

Nieuwsbrief AR Updates - Nummer 33, 2014

Nummer 33, 2014

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

INHOUDSOPGAVE

Hof

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2014:2769](#) 12-08-2014

Stichting Pensioenfonds Metaal & Techniek c.s./Project Sourcing

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2014:2768](#) 12-08-2014

werknemster/ISS Nederland B.V.

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2014:2767](#) 12-08-2014

werknemer/Stichting Vivantes Zorggroep

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2014:3164](#) 05-08-2014

EF International Language Schools/werknemer

Rechtbank

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2014:5188](#) 11-08-2014

Nederlands Dagblad B.V./werknemer

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2014:7731](#) 08-08-2014

werknemer/G4S Aviation Security B.V.

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2014:3205](#) 28-07-2014

Buckaroo B.V./werknemer

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2014:3071](#) 23-07-2014

werknemer/Bureau Veritas Inspection & Certification The Netherlands B.V.

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2014:3177](#) 23-07-2014

FNV Bondgenoten/NS Reizigers

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2014:2961](#) 22-07-2014

werkgeefster/werkneemster

[Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2014:3938](#) 11-07-2014

werknemer/Stichting Kwadrantgroep

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2014:7729](#) 01-07-2014

X Bouwtechniek Haarlem B.V./werknemer

Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2014:6292 29-04-2014

werknemer/Oranjebuild B.V.

Uitspraken zonder ECLI

Rechtbank Zeeland-West-Brabant 13-08-2014

Aafje Thuiszorg Huizen Zorghotels/werkneemster

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Rechtbank Noord-Holland 27-06-2014

werknemer/werkgever

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Annotatie

Daar gaan we weer: wel of geen toestemming vereist voor de opzegging van een internationale arbeidsovereenkomst?

mr. dr. J.H. Even

ANNOTATIE

Daar gaan we weer: wel of geen toestemming vereist voor de opzegging van een internationale arbeidsovereenkomst?

mr. dr. J.H. Even

1. Inleiding

Artikel 6 en 9 BBA worden, in elk geval binnen het arbeidsrecht, beschouwd als de belangrijkste voorbeelden van zogenoemde voorrangsregels. Zij zijn van toepassing op de internationale arbeidsovereenkomst als de bij deze artikelen behorende impliciete reikwijdteregel (*scope rule*) daartoe aanleiding geeft, ongeacht het recht dat deze arbeidsovereenkomst beheerst. De artikelen zijn daarentegen niet van toepassing op internationale arbeidsovereenkomsten waarop Nederlands recht van toepassing is, als diezelfde reikwijdteregel aangeeft dat het BBA toepassing mist. Deze situatie bestaat al lang zo. Enkele jaren terug was er (opnieuw) discussie of artikel 6 en 9 BBA nog steeds moeten worden beschouwd als voorrangsregels. De Hoge Raad heeft dit bevestigd. Gelijktijdig heeft de Hoge Raad aanpassingen aangebracht in de reikwijdteregel. Nadien is het niet geheel duidelijk wanneer het BBA nu wel en wanneer het nu niet van toepassing is op internationale gevallen. Een aardig voorbeeld van een zaak waarbij moest worden bepaald of het BBA van toepassing was, is de onderhavige. Het Gerechtshof Amsterdam heeft goed onderbouwd, maar met een op plekken opmerkelijke constructie, weergegeven waarom het BBA toepassing miste. Een voor de toekomst relevante vraag is, of met de schrapping van het BBA bij introductie van de Wet werk en zekerheid (WWZ), de preventieve ontslagtoets (van het UWV) nog steeds heeft te gelden als voorrangsregel. Ook op die vraag zal in het onderstaande worden ingegaan.

2. Feiten en oordeel

Levy is een Engels bedrijf met hoofdkantoor in Engeland en een vestiging in Amsterdam. Werknemer is een hoogopgeleide Ier. Hij was vanaf maart 2007 in dienst bij Levy, op basis van een overeenkomst voor de duur van een jaar, die nadien diverse malen was verlengd uiteindelijk tot en met juli 2010. Werknemer verrichtte werkzaamheden ten behoeve van een project bij RBS te Amsterdam. Voordat hij bij Levy kwam werken, woonde en werkte hij in

Engeland, waarna hij een aantal maanden in Zwitserland heeft gewoond en gewerkt. In de arbeidsovereenkomst was gekozen voor de toepasselijkheid van Engels recht. In juni 2010 liet RBS Levy weten de inlening van werknemer te staken. Levy deelde de werknemer bij brief van 5 augustus 2010 mee dat zijn arbeidsovereenkomst met ingang van 30 juli 2010 van rechtswege zou eindigen. Werknemer riep de vernietigbaarheid van dit ontslag in en vorderde loondoorbetaling. De kantonrechter wees die vorderingen af. Hij oordeelde dat er weliswaar sprake was van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, maar dat voor opzegging daarvan geen toestemming van UWV (op grond van art. 6 BBA) was vereist gezien de te geringe mate van betrokkenheid van de sociaaleconomische verhoudingen in Nederland bij de arbeidsovereenkomst. Werknemer ging hiervan in appel. Hij voerde aan dat, voor het antwoord op de vraag of het BBA van toepassing was, het belang van werknemers bij de bescherming tegen ongerechtvaardigd ontslag de nadruk verdiende. De belangen van de Nederlandse arbeidsmarkt waren in het geding nu de situatie van werknemer zich niet (voldoende) onderscheidde van die van andere werknemers die werkzaam waren in Nederland. Hij deed zijn werk in Nederland, bij Nederlandse bedrijven, Levy hield kantoor in Nederland en werknemer was tijdens zijn werk en daarna in Nederland woonachtig. Na zijn ontslag had hij veelvuldig gesolliciteerd in Nederland. De kantonrechter legde volgens werknemer te veel nadruk op het 'terugvalcriterium'.

Het hof oordeelde dat het van de mate van betrokkenheid van de sociaaleconomische verhoudingen in Nederland en in het bijzonder de belangen van de Nederlandse arbeidsmarkt bij de arbeidsovereenkomst en het ontslag afhing of het BBA van toepassing was. Het BBA strekte ter bescherming van de sociaaleconomische verhoudingen in Nederland, waarbij met name het in artikel 6 BBA gestelde vereiste zowel in het belang van de betrokken werknemers als van de Nederlandse arbeidsmarkt sociaal ongerechtvaardigd ontslag beoogde te voorkomen. Sinds de wijziging van artikel 6 BBA bij introductie van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid was de bescherming van de werknemer tegen sociaal ongerechtvaardigd ontslag als strekking van artikel 6 BBA nog meer op de voorgrond komen te staan door het vervallen van de vergunningsplicht voor ontslagneming door de werknemer. Bij de totstandkoming van deze wijziging had de regering opgemerkt dat zij de preventieve ontslagtoets wilde handhaven en dat deze belangrijke functies vervulde, niet alleen als algemene, onafhankelijke toets op onredelijk ontslag maar ook als overheidsinstrument om zwakke groepen op de arbeidsmarkt tegen sociaal ongerechtvaardigd ontslag te beschermen, terwijl de ontslagtoets tevens een belangrijk overheidsinstrument vormde om oneigenlijke instroom in de sociale zekerheid tegen te gaan.

In het onderhavige geval was volgens het hof in het bijzonder van belang dat tussen partijen was overeengekomen dat op de arbeidsovereenkomst Engels recht van toepassing was. Dit

zou meebrengen dat, als het BBA zou worden toegepast, dit een doorkruising van Engels recht betekende die rechtvaardiging behoefde. Die rechtvaardiging kon volgens het hof slechts daarin worden gevonden dat de sociaaleconomische verhoudingen in Nederland in zodanige mate bij het gegeven geval waren betrokken dat de belangen die het BBA beoogde te beschermen, zwaarder moesten wegen dan het belang dat het op de arbeidsovereenkomst toepasselijke vreemde recht zo volledig mogelijk tot gelding zou komen. Daarbij kwam dan betekenis toe aan de omstandigheid of de werknemer tot een zwakke groep op de arbeidsmarkt behoorde die tegen sociaal ongerechtvaardigd ontslag diende te worden beschermd, aldus het hof.

Er diende te worden beoordeeld wat ten tijde van de ontslagaanzegging naar objectieve maatstaven viel te verwachten, waarbij mede gedragingen van werknemer die dateren van na het ontslag van belang konden zijn. In dit verband overwoog het hof als volgt:

a. Werknemer is een Ierse professional met veel vaardigheden. Hij woonde voor het aangaan van de arbeidsovereenkomst nimmer in Nederland. Hij studeerde in Engeland en had daar voornamelijk gewerkt. Hij werkte ook kort in Zwitserland.

b. Levy is een Engels bedrijf. Op de arbeidsovereenkomst was Engels recht van toepassing. Werknemer was in het kader van een voor RBS uit te voeren project uitgezonden naar Amsterdam en woonde daar sindsdien in een huurwoning. Hij verdiende een hoog salaris en had hier vrienden gemaakt. Hij was na zijn ontslag gaan reizen. Hij bleef in Amsterdam wonen en had diverse malen gesolliciteerd, hetgeen leidde tot een dienstbetrekking per 1 mei 2012 bij een bedrijf in Amstelveen.

c. De arbeidsovereenkomst was uitdrukkelijk aangegaan in verband met het project van Levy bij RBS en was daaraan gekoppeld. De arbeidsovereenkomst had de strekking dat werknemer slechts een gelimiteerde tijd in Nederland werkzaam zou zijn. De overeenkomst beoogde niet een meer of minder duurzame sociaaleconomische binding van werknemer met Nederland te doen ontstaan. Dit werd onderstreept door het feit dat werknemer deelnam aan een Engelse pensioenregeling.

d. Werknemer sprak, las noch schreef Nederlands.

Dit alles in samenhang beschouwd duidde volgens het hof op een arbeidsovereenkomst die een geringe band had met Nederland en de Nederlandse arbeidsmarkt, op een werknemer die niet tot een zwakke groep op de arbeidsmarkt behoorde, en die weliswaar door zijn verblijf hier enige band met Nederland had gekregen maar niet zodanig dat gezegd kon worden dat hij hier ten tijde van zijn ontslag (sociaaleconomisch) geworteld was geraakt of dat zijn situatie zich niet voldoende onderscheidde van die van andere werknemers die werkzaam waren in

Nederland. Dat bracht mee dat tussen het ontslag en Nederland en de Nederlandse arbeidsmarkt ook een dermate geringe band bestond dat ten tijde van het einde van de arbeidsovereenkomst niet zonder meer te verwachten viel dat werknemer op de Nederlandse arbeidsmarkt zou terugvallen. Dit alles bracht mee dat het BBA niet van toepassing was en geen toestemming van het UWV nodig was om de arbeidsovereenkomst te kunnen beëindigen. Van vernietigbaarheid van de opzegging was geen sprake.

3. Juridisch kader

De Nederlandse rechter zal het recht dat van toepassing is op een internationale arbeidsovereenkomst aangegaan op of ná 17 december 2009 vaststellen aan de hand van Verordening 593/2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I). Rome I stelt, als bekend, de vrijheid van partijen tot het kiezen van het recht dat de (arbeids)overeenkomst beheerst voorop. Als geen toepasselijk recht is gekozen, dient het objectief toepasselijke recht aan de hand van artikel 8 Rome I te worden bepaald: de overeenkomst wordt beheerst door het recht van het land waar of van waaruit de werknemer gewoonlijk werkt; kan dat werkland niet worden vastgesteld, dan is het recht van het land waar zich de vestiging bevindt die de werknemer in dienst heeft genomen van toepassing; welke beide regels toepassing missen als uit het geheel der omstandigheden blijkt dat de overeenkomst een kennelijk nauwere band heeft met een ander dan de hiervoor bedoelde landen, in welk geval het recht van dat andere land van toepassing is.

Er zijn uitzonderingen op de vrijheid zelf het recht te kiezen dat exclusief van toepassing is op de arbeidsovereenkomst. De belangrijkste is opgenomen in artikel 8 lid 1 Rome I en dient ter bescherming van de zwakker geachte werknemer: de arbeidsovereenkomst wordt weliswaar beheerst door het gekozen recht, maar die keuze mag er niet toe leiden dat de werknemer de bescherming verliest die hij geniet op grond van bepalingen waarvan niet bij overeenkomst kan worden afgeweken van het recht dat bij gebreke van een rechtskeuze op de arbeidsovereenkomst van toepassing zou zijn. De rechtskeuze kan er dus niet toe leiden dat de werknemer bescherming verliest die hem wordt verstrekt door dwingende bepalingen van het objectief toepasselijke recht. Een andere uitzondering is opgenomen in artikel 9 Rome I en ziet op 'bepalingen van bijzonder dwingend recht', ook wel voorrangsregels genoemd. Dat zijn volgens lid 1 bepalingen 'aan de inachtneming waarvan een land zoveel belang hecht voor de handhaving van zijn openbare belangen zoals zijn politieke, sociale of economische organisatie, dat zij moet worden toegepast op elk geval dat onder de werkingssfeer ervan valt, ongeacht welk recht overeenkomstig deze verordening overigens van toepassing is op de overeenkomst'. De behandelende rechter kan bepalingen van bijzonder dwingend recht van zijn land toepassen. Hij kan dat echter alleen als het te behandelen geval valt onder de werkingssfeer van die voorrangsregels ('op elk geval dat onder de werkingssfeer ervan valt').

Dat betekent dat de voorrangsregel geacht wordt een reikwijdteregel te hebben: pas als een geval binnen die reikwijdteregel valt, kan de voorrangsregel worden toegepast.

Dwingend recht (als bedoeld in art. 8 Rome I) en bijzonder dwingend recht (als bedoeld in art. 9) moeten niet met elkaar worden verward. Duidelijk daarover is paragraaf 37 van de considerans Rome I: 'Overwegingen van algemeen belang rechtvaardigen dat de rechters van de lidstaten zich in uitzonderlijke omstandigheden kunnen beroepen op (...) bepalingen van bijzonder dwingend recht. Het begrip "bepalingen van bijzonder dwingend recht" moet worden onderscheiden van de uitdrukking "bepalingen waarvan niet bij overeenkomst kan worden afgeweken", en dient met meer terughouding te worden gebezigd.' In de Nederlandse literatuur wordt wel bepleit dat 'dwingende bepalingen' in de arbeidsovereenkomst met name beogen de zwakker geachte individuele werknemer te beschermen ten opzichte van de sterker geachte werkgever: de private verhouding tussen werkgever en werknemer wordt hiermee beïnvloed. De regels van 'bijzonder dwingend recht' dienen daarentegen publieke belangen: niet slechts de individuele werknemer wordt beschermd, maar een grotere groep of een groter goed wordt (eveneens) beschermd. Zie hierover bijvoorbeeld J.H. Even en E. van Kampen, 'De arbeidsovereenkomst in internationaal privaatrechtelijk perspectief', *ArA* 2004/1, p. 46-48.

Artikel 6 en 9 BBA als voorrangsregels

Op basis van artikel 9 Rome I mag de Nederlandse rechter voorrangsregels toepassen op de internationale arbeidsovereenkomst, ongeacht het recht dat deze arbeidsovereenkomst beheerst. Een belangrijk voorbeeld van zo'n voorrangsregel is artikel 6 jo. 9 BBA. Vroeger was het BBA een duidelijke voorrangsregel. Het BBA droeg zonder meer een belangrijk publiek, sociaaleconomisch element in zich. A-G Eggens omschreef het karakter en strekking van het BBA destijds als volgt (HR 5 juni 1953, *NJ* 1953/613 (Melchers/Nationale Handelsbank)): 'En met de aanduiding van dit karakter en van deze strekking meen ik – in het onderhavige verband – te mogen volstaan met deze aan te geven als: dienende ter bescherming van de Nederlandse – primair openbare en secundair private – sociaal-economische belangen met betrekking tot de – Nederlandse – arbeidsmarkt in de door de oorlog veroorzaakte buitengewone omstandigheden.'

De bescherming van kort gezegd de Nederlandse arbeidsmarkt kon dus als rechtvaardiging worden opgeworpen om in te breken op het toepasselijke recht: een arbeidsovereenkomst die anderszins onderhevig was aan vreemd recht kon hierdoor ten aanzien van de noodzaak voor een ontslagvergunning toch aan Nederlands recht zijn onderworpen. Hoe verder we in tijd wegbewogen van de Tweede Wereldoorlog, hoe meer de vraag rees of het BBA nog werkelijk de Nederlandse arbeidsmarkt beschermde. Zie hierover C.J.J. van Maanen, 'Het BBA en het internationaal privaatrecht', *WPNR* 1981, nr. 5584 en 5585, die meende dat artikel 6 en 9 BBA

niet meer als voorrangsregel zouden moeten worden beschouwd. De Hoge Raad bleek niet onder de indruk van het fraaie betoog van Van Maanen en oordeelde enkele jaren daarna (HR 23 oktober 1987, *NJ* 1988/842 (Sorensen/Aramco)): ‘naar moet worden aangenomen, strekt immers het BBA nog steeds ter bescherming van de sociaal-economische verhoudingen in Nederland, waarbij met name het in art. 6 van dat besluit gestelde vereiste zowel in het belang van de betrokken werknemers als van de Nederlandse arbeidsmarkt sociaal ongerechtvaardigd ontslag beoogt te voorkomen.’ Het BBA is volgens de Hoge Raad van toepassing als de Nederlandse arbeidsmarktbelangen bij het ontslag zijn betrokken. Dat was dus de reikwijdteregel van het BBA. De tegenhanger daarvan was dat het BBA toepassing miste als de Nederlandse arbeidsmarktbelangen niet bij het ontslag zijn betrokken, zelfs in het geval dat in de arbeidsovereenkomst voor de toepasselijkheid van Nederlands recht was gekozen (HR 5 juni 1953, *NJ* 1953/613 (Melchers/Nationale Handelsbank)). Dit verschijnsel heet *self-limitation* of *auto-limitation*. Zie hierover A.A.H. van Hoek, ‘De werkingssfeer van het BBA na het NUON-arrest van de Hoge Raad’, *TRA* 2013/2, p. 6.

In de jurisprudentie werd – geïnspireerd door de arresten in PRC/Kampman (HR 7 september 1984, *NJ* 1985/104) en de al genoemde Sorensen/Aramco – voor het antwoord op de vraag of de Nederlandse arbeidsmarkt bij het ontslag was betrokken, vaak gekeken naar de terugvalpositie van de werknemer: zou deze werknemer na zijn ontslag terugvallen op de Nederlandse arbeidsmarkt? Verder bleef in de literatuur en later ook in de jurisprudentie de vraag aan de orde of het BBA nog wel echt van bijzonder dwingend recht was: diende het BBA nog werkelijk ter bescherming van de Nederlandse arbeidsmarkt? Deze vraag bleef mede opkomen doordat de Hoge Raad in Sorensen/Aramco enigszins weifelend had geoordeeld dat artikel 6 BBA ‘nog steeds’ een voorrangsregel was, hetgeen op annotator Schultz in zijn noot in de *NJ* overkwam als ‘wij weten het eigenlijk ook niet’.

Nuon/Olbrych: artikel 6 en 9 BBA zijn nog steeds voorrangsregels

De Hoge Raad bood uitkomst in het arrest Nuon/Olbrych (24 februari 2012, *JAR* 2012/93): of artikel 6 en 9 BBA in een internationaal geval van toepassing waren, hing af van de mate van betrokkenheid van de sociaaleconomische verhoudingen in Nederland en in het bijzonder de belangen van de Nederlandse arbeidsmarkt bij de arbeidsovereenkomst en het ontslag. Het BBA strekte volgens de Hoge Raad nog steeds ter bescherming van de sociaaleconomische verhoudingen in Nederland. Artikel 6 diende zowel het belang van de betrokken werknemers als dat van de Nederlandse arbeidsmarkt om sociaal ongerechtvaardigd ontslag te voorkomen. De bescherming van de werknemer tegen sociaal ongerechtvaardigd ontslag was sinds de introductie van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid meer op de voorgrond komen te staan. Van belang was voorts dat de regering in dat verband memoreerde dat de ontslagtoets belangrijke functies vervulde, niet alleen als onafhankelijke toets op onredelijk ontslag, maar ook als

overheidsinstrument om zwakke groepen op de arbeidsmarkt, zoals (gedeeltelijk) arbeidsongeschikten en ouderen, tegen sociaal ongerechtvaardigd ontslag te beschermen. De ontslagtoets vormde tevens een belangrijk overheidsinstrument om oneigenlijke instroom in de sociale zekerheid tegen te gaan. Dat wettigde volgens de Hoge Raad de gevolgtrekking dat het belang van de Nederlandse arbeidsmarkt bij het voorkomen van sociaal ongerechtvaardigd ontslag voor een groot deel samenviel met het belang van de werknemers bij het voorkomen van een zodanig ontslag. Artikel 6 BBA was, zo blijkt hieruit, dus nog steeds een voorrangsregel en bedoeld (1) ter bescherming van de werknemer tegen ongerechtvaardigd ontslag, (2) als overheidsinstrument om zwakke groepen op de arbeidsmarkt te beschermen en (3) ter regulering van de instroom in de WW.

Het oordeel van het Hof Amsterdam (in de zaak Nuon/Olbrych) dat moest worden aangenomen dat het doel van het BBA om een aan de werknemer toekomende vorm van bescherming tegen (sociaal) ongerechtvaardigd ontslag te bieden de nadruk verdiende, was volgens de Hoge Raad juist. In deze zaak had het Hof Amsterdam volgens de Hoge Raad bovendien terecht geoordeeld dat artikel 6 BBA van toepassing was. Het ging hier om (1) een werknemer die op grond van een arbeidsovereenkomst naar Nederlands recht (2) werkzaam was in Amsterdam, zonder vooruitzicht op een structurele tewerkstelling in het buitenland voor (3) een Nederlandse werkgever. Olbrych onderscheidde zich voorts (4) onvoldoende van andere werknemers werkzaam in Nederland, die wel de BBA-bescherming konden invoeren. Daarmee waren de Nederlandse sociaaleconomische verhoudingen in zodanige mate betrokken bij de arbeidsovereenkomst en het ontslag dat toepasselijkheid van het BBA gerechtvaardigd was. Aan dat alles deed niet af de door Nuon gestelde omstandigheden dat zij ervan mocht uitgaan dat Olbrych na de opzegging van de arbeidsovereenkomst niet in Nederland zou blijven maar zou terugkeren naar de Verenigde Staten en dus niet zou 'terugvallen op de Nederlandse arbeidsmarkt' en dat hij werkzaam was op een afdeling met een duidelijk internationaal karakter. Zie hierover uitgebreid W.L. Roozendaal, 'Het BBA dient publiek doel en geldt nog immer als voorrangsregel', AR 2012-0169.

Keupink/Haskoning: het BBA heeft nog steeds een self-limiting effect

Dat het BBA – nog altijd – een *self-limiting* effect heeft staat eveneens vast (HR 12 juli 2013, JAR 2013/198 (Keupink/Haskoning)). Keupink was op 1 april 1989 in dienst getreden bij Haskoning op grond van een arbeidsovereenkomst naar Nederlands recht. Vanaf 1996 was hij uitgezonden naar Roemenië. Begin 2008 deelde Haskoning Keupink mee dat zijn werkzaamheden in Roemenië zouden worden beëindigd. Uiteindelijk had Haskoning de arbeidsovereenkomst zonder ontslagvergunning opgezegd. Volgens het Hof Arnhem hield de toepasselijkheid van Nederlands recht op een internationale arbeidsovereenkomst geen automatische toepasselijkheid van artikel 6 BBA in. Van belang was dat (1) Keupink sinds

1996 was uitgezonden naar Roemenië en daar werkzaam en woonachtig was, (2) Nederlands recht van toepassing was verklaard op de arbeidsovereenkomst, (3) Haskoning de uitzending wenste te beëindigen maar Keupink op dat moment nog geen (concreet) vooruitzicht kon bieden op een specifieke positie in Nederland, (4) in de periode tussen de mededeling dat de werkzaamheden in Roemenië zouden worden beëindigd en het moment dat de arbeidsovereenkomst was opgezegd, Keupink zelf de optie had opengehouden om een andere baan in Roemenië dan wel een baan in Nederland te accepteren, (5) Keupink had getracht in Roemenië een baan te vinden bij een internationaal bedrijf, (6) in de opzeggingsbrief Haskoning zich bereid had verklaard de opzegging in te trekken als Keupink alsnog ervoor koos zijn carrière voor Haskoning in Nederland voort te zetten, (7) Keupink in Roemenië was blijven wonen en hij daar nog steeds woonde en (8) het Nederlandse socialezekerheidsstelsel op Keupink van toepassing was gebleven. Toepassing van het BBA hing volgens het hof af van betrokkenheid van de sociaaleconomische verhoudingen in Nederland en de Nederlandse arbeidsmarkt bij het ontslag van Keupink. Uitgangspunt was dat artikel 6 BBA erop is gericht sociaal onrechtvaardig ontslag te voorkomen. Keupink wenste niet naar Nederland terug te keren. Hieruit volgde dat het belang van de Nederlandse arbeidsmarkt bij de opzegging niet was betrokken. Het hof zag niet eraan voorbij dat bij toepassing van artikel 6 BBA het belang van de arbeidsmarkt gerelativeerd diende te worden en dat het doel om werknemers te beschermen tegen ongerechtvaardigd ontslag een sterkere functie had. Gelet op zijn voornemen in Roemenië te blijven wonen en werken, en het feit dat Keupink daar was blijven wonen, onderscheidde de situatie van hem zich van die van werknemers die werkzaam waren in Nederland. Het viel volgens het hof niet in te zien dat de sociaaleconomische verhoudingen in Nederland mee zouden brengen dat hij dezelfde bescherming tegen ongerechtvaardigd ontslag krachtens het BBA zou krijgen als in Nederland werkzame werknemers. Kortom: voor de opzegging was volgens het hof geen ontslagvergunning vereist, zodat de arbeidsovereenkomst rechtsgeldig was geëindigd. De Hoge Raad deed het cassatieberoep af onder verwijzing naar artikel 81 Wet RO.

Conclusie

Het voorgaande brengt het volgende met zich. Artikel 6 BBA is nog steeds een voorrangsregel. De maatstaf voor toepassing ervan is nog altijd gelegen in de betrokkenheid van de sociaaleconomische verhouding in Nederland en in het bijzonder de belangen van de Nederlandse arbeidsmarkt bij de arbeidsovereenkomst en het ontslag. Bij de uitwerking hiervan is het terugvalcriterium niet doorslaggevend. Een nadruk is gelegd op de bescherming van de werknemer tegen (sociaal) ongerechtvaardigd ontslag. Ook kan worden gekeken naar de positie van de betrokken werknemer: onderscheidt die zich van de positie van andere werknemers werkzaam in Nederland (onderscheidscriterium)? Als er een voldoende

betrokkenheid van de Nederlandse arbeidsmarktbelangen is, is artikel 6 BBA van toepassing, ook al wordt de arbeidsovereenkomst beheerst door vreemd recht. Als die belangen onvoldoende zijn betrokken, dan is het BBA niet van toepassing, ook niet als Nederlands recht voor het overige van toepassing is.

4. Analyse

Het door het Hof Amsterdam neergelegde juridische kader voor het al of niet toepassen van het BBA in de onderhavige zaak sluit naadloos aan bij dat van de Hoge Raad inzake Nuon/Olbrych. Dat is dus weinig verrassend. De invulling van de reikwijdteregel is interessanter. Het hof stelde vast dat het inbreken op het toepasselijke Engelse recht rechtvaardiging behoefde. Het oordeelde vervolgens dat het BBA niet van toepassing was vanwege (1) de geringe band die de arbeidsovereenkomst had met Nederland en de Nederlandse arbeidsmarkt, (2) de omstandigheid dat werknemer niet tot een zwakke groep op de arbeidsmarkt behoorde, terwijl (3) de werknemer weliswaar door zijn verblijf hier enige band met Nederland heeft gekregen maar niet zodanig dat gezegd kon worden dat hij hier ten tijde van zijn ontslag (sociaaleconomisch) geworteld was geraakt of (4) dat zijn situatie zich niet voldoende onderscheidde van die van andere werknemers die werkzaam waren in Nederland. Dat bracht volgens het hof (5) mee dat tussen het ontslag en Nederland en de Nederlandse arbeidsmarkt ook een dermate geringe band bestond dat ten tijde van het einde van de arbeidsovereenkomst niet zonder meer te verwachten viel dat werknemer op de Nederlandse arbeidsmarkt zou terugvallen.

De opmaat voorafgaande aan de toetsing of artikel 6 BBA van toepassing is – er wordt ingebroken op het toepasselijke Engelse recht dus er moet een voldoende rechtvaardiging daarvoor zijn, zie alinea 3.12 van het betrokken arrest – verbaast. Niet omdat die gedachtegang onjuist zou zijn – deze is juist en is vrijwel een kopie van overweging 3.2.2 van de Hoge Raad in het arrest Sorensen/Aramco – maar omdat hetzelfde hof ‘gewoon’ Nederlands dwingend recht op de arbeidsovereenkomst toepaste. Er werd in het arrest namelijk getoetst aan diverse (materiële) bepalingen van het Nederlandse BW (bijv. art. 7:611 en 7:655 BW). Ook had het er alle schijn van (hoewel dat niet met zoveel woorden door het hof werd benoemd) dat de Nederlandse ketenregeling van artikel 7:668a BW was toegepast. Klaarblijkelijk was het Hof Amsterdam (in navolging van de kantonrechter) van mening dat Nederlands recht objectief van toepassing was, en dus dat het Nederlandse dwingende recht moest worden gehanteerd. Het ligt voor de hand te veronderstellen dat de Nederlandse rechters hebben geoordeeld dat Nederland het gewoonlijke werkland was voor werknemer. In zo’n situatie hoeft toepassing van het (ook) Nederlandse BBA helemaal geen bijzondere rechtvaardiging en geldt eerder andersom dat het achterwege laten van die toepassing rechtvaardiging verdient. Niet voor niets oordeelde A-G Franx in zijn conclusie bij het arrest Sorensen/Aramco: ‘Het komt mij

voor, dat wonen en werken in Nederland – als gecumuleerde betrokkenheidsfactoren – niet onder alle omstandigheden voldoende zijn voor de vereiste betrokkenheid, hoewel die cumulatie zonder twijfel een sterke indicatie daarvoor oplevert. Die indicatie is zo sterk dat het oordeel dat niettemin betrokkenheid van de Nederlandse arbeidsmarkt niet in voldoende mate bestaat, betrekkelijk uitvoerig zal moeten worden gemotiveerd.’ Het wonen en werken in Nederland was hier aan de orde. Hier komt bij dat het ongebruikelijk is dat Nederlands recht objectief toepasselijk wordt bevonden, terwijl het BBA niet van toepassing is. Dat was vóór het Nuon/Olbrych-arrest reeds zo (zie Even en Van Kampen 2004, p. 56-57), maar zou na het Nuon/Olbrych-arrest niet anders hoeven te zijn gezien de nadruk die de Hoge Raad heeft gelegd op de bescherming van de werknemer, welke bescherming nu juist ook wordt beoogd bij het toepassen van het recht van het gewoonlijke werkland (zie Van Hoek 2013, p. 8-11). De onderhavige uitspraak is in die zin dus atypisch.

Er werd door het hof (naar het mij lijkt) een grote nadruk gelegd op het feit dat het hier ging om een ‘sterke’ werknemer. Opvallend was namelijk dat het hof in alinea 3.12 als gezegd overweging 3.2.2 van de Hoge Raad in het arrest Sorensen/Aramco had overgenomen (zie hierboven; de inbreuk op het toepasselijk recht behoeft rechtvaardiging) en daaraan had toegevoegd dat daarbij betekenis toekwam aan de omstandigheid of de ‘werknemer tot een zwakke groep op de arbeidsmarkt behoort die tegen sociaal ongerechtvaardigd ontslag dient te worden beschermd’. Bescherming van een dergelijke categorie werknemers rechtvaardigt dus klaarblijkelijk de inbreuk op Engels recht. De omschrijving van de werknemer als ‘sterke professional’ prijkte vervolgens ook op het lijstje van omstandigheden die meebrachten dat een te geringe band bestond tussen het ontslag enerzijds en Nederland en de Nederlandse arbeidsmarkt anderzijds. Deze door het hof aangelegde nadruk is ook wel verklaarbaar in het licht van het Nuon/Olbrych-arrest, waarin de Hoge Raad immers als juist had aanvaard dat het doel van het BBA om een aan de werknemer toekomende vorm van bescherming tegen (sociaal) ongerechtvaardigd ontslag te bieden de nadruk verdient. Ik heb ook wel begrip voor dit criterium, omdat hoog opgeleide en goedverdienende (*inbound*) *expats* zodoende onder omstandigheden weggehouden kunnen worden van de bescherming die het BBA biedt en die voor hen eigenlijk niet zo nodig is, terwijl bijvoorbeeld de *inbound* werknemers in de landbouw en vleesverwerkende industrie, die vaak wel bescherming behoeven, hierop een beroep kunnen doen. Zie hierover ook Van Hoek 2013, p. 8. Ik heb uitdrukkelijk de woorden ‘onder omstandigheden’ toegevoegd, omdat ik rechtens geen aanleiding zie het BBA (uitsluitend) te koppelen aan een inkomensgrens. Wel merk ik op dat *expats* relatief vaak over een arbeidsvoorwaardenpakket beschikken dat nauwer verband houdt met het land van herkomst dan Nederland als werkland (waardoor dat andere recht en niet Nederlands recht op grond van art. 8 lid 4 Rome I van toepassing zou zijn) en dergelijke *expats* (mede daardoor) niet goed zijn te vergelijken met de andere werknemers binnen het bedrijf in Nederland, die

wel BBA-bescherming genieten. Onder die omstandigheden zie ik niet snel aanleiding artikel 6 en 9 BBA te moeten toepassen.

Ook in de onderhavige zaak waren er andere redenen, buiten de omstandigheid dat het hier om een sterke werknemer ging, het BBA niet toe te passen, waaronder de naar mijn mening relevante punten dat de arbeidsovereenkomst slechts een geringe band had met Nederland en het gebrek aan worteling van de werknemer in Nederland (hoewel ik dit een lastig meetbaar criterium vind, en ik de opmerking van het hof dat werknemer de Nederlandse taal niet machtig was vanuit discriminatie-oogpunt gevaarlijk vind). Volledigheidshalve heeft het Hof Amsterdam ook nog het terugvalcriterium erbij gehaald. Dit geeft al met al een eindoordeel dat naar mijn mening in cassatie standhoudt en ik ook kan begrijpen. Toch blijft de uitkomst van deze zaken slecht te voorspellen. *Hard and fast rules* blijven helaas uit.

5. Een blik naar de toekomst: de WWZ

Zoals bekend, zal het BBA met ingang van 1 juli 2015 komen te vervallen. De preventieve ontslagtoets blijft echter gehandhaafd. Deze wordt in het BW opgenomen. Het UWV zal nog steeds een ontslagvergunning moeten verstrekken bij, kort gezegd, ontslag vanwege langdurige ziekte en om bedrijfseconomische redenen (het nieuwe art. 7:671a lid 1 jo. 7:669 lid 3, onderdelen a en b BW). Toestemming voor ontslag om bedrijfseconomische redenen kan, onder voorwaarden, ook worden belegd bij een cao-ontslagcommissie in plaats van bij het UWV (het nieuwe art. 7:671a lid 2 BW). De beëindiging van de arbeidsovereenkomst op andere gronden – waarvoor nu als bekend nog gewoon een ontslagvergunning kan worden gevraagd – wordt in de toekomst als hoofdregel exclusief belegd bij de kantonrechter in een ontbindingsprocedure (en sommige werknemers zijn nog steeds uitgezonderd van de bescherming die de preventieve toets verleent).

Hebben deze veranderingen gevolgen voor het bovenstaande? Anders gezegd, wordt in de toekomst de preventieve ontslagtoets nog steeds als voorrangsregel beschouwd? De wetgever meent van niet. In de memorie van toelichting (*Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 75) staat het volgende: ‘Momenteel is het mogelijk dat op een arbeidsverhouding die door vreemd recht wordt beheerst, het BBA moet worden toegepast. Doorslaggevend daarbij is of de sociaal-economische belangen van de Nederlandse arbeidsmarkt bij de internationale arbeidsverhouding zijn betrokken. Met het vervallen van het BBA en de overige wijzigingen van het ontslagrecht is dit niet langer het geval. Er zal immers geen sprake van toepasselijkheid van titel 10 van boek 7 van het BW [zijn].’

De werknemer die in Nederland werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst naar vreemd recht zal volgens de wetgever dus geen beroep kunnen doen op toepassing van de

preventieve toets. Het Nederlandse arbeidsrecht is immers niet van toepassing. Dit is een enigszins curieuze redenering. De situatie is nu immers niet anders: op een arbeidsovereenkomst naar vreemd recht, waarop het BBA op basis van de gebruikelijke conflictrechtelijke verwijzingsregels niet van toepassing is, kan het BBA toch van toepassing zijn, vanwege het bijzondere karakter van het BBA als voorrangsregel. Op welke plek in het Nederlandse recht een bepaling staat – in een apart besluit of in het BW – is niet relevant voor het antwoord op de vraag of die bepaling een voorrangsregel is. Een inhoudelijke toetsing van de betrokken bepaling moet uitmaken of het om een voorrangsregel gaat of niet. Een bepaling is een voorrangsregel als dat uit het doel en de strekking van die regel blijkt: daaruit moet volgen dat het een bepaling van openbaar belang is die steeds moet worden toegepast als deze voldoende nauw is betrokken bij de onderhavige kwestie, ongeacht het recht dat de onderliggende overeenkomst beheerst. Uit het arrest Nuon/Olbrych blijkt dat artikel 6 BBA is bedoeld (1) ter bescherming van de werknemer tegen ongerechtvaardigd ontslag, (2) als overheidsinstrument om zwakke groepen op de arbeidsmarkt te beschermen en (3) ter regulering van de instroom in de WW. Vanwege dit doel en deze strekking is het een voorrangsregel. Blijven dit doel en deze strekking onder de WWZ ongewijzigd?

Wat een fundamentele wijziging in het nieuwe ontslagrecht is, is dat de preventieve ontslagtoets bij bedrijfseconomische ontslagen niet meer bij uitsluiting is belegd bij overheidsinstanties. Deze toets kan ook worden belegd bij een cao-ontslagcommissie, in welk geval bovendien door de sociale partners zelf selectiecriteria mogen worden ontworpen voor het vaststellen van boventalligheid, waarbij kan worden afgeweken van afspiegeling (is dat een voorbeeld van de ‘overige wijzigingen’ waaraan de wetgever refereert in het hierboven aangehaalde citaat waarin de conclusie wordt getrokken dat de in het BW gezette preventieve toets geen voorrangsregel meer is?). Ik merk op dat de overheid hierdoor de controle kwijt is over ‘wie wordt ontslagen’ en dat hierdoor de bescherming van zwakkere groepen werknemers bij een reorganisatie niet meer wettelijk is geborgd (ik breng in herinnering dat destijds het oude anciënniteitsbeginsel is geschrapt ten gunste van afspiegeling mede omdat kwetsbare groepen op de arbeidsmarkt door toepassing van uitsluitend anciënniteit te weinig werden beschermd). Deze voorgestelde wijziging is wat mij betreft een indicatie dat er geen openbare belangen (meer) in het spel zijn. Het Hof van Justitie oordeelde in het kader van de Detacheringsrichtlijn dat de sociale partners geen bepalingen van openbare orde kunnen vaststellen (HvJ EG 18 december 2007, C-341/05 (Laval), punt 84 en HvJ EG 19 juni 2008, C-319/06 (Commissie/Luxemburg), punt 64-66). Dergelijke belangrijke kwesties kunnen niet worden geprivatiseerd, zo lijkt de gedachte. In dezelfde zin Van Hoek, die bij de beoordeling dat artikel 6 en 9 BBA voorrangsregels zijn mede belang hecht aan de omstandigheid dat het BBA bevoegdheden toekent aan een overheidsorgaan (Van Hoek 2013, p. 6). Er lijkt dus minder nadruk op de bescherming van zwakke werknemers: dit wordt immers niet meer

volledig gecontroleerd door de overheid, maar deels door de cao-ontslagcommissie die van afspiegeling afwijkende selectiecriteria kan toepassen. Die commissie wordt evenzeer deels verantwoordelijk voor de regulering van de instroom in de WW. Beide elementen, die thans artikel 6 en 9 BBA mede tot voorrangsregel maken, zijn onder het nieuwe ontslagrecht minder pregnant aanwezig. De bescherming van de werknemer (het derde en laatste element) wordt daarnaast naar mijn mening al 'gedekt' door artikel 8 Rome I. Dat artikel is geschreven ter bescherming van de werknemer, en kan ertoe leiden dat, ondanks een keuze voor vreemd recht, Nederlands dwingend recht toch van toepassing is. Als Nederlands dwingend recht van toepassing is, is ook de dwingende ontslagbescherming van toepassing. Daarvoor hebben we geen voorrangsregels nodig. Dit lijkt bovendien de opvatting van de wetgever in de geciteerde uitspraak in de memorie van toelichting (de ontslagregels zijn van toepassing als Nederlands recht de arbeidsovereenkomst beheerst).

Natuurlijk valt hier ook wat tegenin te brengen. De wetgever hecht duidelijk nog aan de preventieve toets die dan ook blijft bestaan. En het is verder zo dat sociale partners in (algemeen verbindend verklaarde) cao's algemene belangen kunnen dienen (de systematiek van de Detacheringsrichtlijn is daarop zelfs afgestemd). Bovendien wordt hier en daar in de wetsgeschiedenis nog steeds gerefereerd aan de sociaaleconomische verhoudingen die door de preventieve toets worden beschermd. Zo wordt door de wetgever bijvoorbeeld bij de bespreking van bedrijfseconomische redenen de situatie genoemd dat een werkgever vaste werknemers wil ontslaan en vervangen door goedkopere (al dan niet flexibele) arbeidskrachten. Dan zou volgens de wetgever toestemming moeten worden onthouden, omdat er feitelijk geen sprake zou zijn van het vervallen van arbeidsplaatsen. De wetgever voegt toe dat de hiermee tegelijkertijd aan de 'sociaal-economische verhoudingen binnen Nederland' bescherming wordt geboden (*Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 44*). Het beschermen van de sociaaleconomische verhoudingen binnen Nederland is nu juist hetgeen het BBA tot een voorrangsregel heeft gemaakt.

Dat neemt niet weg dat als de wetgever – zij het met een wat curieuze motivering – aangeeft dat de preventieve toets niet meer als voorrangsregel geldt (hetgeen op zichzelf genomen al een belangrijk gezichtspunt is dat de preventieve toets niet meer als voorrangsregel geldt) en slechts van toepassing is als het Nederlands recht ook anderszins van toepassing is, gecombineerd met het feit dat die toets kan worden geprivatiseerd, alsmede met de omstandigheid dat bij het kwalificeren van bepalingen als voorrangsregels terughoudendheid dient te worden betracht, ik neig naar de conclusie dat de preventieve ontslagtoets zijn status van voorrangsregel zal gaan verliezen. Dit verlies acht ik overigens niet groot. De bescherming kan en moet in zo'n situatie worden opgevangen over de band van artikel 8 Rome I.

Maar wat betekent dat voor gevallen waar Nederlands recht is gekozen, terwijl de binding met

Nederland slechts gering is? Moet dan de preventieve toets worden toegepast? Denk bijvoorbeeld aan de zaak Keupink/Haskoning. Zuiver geredeneerd zie ik geen reden de (naar mijn mening onder het nieuwe ontslagrecht 'slechts') dwingende bepaling van de preventieve toets anders te banaderen dan de andere dwingendrechtelijke bepalingen uit het BW. Ik zie rechtens dus geen aanleiding om de betrokken bepaling te ontdoen van haar bijzonder dwingendrechtelijke karakter, onder instandhouding van het *self-limiting* effect dat artikel 6 BBA heeft. Uiteraard is dit in de praktijk soms lastig, met name als een niet-Nederlandse rechter zich in zo'n geval moet bekreunen over het wel of niet ontbinden van de arbeidsovereenkomst (bij een persoonlijke reden tot ontslag), maar het is een gevolg van de keuze van de Nederlandse wetgever: het ontslagrecht wordt 'opgelost' over de band van artikel 8 Rome I (in combinatie met art. 3 dat ziet op de rechtskeuze), zonder aanpassing van de tekst voor internationale gevallen. Ik vind deze keuze overigens spijtig – en mogelijk belemmerend voor de vrijheid van diensten en personen (ik laat hierbij uitdrukkelijk in het midden of hiervoor een afdoende rechtvaardiging valt aan te dragen) – en zou ervoor voelen de preventieve ontslagtoets te beperken voor situaties waarin het Nederlandse recht objectief toepasselijk is op grond van artikel 8 Rome I. Wat mij betreft wordt de preventieve ontslagtoets ten aanzien van de internationale arbeidsovereenkomsten dus wettelijk beperkt tot gevallen waarin Nederlands recht objectief toepasselijk is. Zolang dat niet wettelijk is geregeld (en ik ga er overigens van uit dat dit niet wettelijk wordt geregeld) zie ik niet snel mogelijkheden te kiezen voor Nederlands recht, zonder toepassing van de preventieve ontslagtoets. Dit lijkt mij bijvoorbeeld niet mogelijk door een partiële rechtskeuze, waarin wordt bepaald dat Nederlands recht van toepassing is met uitzondering van de preventieve toets. Op die wijze wordt de vereiste samenhang van het gekozen recht naar mijn smaak wel erg verstoord (zie, in een overigens aanmerkelijk extremere situatie, de Kantonrechter Terborg die de rechtskeuze voor Nederlands recht met uitzondering van de dwingendrechtelijke bepalingen niet toestond: Ktr. Terborg, *NIPR* 2001/27).

Ik concludeer. Het arrest Nuon/Olbrych heeft bevestigd dat artikel 6 jo. 9 BBA nog steeds een voorrangsregel is. Uit de Keupink/Haskoning-zaak volgt dat deze voorrangsregel nog steeds een *self-limiting* effect heeft. Beide arresten hebben daarentegen slechts beperkte rechtszekerheid geboden met betrekking tot het antwoord op de vraag wanneer artikel 6 en 9 BBA van toepassing zijn op een internationale arbeidsovereenkomst, wat hun exacte reikwijdteregel is. Met die onzekerheid moeten we het tot 1 juli 2015 doen. Dan komt een nieuwe situatie. Volgens de wetgever is de preventieve ontslagtoets dan geen voorrangsregel meer. Vanaf dan geldt de preventieve ontslagtoets slechts, maar dan ook steeds, als de arbeidsovereenkomst is onderworpen aan Nederlands recht.

RECHTSPRAAK

Aafje Thuiszorg Huizen Zorghotels/werkneemster

Het herhaaldelijk niet voldoen aan re-integratieverplichtingen en het onbereikbaar zijn voor werkgever, leidt tot ontbinding wegens een dringende reden. Voldaan aan vereiste ‘bijkomende omstandigheden’ als bedoeld in het arrest Vixia/Gerrits.

Werkneemster is sinds 1999 in dienst van (de rechtsvoorganger van) Aafje als verpleegassistent. Sinds 22 oktober 2012 is werkneemster arbeidsongeschikt, waarna een re-integratietraject is gestart. Aafje verzoekt ontbinding van de arbeidsovereenkomst, primair wegens een dringende reden. Hiertoe stelt Aafje dat werkneemster in de periode van haar arbeidsongeschiktheid structureel niet heeft voldaan aan haar re-integratieverplichtingen door veelvuldig zonder voorafgaande mededeling niet op het werk te verschijnen en voorts, in strijd met het verzuimreglement, voortdurend onbereikbaar te zijn voor Aafje. De eerdere waarschuwingen, loonopschorting en loonstopzettingen hebben geen effect gesorteerd.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Anders dan werkneemster stelt, houdt het ontbindingsverzoek geen verband met de arbeidsongeschiktheid van werkneemster maar met het niet nakomen van de re-integratieverplichtingen en de verzuimvoorschriften. Het beroep op de reflexwerking van het opzegverbod faalt. Geoordeeld wordt dat werkneemster vele malen heeft geweigerd de aangepaste werkzaamheden te hervatten en dat zij onbereikbaar was voor Aafje, waarmee in strijd is gehandeld met het verzuimreglement. Kern van het verweer van werkneemster is dat zij het oneens is met het oordeel van de bedrijfsarts over haar belastbaarheid voor de aangepaste werkzaamheden. Anders dan werkneemster stelt, heeft Aafje (ruimschoots) aan haar re-integratieverplichtingen voldaan. Er is geen aanleiding te twijfelen aan het oordeel van de bedrijfsarts dat werkneemster in staat was te hervatten in de aangepaste werkzaamheden. Werkneemster heeft aangegeven op basis van verklaringen van behandelend artsen hiertoe niet in staat te zijn, maar heeft dit niet onderbouwd met verklaringen van die behandelaars. Zij verwijt de bedrijfsarts geen acht te hebben geslagen op medische informatie van haar behandelaars, maar heeft niet aangegeven welke concrete informatie dit dan was. Werkneemster heeft enkel na indiening van het verzoekschrift een verklaring van haar huisarts overgelegd. Het is bovendien niet aan een behandelend arts of

huisarts (niet zijnde arbeidsdeskundigen) om te oordelen over het al dan niet kunnen verrichten van passende arbeid. Dit oordeel is voorbehouden aan de bedrijfsarts of, bij wege van second opinion, de verzekeringsarts van het UWV.

Uit vaste rechtspraak (HR 8 oktober 2004, JAR 2004/259 (Vixia/Gerrits) en daarop gebaseerde uitspraken) volgt dat in geval van belemmering van de re-integratie niet een ontslag, maar (eerst) een loonsanctie (ex artikel 7:629 lid 3 BW) aangewezen is. In diezelfde rechtspraak is echter ook bepaald dat bijkomende omstandigheden alsnog het oordeel kunnen wettigen dat een dringende reden voor ontslag aanwezig is. Daarvan is in dit geval sprake. Het gaat hier niet enkel om een weigering van werkneemster om passende arbeid te verrichten. Zij is zonder voorafgaand bericht stelselmatig niet op het werk verschenen. In veel van die gevallen is zij, in strijd met de bepalingen van het verzuimreglement, aanzienlijke tijd (soms zelfs dagen) onbereikbaar geweest voor Aafje, waardoor het vaststellen van een (medische) reden voor haar afwezigheid op die momenten niet mogelijk is geweest. De eerdere loonsancties en uitdrukkelijke waarschuwingen door Aafje hebben kennelijk geen effect gehad. Ontbinding wegens een dringende reden is onder deze omstandigheden gerechtvaardigd. Er zijn geen (persoonlijke) omstandigheden die dit anders maken.

Instantie: Rechtbank Zeeland-West-Brabant

Datum uitspraak: 13-08-2014

Zaaknummer: 3160392 / VZ VERZ 14-7612

RECHTSPRAAK

FNV Bondgenoten/NS Reizigers

Uitleg CAO Nederlandse Spoorwegen 2010-2013 ten aanzien van inzet WTV-dagen bij ondercapaciteit.

Tussen FNV Bondgenoten en NS Reizigers is de CAO Nederlandse Spoorwegen 2010-2013 overeengekomen. Onder de kop 'Inzet werktijdverkorting' bepaalt artikel 9 lid 1 van bijlage 3 (Keuzeplan) bij hoofdstuk 12 (overzicht bijlagen) van de cao dat WTV-dagen dagen zijn waarop de werknemer met behoud van salaris geen arbeid behoeft te verrichten. Ingevolge artikel 9 lid 2 van bijlage 3 bij de cao wordt jaarlijks, wanneer er sprake is van ondercapaciteit in een NS-bedrijfsonderdeel, in overleg met vakorganisaties besproken of WTV en/of vrije uren kunnen worden ingezet via het keuzeplan. Artikel 9 lid 6 van bijlage 3 bij de cao bepaalt dat voor de duur van deze cao aan een werknemer of groepen van werknemers met een contractuele arbeidsduur van 36 uur per week, jaarlijks door de werkgever kan worden verzocht extra werkzaamheden te verrichten door middel van het inleveren van WTV-dagen; de werknemer ontvangt in dat geval per ieder gewerkt uur een toeslag van 25%. Partijen verschillen van mening over de uitleg van artikel 9 lid 2 van bijlage 3 bij de cao. FNV Bondgenoten stelt onder meer dat als er sprake is van ondercapaciteit in een NS-bedrijfsonderdeel en als er WTV-uren kunnen worden ingezet via het keuzeplan, dan aan een ieder binnen dat bedrijfsonderdeel de mogelijkheid van verkoop van WTV moet worden geboden. Voorts stelt FNV Bondgenoten dat gebleken is dat NS Reizigers haar beleid ten aanzien van de verkoop van WTV-uren met ingang van 1 januari 2013 heeft gewijzigd. Vóór 1 januari 2013 werd de verkoop van WTV-uren toegestaan voor alle functies in een productie-eenheid, als in die productie-eenheid tekorten werden voorzien. Vanaf 1 januari 2013 staat NS Reizigers verkoop van WTV-uren toe, als zij in een functiegroep in een bepaalde productie-eenheid een tekort voorziet, maar staat zij die verkoop niet toe voor de overige werknemers in de betreffende productie-eenheid en ook niet voor alle werknemers die tot de betreffende functiegroep behoren ongeacht in welke productie-eenheid hun standplaats is.

De kantonrechter oordeelt als volgt. De zinsnede 'wanneer er sprake is van ondercapaciteit in een NS-bedrijfsonderdeel', tezamen met de bepaling dat 'jaarlijks' overleg zal plaatsvinden (art. 9 lid 2 bijlage 3 van de cao) maakt dat tussen partijen discussie dient plaats te vinden over

de aanwezigheid van ondercapaciteit, en voorts dat die discussie elk jaar zal plaatsvinden. De door NS aangevoerde omstandigheid dat er jarenlang sprake was van ondercapaciteit, maar dat dat in 2013 veranderd is, is een invulling van de bepaling in de cao die naar het oordeel van de kantonrechter geoorloofd is door de zinsnede dat er jaarlijks, wanneer er sprake is van ondercapaciteit in een NS-bedrijfsonderdeel, in overleg gesproken wordt over de inzet van WTV-dagen. Dit is een voorwaardelijke bepaling die ertoe leidt dat jaarlijks ondercapaciteit kan worden onderzocht. De omstandigheid dat die ondercapaciteit zich in een reeks van jaren heeft voorgedaan en onderzoek of overleg daarover niet of schaars heeft plaatsgevonden, maakt niet dat in enig jaar dat onderzoek naar de aanwezigheid van ondercapaciteit niet ineens serieuzer kan zijn en ertoe kan leiden dat, vanwege de bevinding dat er geen ondercapaciteit is, geen toepassing wordt gegeven aan artikel 9 lid 6 van de cao. De kantonrechter is van oordeel dat de tekst van de cao voldoende duidelijk aangeeft dat de door FNV Bondgenoten ervaren 'eenzijdige wijziging' van de cao-bepaling kan plaatsvinden. Dit leidt ertoe dat ook de door FNV Bondgenoten ingeroepen bestendige lijn niet in de weg staat aan een striktere toepassing van lid 6, wanneer er geen sprake is van ondercapaciteit in een NS-bedrijfsonderdeel.

De stelling van FNV Bondgenoten dat NS Reizigers op grond van de cao aan alle medewerkers in de productie-eenheid moet toestaan om, bij gebleken ondercapaciteit, WTV-dagen te verkopen, wordt verworpen. FNV Bondgenoten heeft aangevoerd dat NS Reizigers in strijd handelt met goed werkgeverschap. De wijze evenwel waarop NS gerechtigd is uitvoering te geven aan situaties van ondercapaciteit geeft blijk van een grote mate van aan haar ter beoordeling gelaten situaties. Voorwaarde is wel dat overleg wordt gevoerd, maar voldoende is komen vast te staan dat het overleg ook daadwerkelijk jaarlijks is gevoerd. Verder is voldoende aangevoerd dat er per jaar gewijzigde conjuncturele omstandigheden kunnen zijn die NS Reizigers doen besluiten niet voor alle medewerkers de mogelijkheid open te stellen van de verkoop van WTV-dagen. Het goed werkgeverschap wordt in casu ook vertaald in de invulling van het woord redelijkerwijs in (de zin van) artikel 3:35 BW en in de zin van de zogenoemde Haviltex-formule, waarvan is vastgesteld dat FNV Bondgenoten (en de leden waarvoor zij optreedt) redelijkerwijs onder gegeven omstandigheden niet de bestendiging van de gedurende jaren toegepaste praktijk mocht(en) verwachten. Derhalve dient ook de stelling van FNV Bondgenoten te worden verworpen dat NS Reizigers na 1 januari 2013 verplicht is op grond van de cao, als zij het keuzeplan openstelt, alle werknemers die belangstelling tonen om WTV-dagen te verkopen, aan te merken als werknemer aan wie een verzoek op grond van artikel 9 lid 6 van bijlage 3 bij de cao wordt gedaan. Volgt afwijzing van de vordering.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 23-07-2014

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2014:3177

Zaaknummer: 850036 UC EXPL 13-688 / 1111

Rechters: J.J.M. De Laat

Advocaten: M.J.M. Postma en W.J. Koppert

Wetsartikelen: 3:35 BW, 7:611 BW en 9 CAO Nederlandse Spoorwegen 2010-2013

RECHTSPRAAK

werknemer/Stichting Kwadrantgroep

Geschil over diverse vorderingen na einde dienstverband lid raad van bestuur. Werknemer heeft na betaling van vergoeding van € 568.117,80 door werkgever slechts nog recht op uitbetaling vakantiedagen.

Werknemer is in dienst bij Kwadrantgroep, laatstelijk in de functie van lid van de raad van bestuur. Eind 2012 heeft Kwadrantgroep aan werknemer kenbaar gemaakt dat zij de arbeidsovereenkomst met hem wenst te beëindigen. Partijen hebben vervolgens met elkaar overlegd over de voorwaarden waaronder beëindiging van de arbeidsovereenkomst zou moeten plaatsvinden. Kwadrantgroep heeft op 26 mei 2013 een ontbindingsverzoek ingediend. In het verweerschrift wordt aan de kantonrechter voorgerekend dat een vergoeding op basis van artikel 10 van de arbeidsovereenkomst neerkomt op een bedrag van € 568.041 bruto. Bij beschikking van 4 juli 2013 heeft de kantonrechter de arbeidsovereenkomst met ingang van 1 augustus 2013 ontbonden. Daarbij heeft de kantonrechter – anders dan partijen verwacht en beoogd hadden – aan werknemer ten laste van Kwadrantgroep een vergoeding ten bedrage van bruto € 35.800 en een vergoeding ten bedrage van maximaal € 3.000, zijnde een tegemoetkoming in de kosten van rechtsbijstand, toegekend. Partijen voelen zich evenwel gehouden om uitvoering te geven aan de tussen partijen in 2006 overeengekomen regelingen en treden weer in overleg. Op 5 november 2013 heeft Kwadrantgroep aan werknemer een bedrag van € 568.117,80, zijnde drie tvi's (tvi staat voor totaal vast inkomen), betaald. In de onderhavige procedure vordert werknemer onder andere betaling van de kosten voor rechtsbijstand vermeerderd met btw, een bedrag van € 35.800, betaling van vakantiedagen en een vergoeding vanwege het niet nakomen van toezeggingen inzake de opzegtermijn.

De kantonrechter oordeelt als volgt. In de ontbindingsprocedure is een vergoeding van € 3000 aan proceskosten toegekend, waarover geen btw kan worden toegekend. Van een omissie van de kantonrechter is dan ook geen sprake. Deze vordering wordt afgewezen. Het standpunt van werknemer dat het bedrag van € 35.800 niet bedoeld is als ontbindingsvergoeding, maar als een vergoeding voor het volgen van de Comenius-leergang, wordt verworpen. Ten aanzien van de vakantiedagen wordt overwogen dat werknemer recht heeft op vakantiedagen over de

periode van 1 januari 2013 tot 1 augustus 2013. Omdat werknemer gedurende deze periode vrijgesteld was van het verrichten van werkzaamheden en zich beschikbaarheid heeft gehouden voor het verrichten van die werkzaamheden, heeft hij geen vakantiedagen genoten. De kantonrechter gaat er dan ook van uit werknemer nog recht heeft op twintig vakantiedagen over deze periode. Het verweer dat Kwadrantgroep de vergoeding voor vakantiedagen niet kan betalen aan werknemer, omdat zij niet meer dan drie tvf's kan betalen en dat in die vergoeding tevens een vergoeding voor vakantiedagen is opgenomen, treft geen doel. De vergoeding van vakantiedagen staat los van de vergoeding als bedoeld in artikel 10 van de arbeidsovereenkomst. De vordering ten aanzien van de opzegtermijn wordt afgewezen. Omdat de arbeidsovereenkomst is ontbonden, is van een opzegtermijn geen sprake.

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 11-07-2014

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2014:3938

Zaaknummer: 2850423 \ CV EXPL 14-2321

Rechters: M. Jansen

Advocaten: A.J.H. Geense en R. Wubs

Wetsartikelen: 10 arbeidsovereenkomst en 7:685 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgever

Ontslag op staande voet servicemedewerker die een ‘eigen winkeltje’ lijkt te hebben binnen vestiging van werkgever is rechtsgeldig.

Persoonlijke omstandigheden (zoals 57-jarige leeftijd, dienstverband van 38 jaar) leiden niet tot ander oordeel.

Werknemer, geboren in 1957, is sinds 1976 in dienst van werkgever. Hij was laatstelijk werkzaam in de functie medewerker service center bij de afhaalvestiging Rotterdam. Werknemer werkte alleen en deed zelfstandig alle werkzaamheden, zoals de administratie, kas, telefoon, orders noteren en in het systeem zetten, alle magazijnwerkzaamheden en het te woord staan van klanten. Nadat is gebleken dat werknemer betaling van een order van € 14,34 door een klant naar zijn privérekening heeft laten overmaken, is op 28 januari 2014 een onderzoek ingesteld en is hij op 4 februari 2014 op staande voet ontslagen. Werknemer beroept zich op de vernietigbaarheid van het ontslag. Hij stelt dat een dringende reden ontbreekt en dat het ontslag niet onverwijld is gegeven.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Anders dan werknemer stelt, is aan het onverwijldheidsvereiste en de gelijktijdige mededeling voldaan. Uit de ontslagbrief van 12 februari 2014 blijkt dat diverse gedragingen aan het ontslag ten grondslag zijn gelegd. Ten aanzien van de genoemde gedragingen wordt als volgt geoordeeld. Werknemer heeft een klant verzocht een factuur aan hem persoonlijk te betalen. Daarnaast is gebleken dat contante leverbonnen niet zijn verantwoord in de kasadministratie en dat de kasadministratie niet toereikend werd bijgehouden. Voldoende vast is komen te staan dat werknemer opslag voor derden heeft toegestaan en dat werknemer vanuit de vestiging van werkgever oud ijzer heeft verzameld en heeft verkocht. Voldoende duidelijk is geworden dat met de privéopslag van werknemer een forse opslagcapaciteit verloren is gegaan. Bij de beoordeling van de dringende reden moeten alle omstandigheden worden meegewogen (ECLI:NL:HR:2000:AA4436 en ECLI:NL:HR:2012:BV9532). Geoordeeld wordt dat de aan het ontslag ten grondslag gelegde redenen het ontslag op staande voet kunnen dragen. Werknemer heeft het in hem gestelde vertrouwen dusdanig beschaamd dat van de werkgever niet kon worden verwacht de arbeidsovereenkomst verder te laten voortduren. Zelfs indien rekening wordt gehouden met

alle omstandigheden van het geval, zoals de lengte van het dienstverband, de leeftijd, de verdere staat van dienst en de ingrijpende gevolgen van het ontslag, zijn de aard en de ernst van de gedragingen dusdanig dat sprake is van een dringende reden. Aan de proportionaliteitseis is voldaan. Volgt afwijzing van de vorderingen.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 27-06-2014

Zaaknummer: 2986986 \ KG EXPL 14-23

RECHTSPRAAK

werknemer/Oranjebuild B.V.

Geen spoedeisend belang bij loonvordering die zestien maanden na het einde van de arbeidsovereenkomst wordt ingesteld. Werknemer niet-ontvankelijk in kort geding.

Werknemer is sinds 2005 werkzaam geweest bij Oranjebuild in de functie van isolatiemonteur. Op 7 december 2012 is middels een vaststellingsovereenkomst de tussen partijen geldende arbeidsovereenkomst per die datum beëindigd. Werknemer vordert betaling van achterstallig loon. Werknemer stelt dat Oranjebuild hem sinds zijn indiensttreding tot het moment van beëindiging van het dienstverband te weinig loon heeft betaald. Werknemer meent dat hij ook betaald diende te worden voor uren waarin Oranjebuild geen werk voor hem had en dat heeft Oranjebuild niet gedaan. Daarnaast is met regelmaat een lager uurloon gehanteerd.

De kantonrechter oordeelt als volgt. In beginsel kan bij een loonvordering worden volstaan met de enkele stelling dat er sprake is van spoedeisendheid, nu de spoedeisendheid uit de aard van de vordering blijkt. Immers, iemand is in de regel afhankelijk van zijn loon om in zijn levensonderhoud te kunnen voorzien. Dit is echter anders indien de loonvordering, zoals in dit geval, van langere tijd geleden is. Vast staat dat werknemer pas zestien maanden na de datum waarop partijen middels een vaststellingsovereenkomst de tussen partijen gesloten arbeidsovereenkomst hebben beëindigd de onderhavige vordering heeft ingesteld. Werknemer heeft hiervoor geen duidelijke reden gegeven. Andere stellingen die werknemer met betrekking tot het spoedeisend belang heeft ingenomen, dat hij op dit moment schulden heeft en dat hij spoedig naar Turkije wil emigreren, zijn geen deugdelijke argumenten die het beroep van werknemer op het spoedeisend belang in het onderhavige geschil kracht kunnen bijzetten. Betalingsonmacht en de wens om te emigreren zijn zaken die primair voor risico van werknemer komen, zolang geen verband met de onderhavige vordering aannemelijk is gemaakt. Van enig verband is niet gebleken. Overigens blijkt uit deze stellingen een aanzienlijk restitutierisico. Werknemer wordt niet-ontvankelijk verklaard in zijn vorderingen. Ten overvloede en slechts ter informatie merkt de kantonrechter nog op dat ook een inhoudelijke beoordeling van de vordering niet in een toewijzing zou hebben geresulteerd. De

door werknemer in 2012 getekende kwijtingsverklaring maakt, voor zover deze al niet direct tot afwijzing zou moeten leiden, op zijn minst nader onderzoek naar de gegrondheid van de vordering noodzakelijk. Voor dergelijk onderzoek leent een kortgedingprocedure zich niet.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 29-04-2014

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2014:6292

Zaaknummer: 2907924 VV EXPL 14-166

Rechters: C.H. van Breevoort-de Bruin

Advocaten: M. el Idrissi en I.B. Jansse

Wetsartikelen: 7:628 BW en 254 Rv

RECHTSPRAAK

werkneemster/ISS Nederland B.V.

Konijnvrij houden van arbeidsplaats valt niet onder zorgplicht werkgever. Werkgever wel gehouden een behoorlijke verzekering af te sluiten voor eenzijdig verkeersongeval te fiets.

Werkneemster is in dienst van ISS als schoonmaakster werkzaam voor Dow Chemical. Dow is gevestigd op een vele hectares groot eigen industrieterrein, waar zich een groot aantal locaties bevinden, die onderling te bereiken zijn via een uitgebreid wegennet. Op een aantal van deze locaties verrichtte werkneemster de haar opgedragen schoonmaakwerkzaamheden. Terwijl zij zich van vestiging A naar vestiging B op het industrieterrein verplaatste per fiets, is zij gevallen nadat zij tegen een haas of een konijn was aangereden. Zij heeft letsel geleden en stelt ISS aansprakelijk voor de schade, stellende dat er sprake is van een schending van de zorgplicht (veilig fietsroutes) en het ontbreken van een behoorlijke verzekering. De kantonrechter heeft de vorderingen van werkneemster afgewezen, stellende dat de zorgplicht van ISS (Dow) niet zo ver gaat dat zij een ‘konijnvrij’ industrieterrein garandeert. Nu het ongeval heeft plaatsgevonden op de arbeidsplaats, is er naast artikel 7:658 BW geen aanvullende zorgplicht op grond van artikel 7:611 BW (verzekeringsplicht).

Het hof oordeelt als volgt. De enkele mogelijkheid dat zich op een bedrijfsterrein van deze omvang en op deze plaats (gelegen naast een natuurterrein) kleinere wilde dieren zoals hazen en konijnen bevinden noopt immers niet, als zodanig en zonder meer, tot de conclusie dat reeds daarom Dow (en in haar spoor ISS) verplicht was en van haar mocht worden verwacht en verlangd maatregelen te treffen om te voorkomen dat zich een ongeval zou kunnen voordoen als door werkneemster geschetst. Dat zou mogelijk anders zijn in gevallen waarin sprake is van een ware plaag van deze wilde dieren die een reëel risico oplevert voor de veiligheid en gezondheid van fietsende werknemers op de werkplek (arbeidsplaats). De enkele kans dat een (letterlijk) loslopend konijn of haas betrokken raakt bij (en de oorzaak is van) een ongeval als door werkneemster gesteld, acht het hof zodanig gering dat onder de gegeven omstandigheden in redelijkheid niet van Dow, als inlener en met haar ISS als werkgever, behoefde te worden verwacht en verlangd om (nadere) voorzorgsmaatregelen te nemen – laat staan zodanig vergaande maatregelen als door werkneemster gesteld – om dit

geringe gevaar en risico te beperken, dan wel te voorkomen en volledig uit te sluiten. Naar het oordeel van het hof was ISS daartoe op de voet van het bepaalde in artikel 7:658 BW dan ook niet gehouden, nu de enkele mogelijkheid van (ernstige) schade en enkele omstandigheid dat het risico op schade zich zou kunnen verwezenlijken, niet de verplichting voor Dow (en met haar ISS) schiep om voorzorgsmaatregelen te nemen. Een ongeval als het onderhavige, hoe zeldzaam ook, kan zich (bijna) overal voordoen en degene die het treft heeft domweg pech, maar dat leidt niet tot de conclusie dat van een werkgever in het algemeen in het kader van de zorgplicht als bedoeld in artikel 7:658 BW gevorderd kan worden dat hij ernaar streeft om ook dit soort in de natuur gelegen zeer kleine risico's volledig uit te sluiten. Daar komt nog bij dat Dow met enige regelmaat op de momenten dat het nodig is fretten inzet om konijnen te bestrijden.

Het hof stelt vast dat de grond voor afwijzing van deze vordering door de kantonrechter in het licht van de door de Hoge Raad geformuleerde uitgangspunten de toets der kritiek niet kan doorstaan. Immers ook voor eenzijdige ongevallen met de fiets op het eigen terrein van de werkgever geldt naast de zorgplicht als bedoeld in artikel 7:658 BW aanvullend de noodzaak om ten behoeve van een werknemer die in de hier bedoelde zin aan het verkeer deelneemt een adequate verzekering af te sluiten. In die zin is deze grief terecht voorgedragen. Niettemin kan deze grief niet leiden tot vernietiging van het beroepen vonnis, omdat er een verzekering is afgesloten en niet gesteld of gebleken is dat deze niet behoorlijk zou zijn.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 12-08-2014

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2014:2768

Zaaknummer: HD 200.133.392/01

Rechters: C.M. Aarts, A.P. Zweers-van Vollenhoven en M.E. Bruning

Advocaten: R.M.A. Lensen en P. Oskam

Wetsartikelen: 7:658 BW en 7:611 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Stichting Vivantes Zorggroep

Hoofd personeelszaken die jarenlang vermeend onjuiste functiewaardering accepteert, heeft recht verwerkt alsnog nakoming van juiste functiewaardering te vorderen. Functie van werknemer (hoofd PZ) van belang. Matiging wettelijke verhoging tot nihil gerechtvaardigd nu de prikkelfunctie ontbreekt bij een loonvordering na einde dienstverband.

Werknemer is met ingang van 1 mei 2004 in dienst getreden van de rechtsvoorganger van Vivantes, als hoofd personeelszaken. Hij is ingeschaald overeenkomstig functiegroep 55 met 8 dienstjaren als bedoeld in de CAO Verpleeg- en Verzorgingshuizen. In 2007 heeft er een reorganisatie plaatsgevonden. De functie van werknemer is toen gewijzigd in die van manager P&O. Op 3 september 2008 heeft FWG-advies op basis van een functiewaarderingsonderzoek aan Vivantes geadviseerd deze laatste functie in te delen in functiegroep 65. Dit advies heeft Vivantes niet opgevolgd. De arbeidsovereenkomst is per 1 mei 2010 geëindigd. Werknemer vordert thans achterstallig loon omdat hij tot 1 januari 2007 functieschaal 60 had moeten krijgen en daarna 65. Vivantes heeft onder meer als verweer gevoerd dat werknemer de functie van manager P&O onvoldoende uitoefende, zodat een lagere waardering gerechtvaardigd was. De kantonrechter heeft de vorderingen deels toegewezen, stellende dat de waardering op grond van de cao leidend is en niet de wijze waarop werknemer de functie uitoefende.

Het hof oordeelt als volgt. Volgens vaste rechtspraak (vergelijk HR 13 september 1996, *NJ* 1997/38, HR 14 maart 2003, *NJ* 2003/312 en HR 2 mei 2003, *NJ* 2003/442) heeft de rechter wanneer een geschil over een besluit tot functiewaardering aan hem wordt voorgelegd te beoordelen of de werkgever binnen de grenzen van het toepasselijke functiewaarderingssysteem is gebleven, en indien dat het geval is, of de werkgever in redelijkheid tot zijn besluit heeft kunnen komen. Voor wat betreft de periode tot 1 januari 2007 heeft Vivantes op goede gronden werknemer in schaal 55 ingedeeld. Werknemer legde immers nog verantwoording af aan een leidinggevende die in schaal 60 was ingeschaald. Daar komt nog bij dat werknemer destijds bij zijn aanstelling de indeling in die functiegroep

uitdrukkelijk heeft aanvaard en tijdens het dienstverband daarop niet is teruggekomen, althans niet volgens de mogelijkheden daartoe als neergelegd in de toen geldende cao, waarmee hij in de hoedanigheid van zijn functie op de hoogte mag worden verondersteld. Hij heeft daar destijds kennelijk ook geen aanleiding toe gezien, ook niet in 2007 toen hij werd geconfronteerd met een herindeling. Daarmee heeft werknemer naar het oordeel van het hof het recht verspeeld om hier alsnog op terug te komen.

Met betrekking tot de door de kantonrechter toegewezen matiging van de wettelijke verhoging tot nihil, oordeelt het hof als volgt. Er moet worden vastgesteld dat werknemer eerst na beëindiging van de arbeidsovereenkomst (althans niet eerder dan dat moment heeft hij laten weten dat hij geen genoegen nam met de inschaling) zich op het (merendeels onjuiste) standpunt is gaan stellen dat zijn functiewaardering en de daarmee samenhangende inschaling niet correct is geweest. Waar de wettelijke verhoging op de eerste plaats een prikkel dient te zijn om het overeengekomen loon tijdig te betalen, vormt deze omstandigheid naar het oordeel van het hof in dit geval voldoende grond om de wettelijke verhoging te matigen zoals de kantonrechter heeft gedaan.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 12-08-2014

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2014:2767

Zaaknummer: HD 200.117.752/01

Rechters: C.M. Aarts, M. van Ham en W.H.B. den Hartog Jager

Advocaten: L.G.T. Paulus en M. Callemeijn

Wetsartikelen: 7:611 BW, 7:625 BW, 6:248 BW en 6:2 BW

RECHTSPRAAK

Stichting Pensioenfonds Metaal & Techniek c.s./Project Sourcing

Samenloop verplichtstellingsbeschikkingen Metaal en Techniek. In hoofdzaak of groter dan-criterium betekent meer dan 50% van het totaal en niet meer dan anders gebonden werknemers (relatieve meerderheid).

De centrale vraag is of Project Sourcing onder de werkingssfeer van de verplichtstellingsbeschikkingen van Metaal & Techniek valt. Project Sourcing zendt engineers uit die dataverkeer bewerken bij grote opdrachtgevers (banken, televisiestations). Naar het oordeel van het hof kan van deze werkzaamheden niet gezegd worden dat zij al dan niet mede begrepen zijn onder de werkzaamheden die door de beschikking dan wel de respectieve cao's worden bestreken. In de hier bedoelde beschikking en cao's ligt de nadruk op werkzaamheden die gericht zijn op het vervaardigen van installaties in de brede zin van het woord (dus ook computers) waaronder het hof mede begrijpt de (ontwikkeling van de) benodigde software om deze installaties als zodanig (technisch) te kunnen laten functioneren. Een verdergaande strekking van de beschikking en/of de hier bedoelde cao's (zoals deze golden ten tijde van het verzoek om inlichtingen van de Fondsen en het opleggen van een nota) ligt niet in de tekst(en) of de kennelijke bedoeling ervan besloten. Dat de door de engineers aldus ontwikkelde software gebruikmaakte van het bestaande hardware(systeem) om het dataverkeer zodanig te laten functioneren voor de doeleinden waarvoor de gebruiker dat wenste, doet daaraan niet af. Hetzelfde geldt voor het feit dat de betreffende engineer in staat is om de bijbehorende hardware samen te stellen en te installeren. Die laatste activiteit, voor zover in bepaalde situaties noodzakelijk, vormt immers slechts een ondergeschikte activiteit in relatie tot de eigenlijke werkzaamheden.

Vervolgens is de vraag aan de orde of via het 'merendeelsvereiste' niet alsnog is voldaan aan de werkingssfeerbepaling van deze beschikkingen. Het hof stelt voorop dat ingevolge de uitspraak van de Hoge Raad van 24 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU9889, JAR 2012/94 (Vector) ervan moet worden uitgegaan dat bij toepassing van het hoofdzakelijkheids criterium

alle in de onderneming gewerkte arbeidsuren dienen te worden betrokken die redelijkerwijze vallen toe te rekenen aan de uitoefening van de in het bedrijf te verrichten werkzaamheden. Daaronder vallen derhalve ook de arbeidsuren van werknemers in de onderneming die eerstgenoemde werknemers (directe werknemers) in staat stellen die werkzaamheden te verrichten, hun daarbij ondersteuning verlenen, anderszins faciliteren of ervoor zorgen dat de producten van de bedrijfsuitoefening afzet vinden. Naar analogie geldt een dergelijk uitgangspunt naar het oordeel van het hof ook indien niet het arbeidsurencriterium geldt maar ook (zoals in de beschikking) het getalscriterium. Met deze toerekening is het vonnis van de kantonrechter niet in overeenstemming nu hij immers de ondersteunende activiteiten heeft aangemerkt als niet vallend binnen dan wel toe te rekenen aan enige bedrijfstak. Hoewel mogelijk vraagtekens gezet kunnen worden bij de (on)zelfstandigheid van het ondersteunend personeel in een uitzendsituatie zal het hof bij de verdere beoordeling uitgaan van het ondersteunende karakter van deze werkzaamheden.

De volgende vraag die beantwoord dient te worden is dan wat moet worden verstaan onder het begrip 'in hoofdzaak' als gedefinieerd in de beschikking en het 'groter dan-criterium' in de respectieve cao's. De Fondsen staan een uitleg voor die erop neerkomt dat daarbij bedoeld is dat voor zover de werkzaamheden die worden bestreken door de beschikking of de respectieve cao's óf in aantal werknemers óf in aantal uren omvangrijker zijn dan in elk ander op zichzelf staande bedrijfsactiviteit, die werkzaamheden doorslaggevend moeten worden geacht voor de toepasselijkheid van de beschikking of de cao's. Project Sourcing staat een uitleg voor die erop neerkomt dat die werkzaamheden in aantal werknemers of aantal uren omvangrijker dienen te zijn dan van al die andere bedrijfsactiviteiten bij elkaar genomen, derhalve gezamenlijk. Naar het oordeel van het hof ligt de door Project Sourcing voorgestane uitleg van de bepalingen uit de beschikking dan wel de cao's het meest voor de hand. Het begrip 'in hoofdzaak' houdt in dat het merendeel van de werkzaamheden dient te vallen onder de beschikking. Van een 'merendeel' kan naar het oordeel van het hof gezien de betekenis van de term in het normale spraakgebruik worden gesproken indien meer dan 50% van de activiteiten valt onder de betreffende werkzaamheden. Deze uitleg spoort ook met min of meer soortgelijke teksten in qua werkingssfeer vergelijkbare cao's waarover in het verleden uitspraak is gedaan, zoals daar zijn de hiervoor genoemde arresten van de Hoge Raad van 24 februari 2012 (Vector), van 31 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:215 (Adimec), alsmede (onder meer) het arrest van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 1 oktober 2013 (ECLI:NL:GHARL:2013:7363). Voorts kan nog gewezen worden op de conclusie van de A-G Verkade (zie onder 4.12) bij HR 15 april 2011, ECLI:NL:PHR:2011:BP6601, *PJ* 2011/81, waarin toetsing van dezelfde werkingssfeerbepalingen als thans aan de orde zijn op grond van een ander discussiepunt werd gevraagd. Kortom: de meerderheid telt en dient doorslaggevend te zijn voor de vraag van de binding aan de beschikking dan wel de respectieve cao's. Een andere

uitleg zou bovendien ertoe leiden dat zelfs een zeer kleine minderheid van werkzaamheden uiteindelijk bepalend is voor de vraag of een werkgever onder de werkingssfeerbepalingen van de beschikking of de respectieve cao's valt, zolang als maar vaststaat dat die kleine minderheid telkens groter is dan iedere andere (kleine) minderheid.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 12-08-2014

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2014:2769

Zaaknummer: HD 200.046.475/01

Rechters: C.M. Aarts, M.J.H.A. Venner-Lijten en R.R.M. De Moor

Advocaten: M.J.H. Halsema en Ph.C.M. van der Ven

Wetsartikelen: Pensioenfonds Metaal & Techniek, Vervroegd Uittreden Metaal en Technische Bedrijfstakingen, Opleidings- en Ontwikkelingsfonds voor het Metaalbeweringsbedrijf en Werkgelegenheidsfonds Metaal en Technische Bedrijfstakingen

RECHTSPRAAK

Nederlands Dagblad B.V./werknemer

Ontbinding arbeidsovereenkomst verslaggever Nederlands Dagblad wegens bedrijfseconomische redenen. Aangeboden vergoeding met $C=0,7$ is billijk, nu andere werknemers een dergelijk aanbod hebben geaccepteerd en andere werknemers bereid zijn geweest een loonoffer te brengen.

Werknemer is in dienst van het Nederlands Dagblad (hierna: ND) in de functie van redacteur/verslaggever. ND verzoekt ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens bedrijfseconomische redenen. ND heeft behoefte aan een team van de beste journalisten die met elkaar welwillend en op efficiënte wijze kunnen samenwerken. Ieder van deze journalisten moet daarom een specialist zijn op een bepaald terrein. Volgens ND past werknemer om verschillende redenen niet in zo'n team. Aan werknemer is een vergoeding conform de kantonrechtersformule met $C=0,7$ aangeboden. Zij wijst op de beperkte financiële middelen en stelt ook dat andere werknemers die bij ND kunnen blijven werken bereid zijn geweest een loonoffer te brengen. Werknemer voert verweer en verzoekt bij toewijzing van het verzoek een vergoeding met $C=2$ toe te kennen.

De kantonrechter oordeelt als volgt. De bedrijfseconomische omstandigheden zijn voldoende aannemelijk geworden. Voorts is ook gebleken dat na de onderhandelingen over beëindiging van de arbeidsovereenkomst een verstoorde arbeidsrelatie is ontstaan. De arbeidsovereenkomst wordt derhalve ontbonden. Omtrent de vergoeding wordt overwogen dat het door ND gedane aanbod billijk is. Ook al is er geen sociaal plan dat als basis zou kunnen dienen voor een dergelijk aanbod – voor het ontbreken van een sociaal plan voert ND overigens een plausibele reden aan – dan nog heeft ND voldoende onderbouwd en toegelicht waarom het door haar gedane aanbod billijk is. Ook aan andere werknemers is een dergelijk aanbod gedaan (en kennelijk geaccepteerd). Bovendien is onweersproken gesteld door ND dat andere werknemers bereid zijn geweest een loonoffer te brengen. Kennelijk wordt door velen ingezien dat de financiële middelen bij ND beperkt zijn. Ook dat laatste heeft ND met de door haar overgelegde stukken voldoende aannemelijk gemaakt. Het uitgangspunt dat in ontbindingszaken als de onderhavige toekenning van een vergoeding berekend conform de

neutrale variant van de kantonrechtersformule regel is en toepassing van een correctiefactor uitzondering is moet in deze zaak losgelaten worden, rekening houdend met het gegeven dat ND zich genoodzaakt ziet om haar bedrijf te reorganiseren omdat zij zich geconfronteerd ziet met een teruglopende omzet.

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 11-08-2014

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2014:5188

Zaaknummer: 3129070 \ HA VERZ 14-188

Rechters: W.H. van Empel

Advocaten: H.C.W. Geffroy en J.A. Veldkamp

Wetsartikelen: 7:685 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/G4S Aviation Security B.V.

Ontslag op staande voet Apollo Agent Schiphol niet rechtsgeldig. Dat werknemer zich bij het verwerken van bagage schuldig heeft gemaakt aan grove nalatigheid is onvoldoende aannemelijk gemaakt. Niet voldaan aan onverwijldheidsvereiste/gelijktijdige mededeling.

Werknemer is sinds juli 2008 in dienst van G4S als Apollo Agent op Schiphol. Werknemer screent op afstand ruimbagage in een screeningroom waarin enige collega's hetzelfde soort werk doen. Als voor een koffer of tas geen groen licht wordt gegeven, wordt die bagage naar een tweede depotruimte getransporteerd voor nadere screening, de final examination. Op 15 april 2014 is tijdens de dienst van werknemer een storing opgetreden bij de final examination. Als gevolg van die storing konden 150 stuks bagage niet mee met de betreffende vlucht. Op 16 april 2014 is werknemer geschorst. Op 22 april 2014 heeft G4S werknemer mondeling op staande voet ontslagen. Uit een brief gedateerd op 22 april 2014 volgt dat werknemer volgens G4S tegen de geldende regels in en vrijwel continu met zijn telefoon bezig is geweest waardoor werknemer bagage niet heeft gecontroleerd, het aanbod van bagage te groot werd en het systeem is vastgelopen. Werknemer beroept zich op de vernietigbaarheid van het ontslag. Hij stelt dat de dringende reden ontbreekt en niet aan het onverwijldheidsvereiste is voldaan.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Uit niets blijkt dat de ontslagbrief eerder dan 30 april 2014 door werknemer is ontvangen. Op 25 april 2014 is de nietigheid van het mondeling gegeven ontslag ingeroepen. Nu het incident op 15 april 2014 plaatsvond, is het ontslag met de mededeling van de dringende reden niet onverwijld gegeven. Bovendien is de dringende reden onvoldoende aannemelijk gemaakt. Het kan zo zijn dat werknemer een fout heeft gemaakt, dat hij zich wellicht heeft laten afleiden door een bijzondere omstandigheid – een mogelijke spoedopname van een ziek kind – die G4S overigens niet heeft betwist, maar dat werknemer zich schuldig heeft gemaakt aan een grove nalatigheid heeft G4S niet aannemelijk kunnen maken. De stelling dat de storing door toedoen van werknemer is ontstaan heeft G4S helemaal niet onderbouwd. G4S heeft evenmin met stukken onderbouwd dat zij schade heeft geleden en tot welk bedrag. G4S heeft niet betwist dat het hier een incident betrof en dat zij werknemer op 16 april 2014 nog een verbetertraject heeft aangeboden. Dat ondergraaft het

standpunt van G4S ter zake van de ernst van het verwijt dat zij werknemer nu maakt en niet valt in te zien waarom werknemer niet meer valt te handhaven op het werk. Dit gevoegd bij de eveneens onbetwist gebleven stelling van werknemer dat tot het incident toe sprake was van een vlekkeloos dienstverband en gelet op de verstrekkende gevolgen van de door G4S genomen maatregel van ontslag op staande voet binnen de branche waar werknemer nu al jaren werkzaam in is, komt de kantonrechter tot het oordeel dat het ontslag in een bodemprocedure hoogstwaarschijnlijk geen stand zal houden.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 08-08-2014

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2014:7731

Zaaknummer: 3179157 / VV EXPL 14-188

Rechters: C.A. van Dijk

Advocaten: L.M. Serieese en S.W.J. Koenen

Wetsartikelen: 7:677 BW en 7:678 BW

RECHTSPRAAK

EF International Language Schools/werknemer

Artikel 7:610b BW is van toepassing op oproepovereenkomsten (ook al is de bedoeling van partijen uitdrukkelijk geënt op flexibiliteit). Wet tijdelijke verruiming ketenregeling is niet in strijd met Unierecht (leeftijdsdiscriminatie).

Werknemer is op 13 september 2010 in dienst getreden van EF op basis van een oproepovereenkomst voor bepaalde tijd. Bij de tweede verlenging van deze overeenkomst van 28 januari 2011 tot 15 juli 2011, is werknemer in de functie teamleider voor 40 uur per week tewerkgesteld. Over de precieze invulling van de vierde arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd verschillen partijen van mening. Volgens EF is er een vierde arbeidsovereenkomst van 15 juli 2011 tot 1 januari 2012 als teamleider (= vierde contract) overeengekomen, waarvan tot 1 september 2011 de duur 40 uur per week bedraagt en vanaf 1 september 2011 op oproepbasis. Volgens werknemer waren dit twee losse contracten (dus naast de vierde ook een vijfde overeenkomst). Omdat werknemer jonger dan 27 jaar was, is op de ketenregeling de Wet tijdelijke verruiming ketenregeling tot 27 jaar van toepassing. Na afloop van deze laatste overeenkomst(en) is de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd op basis van oproep voortgezet. Werknemer is vanaf maart 2012 niet meer opgeroepen. Hij vordert thans loon op grond van artikel 7:610b BW. EF stelt zich op het standpunt dat toepassing van artikel 7:610b BW in dergelijke gevallen ongewenst is, omdat dan elke oproepovereenkomst al snel tot een bepaaldetijdscontract met vaste uren omvang leidt, terwijl men dat juist niet wenselijk acht. Werknemer heeft zich onder meer op het standpunt gesteld dat de Wet tijdelijke verruiming ketenregeling wegens strijd met Unierecht buiten toepassing moet blijven.

Het hof oordeelt als volgt. De lezing van EF zou leiden tot het onaannemelijke resultaat dat de werknemer geen beroep op het rechtsvermoeden toekomt indien duidelijk overeengekomen wordt dat de arbeidsduur aan schommelingen onderhevig is. Naar het oordeel van het hof is de bedoeling van het rechtsvermoeden van artikel 7:610b BW om de werknemer na zekere tijd arbeid te hebben verricht, duidelijkheid te bieden over de omvang van zijn arbeidsovereenkomst, maar niet over de tijdstippen waarop hij die arbeid verricht. Dit blijkt ook uit de mogelijkheid om de arbeidsduur vast te stellen over een langere meer

representatieve periode dan het in artikel 7:610b BW genoemde minimum van drie maanden. Door het rechtsvermoeden op deze manier toe te passen wordt het gebruik van de oproepovereenkomst – EF wijst er terecht op dat de wetgever de mogelijkheid daarvan gebruik te maken in stand heeft willen laten – niet onmogelijk: de werkgever kan de werknemer nog steeds oproepen voor de arbeid, maar dient dat te doen voor een aan de hand van artikel 7:610b BW bepaald gemiddeld aantal uren over een tijdsperiode of althans over dat aantal uren het loon te betalen. Het dwingendrechtelijk karakter van het arbeidsovereenkomstenrecht maakt dat de werknemer, ook bij andersluidende afspraken, zich op het rechtsvermoeden kan beroepen, maar leidt er niet toe – anders dan EF lijkt te veronderstellen – dat de omvang van de arbeidsduur automatisch wordt vastgesteld op de gemiddelde omvang van die duur in de laatste drie maanden. Van enig automatisme ter zake is geen sprake, al was het maar omdat de berekening van het gemiddelde soms over een langere meer representatieve periode dient plaats te vinden. De bedoeling van partijen speelt in verband met het rechtsvermoeden omvang van de arbeidsovereenkomst geen rol, in die zin dat ook als een werknemer zeer bewust een oproepovereenkomst zonder een vast aantal te werken uren sluit, hij zich, indien de in artikel 7:610b BW genoemde omstandigheden zich voordoen, op het rechtsvermoeden kan beroepen. Overigens wijst het hof erop dat de wettelijke bepaling waarop werknemer zich thans beroept is ingevoerd bij de Wet Flexibiliteit en Zekerheid, en dat de bedoeling van de wetgever niet alleen was om flexibele arbeid te faciliteren, maar ook om de werknemer in een flexibele arbeidsrelatie meer zekerheid te bieden, onder andere over de omvang van de arbeidsovereenkomst.

Met betrekking tot de Wet tijdelijke verruiming ketenregeling, oordeelt het hof als volgt. In het arrest van 19 januari 2010 (C-555/07, Küçüdeveci t. Swedex) overwoog het Hof van Justitie EU (onder r.o. 33): ‘Volgens artikel 6, lid 1, eerste alinea, van richtlijn 2000/78 vormt een verschil in behandeling op grond van leeftijd geen discriminatie indien het in het kader van de nationale wetgeving objectief en redelijk wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel, met inbegrip van legitieme doelstellingen van het beleid op het terrein van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt of de beroepsopleiding, en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.’ In de zaak die voorlag bij het Hof van Justitie stamde de Duitse regeling waarvan het Hof oordeelde dat de nationale rechter die buiten toepassing moet laten, uit 1926. Deze nationale regeling is gebaseerd op een compromis tussen werkgevers en werknemers bij de invoering van de op anciënniteit gebaseerde berekening van de opzegtermijn, die kennelijk weinig te doen had met een legitieme doelstelling als bedoeld in artikel 6 lid 1 eerste alinea van Richtlijn 2000/78. Volgens de overwegingen van het Hof van Justitie beschikken de lidstaten bij de beoordeling van de vraag of de middelen ‘passend en noodzakelijk’ zijn om het legitieme doel te bereiken over een ruime beoordelingsvrijheid bij de keuze van de maatregelen die geschikt zijn ter verwezenlijking van hun doelstellingen op het gebied van

sociaal beleid en werkgelegenheidsbeleid. Het hof meent, met inachtneming van de hiervoor geciteerde overwegingen van het Hof van Justitie EU, dat de wetgever de ruimte toekomt om met wetgeving een poging te doen een legitiem doel te bereiken, ook als niet – op voorhand – evident is dat die wetgeving leidt tot het beoogde doel. In dat licht bezien acht het hof de Wet tijdelijke verruiming ketenregeling niet in strijd met het Unierecht. Onder verwijzing naar de overwegingen van de kantonrechter, die het hof tot de zijne maakt, zal het hof het bepaalde in artikel 7:668a lid 6 BW derhalve niet buiten beschouwing laten. Dit betekent dat de vierde tijdelijke opvolgende arbeidsovereenkomst tussen EF en werknemer niet wordt geacht te zijn aangegaan voor onbepaalde tijd en dat de grief ter zake geen doel treft.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 05-08-2014

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2014:3164

Zaaknummer: 200.132.019/01

Rechters: E. Verhulp, D.J. van der Kwaak en W.H.F.M. Cortenraad

Advocaten: A. van Hees en S.J.W.M. Vonken

Wetsartikelen: Wet tijdelijke verruiming ketenregeling, 7:668a lid 6 BW en 7:610b BW

RECHTSPRAAK

Buckaroo B.V./werknemer

Ontbinding arbeidsovereenkomst Chief Information Officer betaaldienstverlener zonder toekenning vergoeding. Werknemer heeft onvoldoende gedaan om compliance op orde te brengen en kan zich er niet achter verschuilen dat hij formeel ondergeschikt was aan de bestuurders.

Werknemer (58 jaar) is op 1 april 2013 bij Buckaroo in dienst getreden als Chief Information Officer. Op deze arbeidsovereenkomst is van toepassing de Gedragscode integer zakendoen. Buckaroo is een betaaldienstverlener in de zin van de Wet op het financieel toezicht (Wft). Zij moet beschikken over een vergunning van De Nederlandsche Bank (DNB). Voorts gelden voor Buckaroo vereisten op grond van de Wet ter voorkoming van witwassen en financiering van terrorisme (Wwft). Naar aanleiding van een bij Buckaroo ingesteld onderzoek heeft DNB op 6 maart 2012 een brief aan Buckaroo geschreven waarin zij bevestigt dat is gebleken dat Buckaroo nog niet in voldoende mate voldoet aan de Wft en de Wwft. De politie en de Kansspelautoriteit hebben twee keer een inval gedaan bij Buckaroo. Werknemer is sinds 13 mei 2014 arbeidsongeschikt. Buckaroo verzoekt ontbinding van de arbeidsovereenkomst, omdat zij het vertrouwen in werknemer is verloren.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Werknemer heeft zich ter zitting niet meer verzet tegen ontbinding, zodat het verzoek wordt toegewezen. Ten aanzien van de vergoeding wordt het volgende overwogen. Buckaroo verwijt werknemer terecht dat hij tegenover de RvC niet transparant is geweest. Werknemer heeft een advies van Nauta Dutilh over bepaalde klanten laten afzwakken zonder de RvC daarover in te lichten. Buckaroo voert aan dat het op orde brengen van compliance vanaf 19 december 2013 een van werknemers belangrijkste taken was. Gezien zijn betrokkenheid bij het dagelijks management was hij ook volledig bekend met de achtergronden en het belang van de verbetermaatregelen met betrekking tot de KYC/AML-documentatie. Werknemer heeft hier onvoldoende uitvoering aan gegeven. Naar het oordeel van de kantonrechter kan werknemer zich niet erachter verschuilen dat hij formeel ondergeschikt was aan de bestuurders van Buckaroo. Hij was immers voorgedragen als vervanger van de geschorste bestuurder en ook zijn salaris was dienovereenkomstig

aangepast. Doordat DNB voorlopig niet akkoord ging met de benoeming van nieuwe bestuurders, heeft de formalisering van een en ander niet plaatsgevonden. Voldoende duidelijk is geworden dat de RvC erop stond dat (onder meer) de relatie met klanten in de gaming/gambling-industrie waarvan op 31 januari 2013 geen volledige KYC-documentatie (inclusief UBO-statements) beschikbaar was, zou worden beëindigd. Voldoende aannemelijk is dat werknemer met betrekking tot deze punten vervolgens onvoldoende activiteiten heeft ontplooid, en hij zich op 22 januari 2014 achter de weigering van de bestuurders heeft geschaard. Op grond van de omstandigheden en mede gelet op het feit dat Buckaroo ter zitting heeft verklaard werknemer niet aan het non-concurrentiebeding te zullen houden, ziet de kantonrechter geen aanleiding een ontbindingsvergoeding toe te kennen.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 28-07-2014

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2014:3205

Zaaknummer: 3169893 UE VERZ 14-394 PK/1097

Rechters: P. Krepel

Advocaten: F.C. van Uden en P.S. van Minnen

Wetsartikelen: 7:685 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Bureau Veritas Inspection & Certification The Netherlands B.V.

Wijziging pensioenreglement en vergoeding ziektekosten. Besluit van OR kan op zich geen rechtens geldende wijziging teweegbrengen van een arbeidsvoorwaarde van een individuele werknemer. Wijziging ziektekosten voldoet aan maatstaf arrest Stoof/Mammoet.

Werknemer is in 2005 in dienst getreden van (de rechtsvoorganger van) Veritas. De schriftelijke arbeidsovereenkomst bevat geen eenzijdig wijzigingsbeding ex artikel 7:613 BW. In de onderhavige procedure vordert werknemer nakoming van de pensioenregeling uit 1999 en betaling van achterstallig loon. Veritas stelt dat de pensioenregeling in 2004 gewijzigd is. Daarnaast vordert werknemer een vergoeding voor ziektekosten, zoals in de arbeidsovereenkomst is overeengekomen. Veritas stelt dat deze arbeidsvoorwaarde per 1 januari 2006 met instemming van de OR is komen te vervallen.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Werknemer heeft op zichzelf niet betwist dat de pensioenregeling uit 1999 in 2004 in verband met de invoering van de Wet Witteveen is gewijzigd. Ook al zou hem bij de indiensttreding (bij vergissing) het reglement uit 1999 zijn overhandigd, dan nog mocht hij er onder deze omstandigheden niet op vertrouwen dat op hem (naar aangenomen moet worden: als enige werknemer) niet het reglement uit 2004 maar het reglement uit 1999 van toepassing zou zijn. Dit zou wellicht anders kunnen zijn als partijen over dit punt expliciete afspraken zouden hebben gemaakt, maar dat is niet gesteld of gebleken. Het zou voorts naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn indien werknemer van Veritas zou verwachten dat zij het pensioenreglement uit 1999 met betrekking tot hem zou toepassen, omdat voldoende aannemelijk is dat daarmee gehandeld zou worden in strijd met de gewijzigde wetgeving. Partijen twisten over de vraag of na de indiensttreding van werknemer rechtsgeldig wijzigingen van het pensioenreglement tot stand zijn gekomen. Daarbij is van belang of die wijzigingen hebben plaatsgevonden op grond van een eenzijdig wijzigingsbeding in artikel 24 lid 2 van het reglement 1999. Het is de kantonrechter niet duidelijk welke reglementen volgens Veritas precies hebben gegolden

sinds de indiensttreding van werknemer, of deze eenzijdige wijzigingsbedingen hebben bevat, en waaruit die wijzigingen hebben bestaan. Veritas krijgt de gelegenheid hierover bij akte gegevens te verstrekken.

Omtrent de loonvordering wordt geoordeeld dat werknemer op grond van de regeling die volgens Veritas van toepassing is meer heeft ontvangen dan hij zou hebben ontvangen in het geval de door hem gestelde regeling van toepassing zou zijn. De vorderingen wegens loonsverhoging en indexering worden afgewezen. Ten aanzien van de eenzijdige wijziging van de vergoeding van ziektekosten wordt geoordeeld dat een besluit van de ondernemingsraad op zich geen rechtens geldende wijziging teweeg kan brengen van een arbeidsvoorwaarde met een individuele werknemer. Of Veritas de arbeidsvoorwaarden met betrekking tot de vergoeding van ziektekosten eenzijdig mocht wijzigen dient daarom te worden beoordeeld aan de hand van de maatstaf die is neergelegd in het arrest Stoof/Mammoet (HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1847). Geoordeeld wordt dat de wijziging van de ziektekosten aan deze maatstaf voldoet. Meegewogen wordt dat sprake was van een onevenredige stijging van de kosten voor Veritas en dat gebleken is dat Veritas doende was een collectieve ziektekostenverzekering af te sluiten en aan de werknemers aan te bieden. Aangenomen moet worden dat een dergelijke collectieve verzekering voor de werknemers gunstiger zal zijn dan een individueel door hen afgesloten verzekering. Ten overvloede wordt opgemerkt dat werknemer pas zeven jaar na indiensttreding nakoming van deze arbeidsvoorwaarde claimt, zodat dit deel van de vordering is verjaard.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 23-07-2014

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2014:3071

Zaaknummer: 850617 AC EXPL 13-542 PK/1097

Rechters: P. Krepel

Advocaten: J.B. Kloosterman en M.A. Huisman

Wetsartikelen: 7:611 BW, 7:613 BW en 7:628 BW

RECHTSPRAAK

werkgeefster/werkneemster

Ontbinding arbeidsovereenkomst arbeidsongeschikte werkneemster wegens bedrijfseconomische redenen. Stoelendansmethode. Onduidelijk waarom werkneemster niet geschikt zou zijn voor nieuwe functie. C=1,3.

Werkneemster (40 jaar) is als projectmanager in dienst van werkgeefster, een breed HR-adviesbureau. Werkneemster is in januari 2014 bevallen van een zoon. Aansluitend aan het bevallingsverlof is zij arbeidsongeschikt. In het kader van een reorganisatie is werkneemster boventallig verklaard. Nu er geen passende functie voor werkneemster beschikbaar is, verzoekt werkgeefster ontbinding. Werkneemster voert verweer en stelt onder meer dat sprake is van verband met een opzegverbod en de stoelendansmethode wordt toegepast.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Tijdens de mondelinge behandeling heeft werkneemster te kennen gegeven alsnog met het ontbindingsverzoek in te stemmen, omdat bij afwijzing van het verzoek een niet-werkbare situatie zou ontstaan. De arbeidsovereenkomst wordt derhalve ontbonden. Ten aanzien van de vergoeding wordt overwogen dat de bedrijfseconomische noodzaak tot reorganisatie voldoende aannemelijk is gemaakt. Nu werkgeefster ervoor gekozen heeft het functiehuis opnieuw in te richten, waarbij zij de werknemers in de gelegenheid heeft gesteld te solliciteren op de nieuw gecreëerde functies, dient zij echter wel voldoende inzichtelijk te maken in hoeverre de nieuwe functies daadwerkelijk verschillen van de oorspronkelijke functies, en voorts dat haar keuze om werkneemster niet voor een van die functies in aanmerking te brengen op zijn minst goed verdedigbaar is. Werkgeefster heeft niet erg inzichtelijk gemaakt waaruit de nieuwe functie nu precies bestaat. Evenmin heeft zij inzichtelijk gemaakt om welke reden werkneemster niet, en de aangenomen collega's wel voldoen aan de functievereisten die in het functieprofiel zijn vermeld onder 'Kennis' en 'Ervaring'. Het sociaal plan – dat in een suppletieregeling voorziet – wordt buiten beschouwing gelaten, omdat hierover geen overleg met OR of vakbonden heeft plaatsgevonden. Een ontbindingsvergoeding met C=1,3 (afgerond € 32.000 bruto) wordt in dit geval redelijk geacht.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 22-07-2014

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2014:2961

Zaaknummer: 3125364 UE VERZ 14-372 PK/1097

Rechters: P. Krepel

Advocaten: A.A. Camonier en W.J.F. Nieuwenhuis

Wetsartikelen: 7:685 BW

RECHTSPRAAK

X Bouwtechniek Haarlem B.V./werknemer

Werkgever is niet verzekerd voor kosten van arbeidsongeschiktheid. Gevolgen hiervan zijn reden voor ontbindingsverzoek wegens bedrijfseconomische redenen, waardoor indirect verband bestaat met arbeidsongeschiktheid. Afwijzing ontbindingsverzoek vanwege reflexwerking opzegverbod.

Werknemer (55 jaar) is sinds 1977 in dienst van Bouwtechniek. Laatstelijk is hij werkzaam als systeembeheerder. Op 29 oktober 2013 is met werknemer over bezuinigingen gesproken, waarbij alternatieve toekomstscenario's zijn geschetst (waaronder ontslag). Op 7 november 2013 heeft werknemer zich ziek gemeld. Op 25 februari 2014 heeft het UWV toestemming verleend voor opzegging wegens bedrijfseconomische redenen. Bouwtechniek verzoekt thans ontbinding wegens bedrijfseconomische redenen.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Het verzoek van Bouwtechniek is gebaseerd op bedrijfseconomische omstandigheden. Het ontbindingsverzoek houdt daarom in beginsel geen verband met het bestaan van een opzegverbod. De omstandigheid dat Bouwtechniek niet verzekerd is voor de financiële gevolgen van arbeidsongeschiktheid en de kosten van werknemers arbeidsongeschiktheid zwaar drukken op haar debetpositie, brengt mee dat de mogelijkheid reëel aanwezig is dat juist deze gevolgen voor Bouwtechniek van doorslaggevend belang zijn bij de bepaling van de bedrijfseconomische reden voor het verzoek tot ontbinding. Indien daarvan daadwerkelijk sprake is, dient in het onderhavige geval aan het opzegverbod tijdens ziekte reflexwerking toe te komen. De grondslag voor het ontbindingsverzoek is in dat geval immers indirect gelegen in de arbeidsongeschiktheid. Bouwtechniek heeft onvoldoende weersproken dat het verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst verband houdt met deze door werknemer als verweer opgeworpen reden. De kantonrechter kan zich er dan ook niet van vergewissen dat in het onderhavige geval geen verband bestaat tussen het verzoek en de arbeidsongeschiktheid van werknemer. Dat brengt mee dat de reflexwerking van het opzegverbod tijdens ziekte thans opgeld doet. Volgt afwijzing van het ontbindingsverzoek.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 01-07-2014

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2014:7729

Zaaknummer: 3086557 \ AO VERZ 14-148

Rechters: C.E. van Oosten-van Smaalen

Advocaten: J.W. Ebbink en M.P.D. de Mönnink

Wetsartikelen: 7:670 BW en 7:685 BW