verlangde dat hij weer aan het werk ging. Het hiervan geen kennisnemen komt, gelet op het bepaalde in artikel 3:37 lid 3 tweede zin BW, dan ook voor zijn rekening en risico. Het op 19 oktober 2012 voor de derde maal niet verschijnen voor het verrichten van de werkzaamheden levert een dringende reden in de zin van artikel 7:677 lid 1 BW op. In wat over de (overige) persoonlijke omstandigheden van werknemer is aangevoerd, daaronder begrepen zijn leeftijd van 40 jaar, de duur van het dienstverband van afgerond 14 maanden, zijn onbestreden vakmanschap en bereidheid tot overwerk en/of de bij hem bestaande financiële problemen als gevolg van een gokverslaving, ligt onvoldoende zwaarwichtige grond om aan te nemen dat het aan hem gegeven ontslag op staande voet niet in voldoende mate gerechtvaardigd is.

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 29-10-2013

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2013:3570

Zaaknummer: 2038276 CV 13-1946

Rechters: W.F. Boele

Advocaten: R.A.M. van der Lubbe en A.J.C. van Gurp

Wetsartikelen: 3:37 BW, 7:677 BW en 7:678 BW

RECHTSPRAAK

Pohl/ÖBB-Infrastruktur AG

Verjaring loonvordering in verband met schending Richtlijn 2000/78/EG (leeftijd) is een nationale aangelegenheid. Tijdstip verjaringstermijn vangt niet aan na richtinggevend arrest van het Hof van Justitie, maar naar nationaal procesrecht. Geen schending effectiviteitsbeginsel

Op 25 november 1974 is Pohl in dienst getreden bij de rechtsvoorgangster van ÖBB. Op 1 juli 1977 heeft deze onderneming hem vast aangesteld. Naar aanleiding daarvan heeft ÖBB de peildatum voor overgang naar de volgende salaristrap van Pohl binnen de voor zijn betrekking geldende salarisschaal vastgesteld op 12 november 1971. Daartoe werd de diensttijd die hij bij deze onderneming had vervuld vóór de dag van zijn aanstelling volledig in aanmerking genomen. De andere, na de leeftijd van 18 jaar bij verschillende in Oostenrijk gevestigde ondernemingen vervulde diensttijd werd slechts voor de helft van haar duur in aanmerking genomen. De vóór de leeftijd van 18 jaar vervulde diensttijd werd niet in aanmerking genomen bij de bepaling van de peildatum. Pohl betoogde in wezen dat de diensttijd die hij vóór de leeftijd van 18 jaar had vervuld, alsook de diensttijd die hij tussen zijn 18de levensjaar en 24 november 1974 had vervuld, volledig in aanmerking hadden moeten worden genomen bij de bepaling van de peildatum voor overgang naar de volgende salaristrap in de voor zijn betrekking bij ÖBB geldende salarisschaal. Indien deze diensttijd in aanmerking zou zijn genomen bij het bepalen van deze peildatum, had dit tot gevolg gehad dat Pohl, overeenkomstig de salarisregeling van de spoorwegen van 1963, bij zijn voorlopige pensionering op 4 maart 2002 salaristrap 16 zou hebben bereikt in plaats van 15. De verwijzende rechter vraagt het Hof te oordelen of in casu sprake is van ongerechtvaardigd onderscheid op grond van leeftijd. Voorts stelt de rechter het hof de vraag of de loonvordering van werknemer is verjaard, althans of de verjaring van dertig jaar in strijd is met EU-recht.

Het Hof van Justitie EU oordeelt als volgt. Volgens vaste rechtspraak is het een aangelegenheid van de interne rechtsorde van elke lidstaat om de bevoegde rechter aan te wijzen en de procesregels te geven voor rechtsvorderingen die ertoe strekken de rechten te beschermen die de justitiabelen aan het Unierecht ontleen, wanneer ter zake geen regeling

op het niveau van de Unie is vastgesteld, voor zover die regels niet ongunstiger zijn dan die welke voor soortgelijke nationale vorderingen gelden (gelijkwaardigheidsbeginsel), en voor zover zij de uitoefening van de door de rechtsorde van de Unie verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken (effectiviteitsbeginsel). In de onderhavige zaak blijkt uit het aan het Hof overgelegde dossier dat de door het nationale recht voorgeschreven dertigjarige verjaringstermijn geldt onafhankelijk van het feit of een schending van het Unierecht dan wel van het nationale recht wordt aangevoerd. Een dergelijke verjaringsregel kan dus niet als strijdig met het gelijkwaardigheidsbeginsel worden aangemerkt. Wat het effectiviteitsbeginsel betreft, is het volgens het Hof met het Unierecht verenigbaar dat in het belang van de rechtszekerheid redelijke vervaltermijnen worden vastgesteld, voor zover dergelijke termijnen de uitoefening van de door het Unierecht verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken. Aangaande de vraag of de respectieve datums van uitspraak van de reeds aangehaalde arresten *Österreichischer Gewerkschaftsbund en Hütter* van invloed zijn op het vertrekpunt van een door het nationaal recht vastgestelde verjaringstermijn, zij eraan herinnerd dat de uitlegging die het Hof krachtens de hem bij artikel 267 VWEU verleende bevoegdheid aan een voorschrift van Unierecht geeft, zo nodig de betekenis en de strekking van dat voorschrift zoals het sedert het tijdstip van de inwerkingtreding ervan moet of had moeten worden verstaan en toegepast, verklaart en preciseert. Een prejudicieel arrest is met andere woorden louter declaratoir en niet constitutief van aard, zodat het in beginsel tot de datum van inwerkingtreding van het uitgelegde voorschrift terugwerkt (arrest van 12 februari 2008, *Kempter*, C-2/06, Jurispr. p. I-411, punt 35 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Betreffende het vertrekpunt van de verjaringstermijn, heeft het Hof gepreciseerd dat dit in beginsel een aangelegenheid is van het nationale recht en dat de eventuele vaststelling door het Hof van een schending van het Unierecht in beginsel geen invloed heeft op dit vertrekpunt (zie in die zin arrest *Q-Beef en Bosschaert*). Bijgevolg zijn de respectieve datums van uitspraak van de reeds aangehaalde arresten *Österreichischer Gewerkschaftsbund en Hütter* niet van invloed op het vertrekpunt van de verjaringstermijn die aan de orde is in het hoofdgeding, en zijn deze datums derhalve irrelevant om te beoordelen of in casu het effectiviteitsbeginsel werd geëerbiedigd. Gelet op een en ander dient op de derde vraag te worden geantwoord dat het Unierecht, en inzonderheid het effectiviteitsbeginsel, niet in de weg staat aan een nationale regeling als die aan de orde in het hoofdgeding die het recht van een werknemer om te verzoeken om een herziening van de diensttijd die in aanmerking moet worden genomen bij de bepaling van de peildatum voor overgang naar de volgende salaristrap, onderwerpt aan een dertigjarige verjaringstermijn die ingaat vanaf de sluiting van de overeenkomst op basis waarvan deze peildatum is vastgelegd of vanaf de indeling op een onjuiste salaristrap.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 16-01-2014

Zaaknummer: C-429/12

RECHTSPRAAK

**Association de médiation sociale/Union locale des
syndicats CGT**

Artikel 27 van het Handvest grondrechten EU, alleen of gelezen in samenhang met de bepalingen van Richtlijn 2002/14, moet aldus worden uitgelegd dat dit artikel van het Handvest, wanneer een nationale bepaling ter uitvoering van deze richtlijn onverenigbaar is met het recht van de Unie (omdat gesubsidieerde werknemers worden uitgesloten van het getalscriterium), niet kan worden ingeroepen in een geding tussen particulieren teneinde die nationale bepaling buiten toepassing te laten

De AMS is een vereniging waarop de loi relative au contrat d'association (wet betreffende de verenigingen) van 1 juli 1901 van toepassing is. Deze vereniging is betrokken bij het opzetten van voorzieningen voor sociale bemiddeling en het voorkomen van criminaliteit in de stad Marseille (Frankrijk). Zij bevordert tevens de herintegratie op de arbeidsmarkt van werklozen of van personen van wie de toegang tot een baan wordt gehinderd door sociale en beroepsmatige moeilijkheden. In dit verband biedt het AMS hun de mogelijkheid om via een individueel loopbaanproject een beroepsopleiding in het domein van de sociale bemiddeling te volgen. Op 4 juni 2010 heeft de Union départementale CGT des Bouches-du-Rhône Laboubi aangewezen als vertegenwoordiger van de binnen de AMS opgerichte vakbondsafdeling. De AMS komt op tegen deze aanwijzing. Zij is van mening dat zij minder dan 11 en, a fortiori, minder dan 50 werknemers telt en zij bijgevolg volgens de relevante nationale regeling niet hoeft te voorzien in maatregelen inzake de vertegenwoordiging van werknemers, zoals de verkiezing van een personeelsvertegenwoordiger. Volgens de AMS moeten immers, om te bepalen of de vereniging deze minimumaantallen van 11 of 50 werknemers heeft bereikt, overeenkomstig artikel L. 1111-3 van de code du travail de leerjongens en -meisjes en de werknemers met een overeenkomst ter ondersteuning bij de terugkeer op de arbeidsmarkt, met een werkbegeleidingsovereenkomst of met een overeenkomst die de verwerving van een beroepsbekwaamheid kan vergemakkelijken

(hierna: ‘gesubsidieerde werknemers’) van de berekening van het personeelsbestand worden uitgesloten. Op 29 april 2011 heeft de Conseil Constitutionnel geoordeeld dat artikel L. 1111-3 van de code du travail in overeenstemming is met de grondwet. Met zijn vragen wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 27 van het handvest, alleen of gelezen in samenhang met de bepalingen van Richtlijn 2002/14, aldus moet worden uitgelegd dat dit artikel van het handvest, wanneer een nationale bepaling ter uitvoering van deze richtlijn, zoals artikel L. 1111-3 van de code du travail, onverenigbaar is met het recht van de Unie, kan worden ingeroepen in een geding tussen particulieren teneinde die nationale bepaling buiten toepassing te laten, en zo ja moeten die bepalingen aldus worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen een nationale wettelijke bepaling die van de berekening van het aantal werknemers van de onderneming, met name ter bepaling van de wettelijke drempels voor het oprichten van organen voor de vertegenwoordiging van het personeel, gesubsidieerde werknemers uitsluit?

Het Hof van Justitie EU oordeelt als volgt. In dit verband moet in de eerste plaats worden opgemerkt dat het Hof reeds heeft geoordeeld dat, aangezien artikel 2 onder d van Richtlijn 2002/14 bepaalt welke personen bij de berekening van het personeelsbestand van de onderneming in aanmerking moeten worden genomen, het de lidstaten niet is toegestaan een bepaalde categorie van personen die oorspronkelijk voor deze berekening in aanmerking kwam, daarvan uit te sluiten (zie arrest van 18 januari 2007, *Confédération générale du travail* e.a., C-385/05, Jur. p. I-611, punt 34). Een nationale regeling als aan de orde in het hoofdgeding, die een bepaalde categorie van werknemers uitsluit van de berekening van het personeelsbestand van de onderneming, heeft immers tot gevolg dat bepaalde werkgevers worden ontheven van de hun bij Richtlijn 2002/14 opgelegde verplichtingen en dat hun werknemers de bij deze richtlijn toegekende rechten worden ontnomen. Bijgevolg kan zij ertoe leiden dat deze rechten worden uitgehold en deze richtlijn aldus haar nuttige werking wordt ontnomen (zie reeds aangehaald arrest *Confédération générale du travail* e.a., punt 38). Het is juist dat volgens vaste rechtspraak de bevordering van de werkgelegenheid, in het hoofdgeding aangevoerd door de Franse regering, een rechtmatige doelstelling van sociaal beleid vormt en dat de lidstaten bij de keuze van de maatregelen die kunnen bijdragen tot de verwezenlijking van de doelstellingen van hun sociaal beleid over een ruime beoordelingsmarge beschikken (zie arrest *Confédération générale du travail* e.a., punt 28 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Deze beoordelingsmarge waarover de lidstaten inzake sociaal beleid beschikken, mag echter niet tot gevolg hebben dat een fundamenteel Unierechtelijk beginsel of voorschrift van zijn inhoud wordt beroofd (arrest *Confédération générale du travail* e.a., punt 29). Een uitlegging van Richtlijn 2002/14, op grond waarvan artikel 3 lid 1 ervan de lidstaten machtigt om, wegens redenen als in het hoofdgeding aangevoerd door de Franse regering, een bepaalde categorie van werknemers uit te sluiten van

de berekening van het personeelsbestand van de onderneming, is onverenigbaar met artikel 11 van deze richtlijn, waarin is bepaald dat de lidstaten alle nodige maatregelen moeten nemen om de bij Richtlijn 2002/14 opgelegde resultaten te garanderen, aangezien deze uitlegging impliceert dat het de lidstaten zou zijn toegestaan zich te onttrekken aan deze door het recht van de Unie voorgeschreven duidelijke en precieze resultaatsverbintenis (zie arrest *Confédération générale du travail e.a.*, punt 40, en aldaar aangehaalde rechtspraak). Gelet op het voorgaande moet dus worden vastgesteld dat artikel 3 lid 1 van Richtlijn 2002/14 aldus moet worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een nationale bepaling als artikel L. 1111-3 van de code du travail die, in het kader van de vaststelling van de minimumaantallen werknemers die wettelijk zijn vereist voor de oprichting van personeelsvertegenwoordigende organen, gesubsidieerde werknemers van de berekening van het personeelsbestand uitsluit.

In dit verband is vastgesteld dat de AMS een privaatrechtelijke vereniging is, ook al heeft zij een sociale doelstelling. Daaruit volgt dat, wegens de rechtsvorm van de AMS, verweerders in het hoofdgeding zich tegenover deze vereniging niet kunnen beroepen op de bepalingen van Richtlijn 2002/14 als zodanig (zie in die zin arrest van 24 januari 2012, *Dominguez*, C-282/10, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 42). Het Hof heeft echter geoordeeld dat een nationale rechter die uitspraak moet doen in een geding tussen uitsluitend particulieren, bij de toepassing van de ter uitvoering van de verplichtingen van de richtlijn vastgestelde nationale bepalingen het gehele nationale recht in beschouwing moet nemen en dit zo veel mogelijk in het licht van de bewoordingen en van de doelstelling van deze richtlijn moet uitleggen om tot een oplossing te komen die in overeenstemming is met het daarmee beoogde doel (zie arrest van 4 juli 2006, *Adeneler e.a.*, C-212/04, Jur. p. I-6057, punt 111, en reeds aangehaalde arresten *Pfeiffer*, punt 119, en *Dominguez*, punt 27). Het Hof heeft echter gepreciseerd dat voor dit beginsel van conforme uitlegging van het nationale recht bepaalde beperkingen gelden. Aldus wordt de verplichting van de nationale rechter om bij de uitlegging en de toepassing van de relevante bepalingen van zijn nationale recht te verwijzen naar de inhoud van een richtlijn begrensd door de algemene rechtsbeginselen en kan zij niet dienen als grondslag voor een uitlegging contra legem van het nationale recht (zie arrest van 15 april 2008, *Impact*, C-268/06, Jur. p. I-2483, punt 100, en reeds aangehaald arrest *Dominguez*, punt 25). In het hoofdgeding blijkt uit de verwijzingsbeslissing dat de Cour de cassation voor een dergelijke beperking staat, zodat artikel L. 1111-3 van de code du travail niet kan worden uitgelegd op een wijze die strookt met Richtlijn 2002/14. In deze omstandigheden moet in de derde plaats worden nagegaan of de situatie in het hoofdgeding vergelijkbaar is met die in de zaak die tot het reeds aangehaalde arrest *Kücükdeveci* heeft geleid, zodat artikel 27 van het handvest, alleen of gelezen in samenhang met de bepalingen van Richtlijn 2002/14, kan worden ingeroepen in een geding tussen particulieren om in voorkomend geval de niet met deze richtlijn overeenstemmende nationale bepaling buiten toepassing te laten.

Uit de bewoordingen van artikel 27 van het handvest blijkt dus duidelijk dat dit artikel pas zijn volle werking verkrijgt nadat het nader is bepaald in Unierechtelijke en nationaalrechtelijke voorschriften. Het tot de lidstaten gerichte verbod in artikel 3 lid 1 van Richtlijn 2002/14 om bij de berekening van het personeelsbestand van de onderneming een bepaalde categorie van personen die oorspronkelijk voor deze berekening in aanmerking kwam, daarvan uit te sluiten, kan echter, als rechtstreeks toepasselijk rechtsvoorschrift, noch uit de bewoordingen van artikel 27 van het handvest, noch uit de toelichtingen bij dit artikel worden afgeleid. In dit verband moet worden opgemerkt dat de omstandigheden in het hoofdgeding verschillen van die welke aanleiding hebben gegeven tot het arrest Küçükdeveci, aangezien het in laatstgenoemd arrest aan de orde zijnde beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd, neergelegd in artikel 21 lid 1 van het handvest, op zich volstaat om aan particulieren een subjectief recht te verlenen waarop als zodanig een beroep kan worden gedaan. Bijgevolg kan in een geding als het onderhavige artikel 27 van het handvest niet als zodanig worden ingeroepen om tot de slotsom te komen dat de niet met Richtlijn 2002/14 overeenstemmende nationale bepaling buiten toepassing moet worden gelaten. Aan deze vaststelling wordt niet afgedaan indien artikel 27 van het handvest wordt gelezen in samenhang met de bepalingen van Richtlijn 2002/14. Aangezien dit artikel op zich immers niet volstaat om aan particulieren een recht te verlenen dat zij als zodanig kunnen inroepen, geldt dit tevens voor een dergelijke lezing in samenhang. De partij die is benadeeld doordat het nationale recht niet met het recht van de Unie strookt, kan zich echter beroepen op de rechtspraak die voortvloeit uit het arrest van 19 november 1991, Francovich e.a. (C-6/90 en C-9/90, Jur. p. I-5357), om in voorkomend geval vergoeding van de geleden schade te verkrijgen (zie reeds aangehaald arrest Dominguez, punt 43). Uit het voorgaande volgt dat artikel 27 van het handvest, alleen of gelezen in samenhang met de bepalingen van Richtlijn 2002/14, aldus moet worden uitgelegd dat dit artikel van het handvest, wanneer een nationale bepaling ter uitvoering van deze richtlijn, zoals artikel L. 1111-3 van de code du travail, onverenigbaar is met het recht van de Unie, niet kan worden ingeroepen in een geding tussen particulieren teneinde die nationale bepaling buiten toepassing te laten.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 15-01-2014

ECLI: ECLI:EU:C:2014:2

Zaaknummer: C-176/12

Rechters: V. Skouris, K. Lenaerts, R. de Silva Lapuerta, M. Ilešič, J. Malenovský, E. Levits, J.C. J-C Bonichot, A. Arabadjiev, C. Toader, A. Prechal, D. Šváby en M. Berger

Wetsartikelen: Richtlijn 2002/14/EG en 27 Handvest grondrechten EU

RECHTSPRAAK

Qualinorm/echtgenote van werknemer

Ex-echtgenote van frauderende werknemer hoeft deel van ontvreemd en ontvangen geld op gezamenlijke rekening niet terug te betalen wegens onverschuldigde betaling werkgever. Ex-echtgenote handelde te goeder trouw

(Zie ook AR 2013-0234 en AR 2013-0235.) Werknemer heeft gedurende een lange periode fraude gepleegd bij Qualinorm en is veroordeeld tot vergoeding van de schade. In deze zaak staat de vraag centraal of de ex-echtgenote van werknemer eveneens gehouden is tot terugbetaling van het ontvreemde bedrag van Qualinorm. Ex-echtgenote heeft aangevoerd dat zij niet wist en ook niet behoefde te weten dat de gelden die op de gezamenlijke bankrekening zijn gestort voor een groot deel geen rechtsgrond hadden. Zij heeft gesteld dat ex-echtgenoot haar om de tuin heeft geleid. Zij verkeerde in de veronderstelling dat ex-echtgenoot op een gegeven moment medeaandeelhouder is geworden van Qualinorm. Al vanaf het begin af aan had ex-echtgenoot een goed inkomen dat jaarlijks langzaam opliep. Gezien de zeer vergaande motiveringen en gedragingen van ex-echtgenoot heeft zij er gerechtvaardigd op mogen vertrouwen dat ex-echtgenoot medeaandeelhouder was van Qualinorm en recht had op de overgemaakte bedragen. Dat zij journaliste is maakt niet dat zij thuis in haar eigen vertrouwde omgeving ook als zodanig optreedt. Voor alle overboekingen en gedragingen had ex-echtgenoot een plausibele verklaring. Ex-echtgenote heeft hier nooit aan getwijfeld en heeft hier redelijkerwijs ook niet aan hoeven te twijfelen. Daarbij meent zij dat de pot de ketel verwijt, nu ex-echtgenoot gedurende acht jaar erin is geslaagd om bedragen van Qualinorm naar zijn bankrekening over te maken of met de pinpas van Qualinorm enorme bedragen te pinnen bij onder meer het casino, zonder dat dit door Qualinorm is opgemerkt. Dat Qualinorm de boekhouding niet heeft gecontroleerd komt voor haar rekening en risico. Bij tussenarrest (AR 2013-0235) heeft het hof ex-echtgenote een aantal bewijsopdrachten gegeven. Aan Qualinorm is opgedragen te bewijzen dat ex-echtgenote wel degelijk op de hoogte was van het feit dat werknemer geen medeaandeelhouder was van Qualinorm.

Het hof oordeelt thans als volgt. De verklaring van ex-echtgenote komt hierop neer dat werknemer vanaf circa 2000 haar consequent heeft voorgehouden dat hij aandeelhouder was

in Qualinorm. Zij heeft verklaard dat zij vanaf september 1999 – zij was toen negentien jaar oud – tot het moment dat de fraude aan het licht kwam een relatie met werknemer heeft gehad, waarbij werknemer in het begin van hun relatie werknemer bij Qualinorm was en zij niet beter wist dan dat hij op een gegeven moment aandeelhouder is geworden. Daarbij paste dat werknemer het financieel steeds beter kreeg. Volgens ex-echtgenote was sprake van een situatie waar zij langzaam is ingegroeid. Het hof acht de verklaring van ex-echtgenote dat zij er niet van op de hoogte was dat werknemer geen medeaandeelhouder was in Qualinorm overtuigend. Hetzelfde geldt voor de verklaring van ex-echtgenote dat zij niet wist van de gokverslaving van werknemer en dat zij geen volledig inzicht van werknemer kreeg in de financiële situatie van werknemer, zodat er voor haar geen aanleiding was om redelijkerwijze aan het aandeelhouderschap van werknemer te twijfelen. Die overtuiging ontleent het hof kort gezegd aan het feit dat uit alle afgelegde verklaringen zonder uitzondering duidelijk wordt dat werknemer in staat is geweest een web van leugens te spinnen dat geruime tijd door niemand in zijn omgeving – zijn werkgever inbegrepen – kon worden ontward. Ex-echtgenote behoeft dan ook redelijkerwijze geen rekening te houden met een verplichting tot terugbetaling van het naar de gezamenlijke rekening van partijen overgemaakte bedrag van € 104.081,30. Dit betekent dat deze vordering wat betreft de primaire grondslag, te weten onverschuldigde betaling, moet worden afgewezen. Qualinorm wordt veroordeeld schade te vergoeden aan de ex-echtgenote wegens opgelegd beslag en bewaring.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 14-01-2014

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2014:143

Zaaknummer: 200.094.304/01

Rechters: M.W. Zandbergen, G. van Rijssen en R.A. van der Pol

Advocaten: B. Besseling en D.D.M. Rinkel

Wetsartikelen: 6:202 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Your Health Almere BV

Proeftijdontslag onder gelijktijdig aanbod nieuw – maar minder gunstig – arbeidscontract levert geen misbruik van bevoegdheid op. Instemming met opzegging noch schriftelijke bevestiging van opzegging vereist voor rechtsgeldig ontslag

Werknemer is op 10 mei 2013 in dienst getreden van Your Health als fitnessinstructeur voor 24 uur per week. Dit betrof een arbeidsovereenkomst voor zes maanden met een proeftijd van één maand. Op 24 mei 2013 heeft general manager van Your Health aan werknemer medegedeeld dat een andere kandidaat beter was opgeleid en op de plek van werknemer ging werken. Wel kreeg werknemer een aanbod om minimaal zes uur per week te werken (op dinsdagavond). Werknemer heeft aangegeven hier niet blij mee te zijn en zich van juridisch advies te willen voorzien. Werknemer is na 24 mei 2013 wel bij Your Health blijven werken. In juni 2013 heeft hij 72 uur gewerkt, in juli 2013 78 uur en in augustus 2013 24 uur, welke uren door Your Health zijn uitbetaald. Werknemer heeft een hem toegezonden nieuw arbeidscontract voor minimaal zes uur niet getekend. In augustus vordert werknemer loon op basis van zijn 24 urencontract.

Het hof oordeelt als volgt. Vast staat dat de arbeidsovereenkomst een proeftijdbeding bevatte en dat Your Health, vertegenwoordigd door de general manager, op 24 mei 2013 liet weten dat iemand anders de uren van werknemer zou bekleden en dat de general manager hem toen heeft voorgehouden óf ontslag te nemen/te krijgen óf akkoord te gaan met een aanbod tot urenvermindering naar zes uur op de dinsdagavond plus de eventuele extra uren die vrijkomen. Naar 's hofs oordeel moet op grond hiervan er voorshands van worden uitgegaan dat de overeenkomst van 10 mei 2013 op 24 mei 2013, derhalve binnen de overeengekomen proeftijd van één maand, rechtsgeldig door Your Health is opgezegd, en dat die opzegging ook als zodanig door werknemer moet zijn verstaan. Dat werknemer niet met de opzegging heeft ingestemd, doet niet ter zake, nu dat geen voorwaarde voor een rechtsgeldige opzegging in de proeftijd is. Hetzelfde geldt voor het feit dat er geen schriftelijke bevestiging van de opzegging gedurende de opzegtermijn is verzonden door Your Health. Ook dat is geen voorwaarde voor een rechtsgeldige opzegging. Weliswaar kan werknemer om een schriftelijke opzegging

verzoeken nu artikel 7:669 BW ook bij een proeftijdontslag toepasselijk is, doch uit niets blijkt dat hij een zodanig verzoek heeft gedaan. Evenmin bevinden zich aanwijzingen in het dossier dat Your Health haar bevoegdheid om de arbeidsovereenkomst van 10 mei 2013 tijdens de proeftijd op te zeggen zou hebben misbruikt. Dat Your Health de opzegging van die overeenkomst heeft doen vergezellen van een aanbod om een andere, minder gunstige (want voor minder vaste uren te sluiten), arbeidsovereenkomst aan te gaan, levert onder de gegeven omstandigheden – de oorspronkelijke overeenkomst wordt beëindigd omdat een beter gekwalificeerde kandidaat voorhanden blijkt die die uren gaat vervullen – geen misbruik van bevoegdheid op.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 14-01-2014

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2014:149

Zaaknummer: 200.137.596/01

Rechters: J.H. Kuiper, M.E.L. Fikkers en A.M. Koene

Advocaten: R. Grijpstra

Wetsartikelen: 7:676 BW, 7:652 BW, 3:13 BW en 7:669 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/De Leidse Bocht B.V.

All-in uurloon voor oproepkrachten conform model arbeidsovereenkomst behorend bij de CAO Horeca is niet in strijd met Richtlijn 2003/88/EG of Nederlandse (vakantie)wetgeving

Werknemer is van 2007 tot 2011 in dienst geweest van De Leidse Bocht (een café) op basis van een oproepcontract. Conform het model behorend bij de CAO Horeca 2005-2008 is een arbeidsovereenkomst overeengekomen waarin is opgenomen dat het uurloon inclusief vakantiegeld en vakantiedagen is. Werknemer vordert achterstallig salaris, betaling van niet-genoten vakantiedagen en vakantietoeslag over de periode 2007-2011. Hij stelt zich daarbij op het standpunt dat het betalen van een all-in uurloon niet is toegestaan.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Het gevorderde achterstallig salaris over 2008 en 2009 wordt toegewezen. Artikel 11 lid 6 onder a van de CAO Horeca 2008-2010 staat het niet toe om de verhoging van 3,25% te verrekenen bij een werknemer die zonder nadere toelichting, en niet op basis van wachtperiodieken, een hoger aanvangssalaris heeft ontvangen dan behorend bij de minimumschaal.

De bepaling in de arbeidsovereenkomst dat de vakantietoeslag bij het maandelijks uit te keren loon wordt uitbetaald, is – gelet op artikel 17 WML – niet in strijd met de wet. Onder verwijzing naar Richtlijn 2003/88/EG, artikel 7:640 BW, 7:641 BW, 7:645 BW, het arrest Robinson/Steele (16 maart 2006, JAR 2006/84) en het arrest van het Hof Amsterdam (Hof Amsterdam 27 oktober 2009, CNV en FNV/Albert Heijn c.s, AR 2010-0175) wordt geoordeeld dat de wijze waarop aan werknemer tijdens het dienstverband een vergoeding voor vakantiedagen is uitbetaald, niet is aan te merken als het afstand doen van aanspraak op vakantie tegen schadevergoeding. Werknemer behield immers, nadat hem bij zijn reguliere salarisbetaling al een bedrag was betaald in verband met zijn vakantiedagen, het recht om vrijaf te nemen. Van rechtstreekse strijd met de artikelen 7:640 en 7:641 BW is geen sprake. Wel zou werknemer feitelijk belet kunnen worden om vakantiedagen op te nemen, hetgeen in strijd zou kunnen zijn met Richtlijn 2003/88/EG, en artikel 7:640 en 7:641 BW. Werkgever heeft echter onweersproken gesteld dat de onderhavige constructie slechts geldt voor

oproepkrachten die volgens de modelovereenkomst werkten. De manier waarop De Leidse Bocht de loonbetaling heeft verricht is, anders dan in de zaak Robinson/Steele, aldus dat op de loonstroken duidelijk zichtbaar werd welk deel van die betaling het reguliere loon betrof, welk deel vakantietoeslag en welk deel betaling voor vakantiedagen. Aan de door het HvJ gewenste transparantie is daarmee voldaan. Werknemer is ook daadwerkelijk in ieder geval eenmaal op vakantie gegaan. De recuperatiefunctie van vakantie is niet in gevaar gebracht. Ten slotte wordt meegewogen dat de wijze van uitbetaling van loon en vakantiedagen is geschied op een wijze zoals bepaald in de CAO Horeca, namelijk op basis van een bij die cao gevoegde modelovereenkomst. Daarmee verschilt de onderhavige kwestie niet alleen van die bij het Hof Amsterdam (AR 2010-0175, zie ook AR 2014-0015), waarbij Albert Heijn zich juist tegen de vakbonden keerde, maar is hier sprake van het resultaat van onderhandelingen tussen sociale partners. De gevorderde uitbetaling van niet-genoten vakantiedagen en vakantietoeslag wordt afgewezen.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 10-01-2014

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2014:67

Zaaknummer: 1406728 \ CV EXPL 13-1435

Rechters: G.C. Boot

Advocaten: H.S. Eisenberger en W.J. Floor

Wetsartikelen: 7:640 BW, 7:641 BW, 7:645 BW, 17 WML, Richtlijn 2003/88/EG en CAO Horeca

RECHTSPRAAK

VDK Taxivervoer B.V. h.o.d.n. Van Rhijn Taxivervoer/werknemer

Taxichauffeur begaat diverse forse snelheidsovertredingen, waarbij ook een keer het rijbewijs is ingevorderd. Ontbinding arbeidsovereenkomst zonder toekenning vergoeding

Werknemer is als taxichauffeur in dienst van VDK, een taxibedrijf. VDK verzoekt ontbinding van de arbeidsovereenkomst vanwege het onacceptabele rijgedrag van werknemer. Het ontbindingsverzoek is primair gegrond op een dringende reden. Werknemer heeft met een snelheid van 181 km/u gereden, waarna zijn rijbewijs is ingevorderd. Naar aanleiding van de invordering van het rijbewijs heeft VDK nader onderzoek ingesteld in de datacommunicatieapparatuur in de auto waarin werknemer reed. Daaruit is gebleken dat het niet om een eenmalig incident ging. Tijdens meer dan tien ritten in de periode augustus tot en met oktober 2013 zijn forse snelheidsovertredingen geconstateerd.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Het is aan VDK om aannemelijk te maken dat werknemer de door VDK gestelde snelheidsovertredingen heeft begaan. In deze procedure is niet onomstotelijk komen vast te staan in hoeverre de door VDK gebruikte software de mogelijkheid biedt ritgegevens achteraf aan te passen. Nu ook het rittenboekje niet in deze procedure is overgelegd, kan evenmin aan de hand daarvan worden vastgesteld of werknemer op de door VDK gestelde data heeft gereden. Voldoende aannemelijk is echter dat dit laatste wel het geval is. Met betrekking tot 4 oktober 2013 stelt werknemer dat hij zich niet kan herinneren of hij toen heeft gewerkt. Deze stelling is echter onvoldoende aannemelijk. Het betreft immers de nacht van 4 op 5 oktober 2013, dus de dag voorafgaand aan de nacht van 5 op 6 oktober 2013, de nacht waarin het rijbewijs van werknemer is ingevorderd. Zonder nadere uitleg, die niet gegeven is, is niet aannemelijk dat werknemer zich niet kan herinneren of hij de dag vóór de invordering van het rijbewijs wel of niet heeft gewerkt. Met betrekking tot de andere data heeft werknemer (eveneens) ten onrechte volstaan met een algemene ontkenning. Voorts wordt in aanmerking genomen dat er geen concrete aanwijzingen zijn dat VDK de schermuitdraaijen daadwerkelijk heeft gemanipuleerd. De kantonrechter gaat ervan uit dat werknemer in ieder geval de door VDK gestelde snelheidsovertredingen in de periode

26 september tot en met 4 oktober 2013 van 187, 180, 148, 176 en 162 km/u heeft begaan. Hierbij komt dan nog de erkende snelheidsovertreding van 181 km/u op 6 oktober 2013. Gelet op deze zeer forse snelheidsovertredingen mag niet langer van VDK worden verwacht dat zij de arbeidsovereenkomst met werknemer voortzet. De arbeidsovereenkomst wordt op grond van veranderingen in de omstandigheden ontbonden. Nu de reden van de ontbinding geheel in de risicosfeer van werknemer is gelegen, wordt geen vergoeding toegekend.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 09-01-2014

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2014:45

Zaaknummer: 2560552 UE VERZ 13-834 PK/4082

Rechters: P. Krepel

Advocaten: O.C.A. Millaard en R.G.J. Booij

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

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgever

Op grond van de in de CAO Bakkerbedrijf opgenomen afwijking van de ketenregeling is de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van rechtswege geëindigd. Richtlijnconforme uitleg artikel 7:668a BW staat aan afwijking van ketenregeling in cao niet in de weg. Werknemer niet-ontvankelijk in ontbindingsverzoek

Werknemer is op 1 september 2009 als leerling-bakker in dienst getreden van een bakkerij. In eerste instantie was een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd tot 1 oktober 2010 overeengekomen. Op 1 oktober 2010 is de arbeidsovereenkomst met een jaar verlengd en per 1 oktober 2011 is de arbeidsovereenkomst stilzwijgend voortgezet. In de arbeidsovereenkomst is de CAO Bakkersbedrijf van toepassing verklaard. In artikel 6.7 van de cao is voor leerlingen een afwijking van de ketenregeling opgenomen. De laatste arbeidsovereenkomst geldt voor onbepaalde tijd indien: arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd elkaar met tussenpozen van niet meer dan drie maanden hebben opgevolgd en een periode van 72 maanden, deze tussenpozen inbegrepen, hebben overschreden of meer dan zes voor bepaalde tijd aangegane arbeidsovereenkomsten elkaar hebben opgevolgd met tussenpozen van niet meer dan drie maanden. Werkgever heeft te kennen gegeven dat de arbeidsovereenkomst op 30 september 2013 van rechtswege eindigt. Werknemer verzoekt ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens een vertrouwensbreuk, onder toekenning van een vergoeding van € 8.000.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Het standpunt van werkgever, inhoudende dat de arbeidsovereenkomst al van rechtswege is geëindigd, wordt gevolgd. In de cao is rechtsgeldig afgeweken van de ketenregeling. Werknemer valt onmiskenbaar onder de afwijking in de cao. Ook indien de stelling van werknemer feitelijk juist is dat er geen sprake was van een leerelement bij het uitvoeren van de werkzaamheden en dat hij steeds ook werkzaamheden heeft verricht die niet pasten bij het niveau van de opleiding die hij volgde, maakt voormelde conclusie niet anders. De kantonrechter onderzoekt ambtshalve of een richtlijnconforme uitleg van artikel 7:668a (lid 5) BW aan toepasselijkheid van artikel 6.7 cao in de weg staat. Geoordeeld wordt dat dit niet het geval is. Aan punt 1 van clause 5 van de raamovereenkomst (geïmplementeerd in Richtlijn 1999/70/EG) is voldaan: de objectieve

reden die vernieuwing van overeenkomsten voor bepaalde tijd rechtvaardigt is vastgesteld, de maximale totale duur van de opeenvolgende arbeidsovereenkomsten is vastgesteld (72 maanden) en het aantal malen dat dergelijke overeenkomsten mogen worden vernieuwd is vastgesteld (zes maal). Werknemer wordt niet-ontvankelijk verklaard in zijn verzoek.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 09-01-2014

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2014:74

Zaaknummer: 2539221 UE VERZ 13-808 PK/4082

Rechters: P. Krepel

Advocaten: J.P.J. Franssen en G.J. van Egmond

Wetsartikelen: 7:668a BW, 7:685 BW, 6.7 CAO Bakkersbedrijf en Richtlijn 1999/70/EG

RECHTSPRAAK

Dita International B.V./werknemer

Werknemer dient na functiewijziging – vanwege disfunctioneren in functie van salesmanager – akkoord te gaan met salarisverlaging

Werknemer is in dienst van Dita. Tussen partijen is in geschil of een verandering van de functie van werknemer (per augustus 2013) ook redelijkerwijs met zich mag brengen dat zijn salaris, dat thans € 7.066,48 bruto per maand bedraagt, wordt verlaagd. Dita bepleit dat dit geoorloofd is. Partijen verzoeken de kantonrechter ex artikel 96 Rv een oordeel over het geschil te geven.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Werknemer heeft zich op het standpunt gesteld dat hij – in 2010 – weliswaar akkoord is gegaan met de functiebenaming salesmanager maar dat hij ten tijde van deze accordering niet wist althans onvoldoende beseft dat dit zou kunnen leiden tot een salarisverlaging. Het beroep op dwaling faalt. Niet valt in te zien dat beide partijen gedwaald hebben over de omstandigheid dat het aanvaarden van een bepaalde functie door de werknemer ook kan leiden tot een daadwerkelijke invulling van de onderdelen van die functie en het in de praktijk waarmaken daarvan. Voldoende is komen vast te staan dat werknemer onderdelen van de functie salesmanager niet goed heeft vervuld. De vraag of na een functiewijziging ook het salaris moet worden aangepast dient te worden beantwoord volgens een driedelige maatstaf, te weten, in de eerste plaats, of er aan de zijde van Dita gereede aanleiding is om een voorstel te doen tot wijziging, in casu van het salaris dat behoort bij de functie van een key account manager. Vervolgens, ten tweede, dient de vraag te worden beantwoord of het voorstel redelijk is, waarbij acht moet worden geslagen op een afweging van de belangen van beide partijen. En ten derde moet de vraag worden beantwoord of van de werknemer ten slotte kan worden gevergd dat zijn salaris wordt verlaagd. Geoordeeld wordt dat aan deze driedelige maatstaf is voldaan. De stelling dat een wijziging in het loon ook minder pensioenopbouw geeft is op zich juist, zij het dat de stelling dient te worden genuanceerd omdat in de meeste gevallen geen sprake meer is van een eindloonregeling maar van een middenloonregeling, en vormt derhalve geen reden om loonsverlaging niet door te laten gaan. Ook wordt meegewogen dat er een afbouwregeling van toepassing is en werknemer de mogelijkheid wordt geboden variabel loon te ontvangen, mits hij aan redelijke

targets voldoet. De door Dita voorgestelde salarisverlaging dient door werknemer te worden aanvaard.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 20-12-2013

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2013:7615

Zaaknummer: 2401503 UC VERZ 15614 4091

Rechters: J.J.M. De Laat

Advocaten: J.W. Stam en E.C.M. Rijken

Wetsartikelen: 3:35 BW, 6:228 BW, 7:611 BW en 96 Rv

RECHTSPRAAK

werknemer/de Nederlandse Provincie van de Congregatie van de Zusters Franciscanessen

Afwijzing vordering tot loondoorbetaling tijdens ziekte vanwege ontbreken deskundigenoordeel

Werknemer is in dienst van Alverna als medewerker afwaskeuken. Op 29 augustus 2011 heeft werknemer zich vanaf zijn vakantieadres ziek gemeld. Alverna heeft met ingang van 1 februari 2012 en vervolgens vanaf mei 2012 de salarisbetaling aan werknemer stopgezet. Alverna stelt dat werknemer ten onrechte niet meewerkt aan zijn re-integratie. De arbeidsovereenkomst is, na verkregen toestemming van het UWV, opgezegd per 1 maart 2013. Werknemer heeft een loonvordering ingesteld.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Het gaat in deze zaak om loondoorbetaling tijdens ziekte. Op grond van artikel 7:629a BW dient werknemer daarom een verklaring van de in dat artikel genoemde deskundige over te leggen. Werknemer heeft verzuimd de bedoelde verklaring over te leggen. Niet gesteld of gebleken is dat een van de uitzonderingen genoemd in artikel 7:629a lid 2 BW van toepassing is. Ter zitting nader gevraagd kon werknemer bovendien zijn stelling dat hem nooit passende werkzaamheden waren opgedragen niet met enig stuk onderbouwen. Volgt afwijzing van de vordering.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 19-12-2013

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2013:11887

Zaaknummer: 2157197 - CV EXPL 13-7574

Rechters: F.J.P. Veenhof

Advocaten: U.J. van der Veldt en R.J. Wiebosch

Wetsartikelen: 7:629 BW, 7:629a BW en 7:660a BW

RECHTSPRAAK

werknemer/CSU Personeel B.V.

Kantonrechter stelt Hoge Raad prejudiciële vragen over uitleg artikel 7:629 lid 3 BW: stopzetten van loondoorbetaling tijdens ziekte. Mag bij schending van re-integratieverplichtingen de loondoorbetaling door de werkgever volledig worden gestopt of slechts over de re-integratieve uren?

Werknemer is sedert 1 november 2006 in dienst bij CSU Personeel, laatstelijk voor (gemiddeld) 42 uur per week, in de functie van werknemer algemeen schoonmaakonderhoud. Op 9 juli 2009 heeft werknemer zich ziek gemeld. De bedrijfsarts heeft op 9 december 2009 geadviseerd dat werknemer per 14 december 2009 ingezet kan worden voor halve dagen in aangepaste taken en dat ten aanzien van verdere re-integratie een opbouwschema kan worden gehanteerd. Met ingang van 15 december 2009 tot het einde van het dienstverband op 23 augustus 2010 is de loondoorbetaling gestaakt. Een deskundige van het UWV heeft geoordeeld dat sprake is van belastbaarheid in de periode van 15 december 2009 tot 7 juli 2010 maar dat vanaf 7 juli 2010 tot 23 augustus 2010 sprake is van volledige arbeidsongeschiktheid. Werknemer heeft een loonvordering ingesteld over de perioden dat de loondoorbetaling is gestopt.

De kantonrechter oordeelt als volgt. De loonvordering over de periode 7 juli 2010 tot 23 augustus 2010 wordt – gelet op het deskundigenoordeel van het UWV waarin is geoordeeld dat werknemer in die periode volledig arbeidsongeschikt was – toegewezen. De vordering die betrekking heeft op de periode (15) december 2009 tot en met 6 juli 2010 gaat, naar ter comparitie is gebleken, eigenlijk alleen over de periode 15 december 2009 tot 28 januari 2010. In deze periode is met CSU Personeel afgesproken dat werknemer in drie stapjes zou re-integreren (per 14 december 2009 halve dagen aangepaste taken, per 4 januari 2010 uitbreiden naar zes uren waarbij geleidelijk ook weer zaken als stofzuigen en dweilen kunnen worden opgepakt en per 28 januari 2010 weer volledig hervatten). Werknemer bepleit doorbetaling van het loon voor het deel dat hij in de genoemde periode (nog volledig) arbeidsongeschikt was (staande naast het deel dat hij op grond van art. 7:629 lid 3 aanhef en onder c en/of d BW, kort gezegd, passende arbeid niet verricht of weigert aan redelijke voorschriften mee te

werken die gericht zijn op de verrichting van passende arbeid), terwijl CSU Personeel bepleit dat het volledige salaris (over de gehele betrokken loonbetalingsperiode waarin zich de situatie van c en d voordoet) mag worden stopgezet.

In de rechtspraak wordt hierover wisselend geoordeeld. De rechtseenheid is gediend met het stellen van prejudiciële vragen aan de Hoge Raad vanwege sterk tegenover elkaar staande oordelen. Tegenover elkaar staan Hof Amsterdam, 7 april 2005, JAR 2005/111, Ktr. Amersfoort 22 juli 2009, JAR 2009/237, Ktr. Utrecht, 16 december 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BK6962, Ktr. Amsterdam, 23 juni 2010, JAR 2010/236 en Ktr. Enschede, 25 september 2012, JAR 2012/281 enerzijds en anderzijds Ktr. Amsterdam, 3 oktober 2012, JAR 2012/280 m.n. C.S. Kehrer-Bot, Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 23 juli 2013, JAR 2013/228 en Hof Den Bosch van dezelfde datum (23 juli 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:3341). (Literatuur: een polemiekt tussen A. Birkhoff en A. Sweerts met D.J.B. De Wolff in Arbeidsrecht, 2006, nrs. 37, 58 en 59, B. Barentsen in JAR Verklaard 2 september 2006, p. 8 e.v.) Het komt de kantonrechter voor dat mede van belang kan zijn voor de door de Hoge Raad te nemen beslissing (en voor de door het parket te nemen conclusie) dat de opbouw van lid 3 van artikel 7:629 BW zodanig is dat er twee ‘regimes’ zijn, te weten a (met ‘indien’) en b tot en met f (met ‘voor de tijd gedurende welke’), zodat, wanneer het bepaalde onder bijvoorbeeld c en d een echte voorwaarde zou zijn geweest, ook bij de letters b tot en met f in de wetsredactie gewerkt zou kunnen zijn met gebruikmaking van het woordje ‘indien’. Lid 1 onder a zou met andere woorden ook ‘indien de werknemer door zijn toedoen zijn genezing belemmert’ et cetera hebben kunnen luiden, maar daar is kennelijk door de wetgever niet voor gekozen. Daar komt bij dat ‘voor de tijd gedurende welke’ in zoverre dubbelop is dat met zowel ‘tijd’ als ‘gedurende’ kennelijk expliciet gezegd is dat het gaat om een duur (en niet om een periode). Verder is het de vraag of alle vijf geschetste situaties (waarin de wetsbepaling de woorden ‘voor de tijd gedurende welke’ gebruikt) over één kam mogen worden geschoren, zoals Hof Arnhem-Leeuwarden doet. Denkbaar is een onderscheid tussen b, e en f enerzijds en c en d anderzijds en zelfs tussen c en d. Het komt de kantonrechter ook voor dat door de Hoge Raad beoordeeld zou moeten worden of artikel 7:629 lid 3 BW een verbijzondering (in de vorm van de zes onder a tot en met f aldaar uitgewerkte gevallen) is van artikel 7:627 en 628 BW, zodat de (on)waarde (in het tot nu toe gevoerde debat over de materie) beoordeeld kan worden van het argument dat de wetgever, indien de stopzetting van het loon uitsluitend op het deel zou zien dat de werknemer weigert arbeid te verrichten, zou hebben kunnen volstaan met een verwijzing naar artikel 7:627 BW. Volgt aanhouding van de zaak.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 18-12-2013

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2013:7614

Zaaknummer: 2063486 UC EXPL 13-7187 4091

Rechters: J.J.M. De Laat

Advocaten: M.J. Vaessen en R.M. Dessaur

Wetsartikelen: 7:629 lid 3 BW en 392 Rv

RECHTSPRAAK

RT/Raiffeisen Touristic Netherlands B.V./werknemer

Overtreding geheimhoudingsbeding. Boetebeding is niet nietig, omdat recht op volledige schadevergoeding (naast de boete) slechts bestaat voor zover de schade meer bedraagt dan het boetebedrag. Matiging boete

Vervolg tussenvonnis (zie AR 2013-0876). In het tussenvonnis heeft de kantonrechter geoordeeld dat werknemer het geheimhoudingsbeding heeft geschonden. Voorts is geoordeeld dat werknemer niet veroordeeld kan worden tot betaling van de in artikel 15.3 van de arbeidsvoorwaarden bedongen boete, nu het beding op grond van artikel 7:651 BW nietig is. Omdat de nietigheid van het boetebeding niet ter sprake is gekomen tijdens de comparitie zijn partijen in de gelegenheid gesteld zich hierover bij akte uit te laten. RT stelt zich bij akte op het standpunt dat er geen sprake is van nietigheid van het boetebeding, nu zij op grond van artikel 15.3 een keuze kan maken tussen het opeisen van de boete dan wel het vorderen van een schadevergoeding.

De kantonrechter is van oordeel dat artikel 15.3 van de arbeidsvoorwaarden toch niet, de kantonrechter komt terug op het eerder gegeven voorlopig oordeel, als nietig moet worden aangemerkt. In artikel 15.3 is weliswaar bepaald dat een werknemer bij overtreding van artikel 15 een boete is verschuldigd en dat ook recht bestaat op volledige schadevergoeding, maar dat recht op volledige schadevergoeding bestaat slechts voor zover die schade meer bedraagt dan het boetebedrag. Dit betekent dat bij niet-nakoming van artikel 15 naast een boete niet tevens recht bestaat op schadevergoeding, maar dat die boete moet worden gezien als een gefixeerde schadevergoeding die dus ongeacht de werkelijke schade verschuldigd is. Tevens kan de boete worden gezien als een prikkel tot nakoming van artikel 15. Geoordeeld wordt dat hooguit over de periode tot 20 juli 2012 de contractuele boete van € 454 per dag verschuldigd is. Op grond van artikel 7:650 lid 6 BW wordt de boete gematigd tot € 2.500. Daarbij wordt meegewogen dat uit de omstandigheid dat RT de boete enerzijds vordert over de periode tot 8 januari 2013 en anderzijds geen vordering instelt met betrekking tot het verwijderen van gegevens uit het klantbestand (mailadressen) van werknemer, moet worden afgeleid dat de boete voor RT met name een gefixeerde schadevergoeding is. RT is in deze procedure niet in staat gebleken

aannemelijk te maken dat zij enige schade heeft geleden. Tevens is van belang dat het salaris van werknemer slechts € 2.084 bruto per maand bedroeg zodat de gevorderde boete in geen enkele verhouding tot dat salaris staat (zie ook art. 7:650 lid 5 BW).

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 13-12-2013

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2013:5791

Zaaknummer: 861854 \ CV EXPL 13-793 \ 340 \ 157

Rechters: B.J. Engberts

Advocaten: I.N.E.M. van Dongen en R.J. Verweij

Wetsartikelen: 7:650 BW en 7:651 BW

RECHTSPRAAK

ondernemingsraad van Global Business Services/IBM Nederland

Koerswijziging IBM toch geen pensioenregeling aan te bieden aan nieuwe werknemers maakt besluit onredelijk. Pensioen geen ondergeschikt onderwerp van besluitvorming. Verbod uitvoering arbeidsvoorwaardenregeling

Vanaf januari 2013 heeft overleg plaatsgevonden tussen de ondernemingsraad van GBS en de bestuurder over een voorgenomen besluit genoemd 'Project Vilis'. Dit nieuw op te richten bedrijfsonderdeel, Domestic Delivery Centers (DDC), kent een ander arbeidsvoorwaardenpakket. Daarover is tijdens diverse overleggen gesproken. Nadat de OR positief advies heeft uitgebracht, bericht de bestuurder in mei 2013 dat – anders dan eerst was besproken – werknemers van het onderdeel DDC geen pensioenregeling zullen ontvangen. Op 2 juli 2013 heeft de ondernemingsraad IBM geschreven, zakelijk weergegeven, dat IBM verzuimd heeft om de ondernemingsraad te informeren en om advies te vragen over het niet nakomen van de afspraak om nieuwe medewerkers ouderdomspensioen, nabestaandenpensioen en invaliditeitspensioen aan te bieden, dat het positief advies (onder voorwaarden) mede is gebaseerd op deze afspraak en dat IBM de medezeggenschap heeft gepasseerd. Op 5 juli 2013 heeft IBM geantwoord, zakelijk weergegeven en voor zover relevant, dat de ondernemingsraad tijdens de adviesprocedure op hoofdlijnen is geïnformeerd over de voornemens van IBM met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden die zouden worden aangeboden, dat er geen afspraken en toezeggingen zijn gedaan en dat het arbeidsvoorwaardenniveau geen enkele rol meer heeft gespeeld in het adviestraject.

De Ondernemingskamer oordeelt als volgt. Het onderwerp pensioenen heeft (als onderdeel van arbeidsvoorwaarden) deel uitgemaakt van de adviesaanvraag en van de advisering met betrekking tot het Project Vilis. Dit leidt het hof af uit het feit dat pensioenen expliciet onderdeel vormden van een sheet die aan de OR is gepresenteerd en later onderdeel was van een Q&A-factsheet. Het voorgenomen besluit met betrekking tot de oprichting van een DDC voorziet derhalve in arbeidsvoorwaarden waarin aan medewerkers van DDC een voorziening

voor ouderdomspensioenen, nabestaandenpensioenen en invaliditeitspensioenen wordt aangeboden. Het aanvankelijk op 17 mei 2013 genomen besluit wijkt daarvan niet af. De Ondernemingskamer overweegt voorts het volgende. Vast is komen te staan dat binnen enkele weken nadat het bestreden besluit is genomen, door lokaal IBM GBS-management en HR is besloten de in het bestreden besluit opgenomen regeling over de pensioenen niet gestand te doen. Het gaat in deze zaak in essentie om de vraag of het IBM vrijstond om op het punt van de pensioenvoorziening af te wijken van het voorgenomen besluit dat aan de ondernemingsraad ter advisering was voorgelegd en van het dienovereenkomstige besluit van 17 mei 2013, zonder de ondernemingsraad opnieuw om advies te vragen. Bevestigende beantwoording van die vraag zou naar het oordeel van de Ondernemingskamer op onaanvaardbare wijze afbreuk doen aan het recht op medezeggenschap, nu niet kan worden aangenomen dat de pensioenvoorziening van een zo ondergeschikte betekenis is dat de ondernemingsraad bij zijn advisering daaraan geen gewicht zou hebben toegekend. Anders dan IBM naar voren heeft gebracht betreft het onderwerp pensioenen geen ondergeschikt punt dat slechts zijdelings aan de orde is geweest: naast een grote hoeveelheid van onderwerpen die in het kader van het adviestraject de revue zijn gepasseerd, heeft de ondernemingsraad met regelmaat vragen gesteld over het onderwerp arbeidsvoorwaarden, waaronder de vraag of er een pensioenvoorziening zou worden aangeboden. Dat de ondernemingsraad in de tekst van zijn conceptadvies en definitief advies niet rechtstreeks aan dit onderwerp heeft gerefereerd, maakt dit niet anders. De ondernemingsraad heeft in dit verband aannemelijk gemaakt dat met de beantwoording van vraag Vo66, dit punt naar tevredenheid, dan wel voldoende was afgehandeld en nadere opmerkingen daarover in de tekst van het (concept)advies, gelet op de hoeveelheid overige onderwerpen, niet behoeften te worden gemaakt. Dat IBM naar zij stelt ten tijde van het adviestraject evenmin op de hoogte was van die 'koerswijziging' en dat ook niet kon zijn, wat daarvan ook zij, is niet relevant. Het door IBM gevoerde verweer dat het advies van de ondernemingsraad niet anders zou hebben geluid als deze andere inzichten (en een daarop gebaseerde andere uitkomst, te weten geen pensioenvoorziening) onderdeel waren geweest van de advisering – waardoor, zo begrijpt de Ondernemingskamer, het belang van de ondernemingsraad bij zijn verzoek ontbreekt – wordt door de Ondernemingskamer verworpen. De ondernemingsraad heeft gemotiveerd gesteld dat hij anders zou hebben geadviseerd indien in de adviesaanvraag zou zijn vermeld dat geen pensioenvoorziening (in het bijzonder geen invaliditeits- en nabestaandenpensioenen) zou worden getroffen. Denkbaar was geweest dat de ondernemingsraad in zijn advies op dit punt een voorbehoud gemaakt of een nadere voorwaarde had opgenomen, dan wel in het voorafgaande adviestraject andere vragen had gesteld of met alternatieve voorstellen was gekomen. In ieder geval kan niet op voorhand worden aangenomen dat de ondernemingsraad hetzelfde advies zou hebben uitgebracht indien de adviesaanvraag zou hebben vermeld dat

geen pensioenvoorziening zal worden getroffen. De slotsom luidt dat IBM bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid heeft kunnen komen tot het besluit van 17 mei 2013, zoals nadien gewijzigd, met betrekking tot Project Vilis.

Met betrekking tot de verzochte voorzieningen overweegt de Ondernemingskamer het volgende. Nu aan de ondernemingsraad opnieuw advies had moeten worden gevraagd, zullen de gevraagde voorzieningen als hierna te melden worden toegewezen. Deze mogen niet verder strekken dan redelijk is, gelet op de wederzijdse belangen. Dit leidt ertoe dat de gevraagde voorzieningen slechts zullen worden toegewezen voor zover het besluit betrekking heeft op het onderdeel arbeidsvoorwaarden (waarmee het onderwerp pensioenen onlosmakelijk is verbonden) voor DDC-werknemers. Het verweer van IBM dat IBM Service Center een zusteronderneming is en dat IBM geen zeggenschap heeft over een verbod verdere handelingen te verrichten ter uitvoering van het besluit wordt door de Ondernemingskamer verworpen. IBM kan zich in redelijkheid niet beroepen op een gebrek aan zeggenschap met betrekking tot een verbod om uitvoering te geven aan arbeidsvoorwaarden, nu zij degene is die de DDC – met de daarbij horende zeggenschap over arbeidsvoorwaarden – ter uitvoering van dat besluit heeft opgericht. Voorts heeft de ondernemingsraad onvoldoende weersproken gesteld het DDC in de praktijk als een afdeling van IBM GBS functioneert, dat DDC uitsluitend werkt in opdracht van en voor IBM GBS en dat er een overlap bestaat tussen de leden van het managementteam en de board of directors van beide entiteiten.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 05-12-2013

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2013:4948

Zaaknummer: 200.130.057/01 OK

Wetsartikelen: 25 WOR

RECHTSPRAAK

**werknemer/Stichting voor Educatie en Beroepsonderwijs
Zadkine**

Ontslagvolgorde bij Zadkine niet in strijd met Ontslagbesluit nu in het sociaal plan ‘ongeveer’ is aangesloten bij de ontslagcriteria, hetgeen ruimte biedt voor nadere inkleuring. Ontslagvergoeding werknemer dient te worden terugbetaald aan werkgever

In het sociaal plan van Zadkine is het volgende bepaald over de gedwongen ontslagprocedure. De uitwerking van de gedwongen fase (hierna: de uitwerking) geeft het diensttijd criterium als uiteindelijk beslissende maatstaf voor de keuze van de voor ontslag in aanmerking komende werknemers. Als uit een heterogeen personeelsbestand de af te vloeien werknemers uitsluitend op basis van diensttijd of andere persoonlijke factoren worden gekozen zonder dat acht wordt geslagen op de functie die zij vervullen of de functies die zij zouden kunnen vervullen, is er uiteraard een grote kans dat het resterende personeelsbestand een onevenwichtige functieopbouw te zien zal geven. Om daarin te voorzien kan aan verschillende methoden gedacht worden: Men kan (ongeveer zoals gebeurt in art. 4:2 lid 1 Ontslagbesluit) in plaats van de selectiecriteria op het totale personeelsbestand toe te passen, dat eerst verdelen in meer homogene groepen van onderling uitwisselbare functies en dan het keuzecriterium op die afzonderlijke groepen toepassen. Men kan ook (ongeveer zoals gebeurt in artikel 4:2 lid 4 Ontslagbesluit), als de persoonlijke criteria leiden tot afvloeiing van een werknemer wiens functie niet gemist kan worden en ook niet kan worden vervuld uit het resterende personeelsbestand, die werknemer wegens zijn persoonlijke onmisbaarheid voor ontslagkeuze overslaan. In de onderhavige zaak staat de vraag centraal of Zadkine – zoals zij heeft gedaan – de categorie VAVO-docenten als geheel heeft mogen nemen zonder nadere onderverdeling per sectie (uitwisselbaarheid). De kantonrechter heeft geoordeeld dat het afspiegelingsbeginsel verkeerd is toegepast en het ontslag als zodanig kennelijk onredelijk geoordeeld.

Het hof oordeelt als volgt. Met het uitgangspunt van de kantonrechter (en dus ook met de daarop gebaseerde redenering) kan het hof zich niet verenigen. Zij zouden juist zijn geweest

als het Ontslagbesluit toepasselijk was geweest want volgens artikel 4:2 lid 1 Ontslagbesluit dienen de criteria van leeftijd en diensttijd uitsluitend tussen uitwisselbare functies te worden toegepast. Op het onderhavige ontslag is het Ontslagbesluit echter niet toepasselijk; het heeft slechts gediend om er de criteria van leeftijd en diensttijd aan te ontleen, die echter niet geheel op dezelfde wijze toegepast worden als in het Ontslagbesluit voorzien. Daarom wordt bij de vergelijking tussen de in de uitwerking voorziene methoden en die van het Ontslagbesluit ook het woord 'ongeveer' gebruikt. Het hof acht voorts door de door Zadkine overgelegde stukken en door het feit dat ook de centrales van overheids- en onderwijspersoneel de noodzaak van de reorganisatie aanvaard hebben, genoegzaam aannemelijk gemaakt dat Zadkine een dringend belang had bij de reorganisatie, die overigens niet een reorganisatie was van het onderdeel VAVO, maar van het gehele opleidingscentrum Educatie waarvan VAVO slechts een relatief bescheiden deel uitmaakte. De slotsom is dat het ontslag niet kennelijk onredelijk geoordeeld kan worden en werknemer de in eerste aanleg toegewezen € 40.000 dient terug te betalen.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 07-05-2013

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2013:4994

Zaaknummer: 200.073.337/01

Rechters: E.J. van Sandick, D. den Hertog en R.F. Groos

Advocaten: A. Bosveld en J.D. de Rooij

Wetsartikelen: 4:2 lid 1 Ontslagbesluit