

Nieuwsbrief AR Updates - Nummer 34, 2014

Nummer 34, 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 Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2014:6500](#) 19-08-2014
werkgever/werknemers

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2014:6492](#) 19-08-2014
werknemers/Stichting Regionale Ambulancevoorziening Groningen

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2014:6501](#) 19-08-2014
ambtenaar/de publiekrechtelijke rechtspersoon gemeente Hoogezand-Sappemeer

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2014:2830](#) 19-08-2014
werknemer/eeePower

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2014:2817](#) 19-08-2014
Tandplus I/werkneemster

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2014:2809](#) 19-08-2014
werkgever/werknemer

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2014:2538](#) 05-08-2014
@-Linq B.V./Gulf Extrusions LLC

Rechtbank

[Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2014:7101](#) 06-08-2014
werkneemster/Super Game B.V.

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2014:6486](#) 30-07-2014
werknemer/Concordia De Keizer B.V. c.s.

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2014:5497](#) 18-07-2014
ABN AMRO Bank N.V./werknemer

[Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2014:6089](#) 10-07-2014
X/F&F Europe B.V.

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2014:8019](#) 08-05-2014

werknemer/Merck Sharp & Dhome B.V.

Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2014:7823 04-04-2014

werknemer/X c.s.

Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2013:14082 20-12-2013

werknemers/Zygene European Freight Consult B.V.

Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2013:14081 13-12-2013

werknemer/G4S Aviation Security B.V.

RECHTSPRAAK

werkgever/werknemer

Werkgever is niet gerechtigd eenzijdig de periode van werkweigering aan te merken als ‘vakantieperiode’. Verrekening na einde dienstverband wordt beheerst door regelend recht van Boek 6 BW.

Werknemer is in 1999 in dienst getreden van werkgever als chauffeur. Vanaf 9 februari 2009 heeft werknemer geen werkzaamheden meer verricht. Op 11 maart 2009 is hij op staande voet ontslagen wegens werkweigering. Thans vordert werknemer betaling van niet-genoten vakantieuren en niet-uitbetaalde vakantietoeslag conform de cao (totaal: € 4.437,96). Werkgever betwist de omvang van de opgenstaande vakantiedagen en stelt zich op het standpunt dat deze uren zijn verrekend met de uren dat werknemer weigerde te werken (9 februari tot 11 maart). Daarnaast heeft werkgever bij de eindafrekening € 1.200 ingehouden wegens niet-geretourneerde eigendommen van werkgever. De kantonrechter heeft de vordering tot uitbetaling van vakantiedagen afgewezen wegens ongeoorloofde werkweigering. De inhouding van een geldbedrag op het loon van werkgever wegens niet retourneren van bedrijfseigendommen heeft de kantonrechter onrechtmatig geoordeeld. Tegen dit laatste onderdeel keert werkgever zich in hoger beroep. Werknemer keert zich tegen de afwijzing van de vakantieverlofuren.

Het hof oordeelt als volgt. Nu het een verrekening bij het einde van de arbeidsovereenkomst betreft, is artikel 7:632 BW niet van toepassing. Of en in hoeverre verrekening bij of na het einde van de arbeidsovereenkomst mogelijk is, wordt dan ook uitsluitend bepaald door de bepalingen van titel 12 van Boek 6 BW (art. 6:127 BW). Op grond van artikel 6:127 lid 2 BW heeft een schuldenaar de bevoegdheid tot verrekening, wanneer hij een prestatie te vorderen heeft die beantwoordt aan zijn schuld jegens dezelfde wederpartij en hij bevoegd is zowel tot betaling als tot het afdwingen van de betaling van de vordering. Nakoming van de vordering is onder meer niet afdwingbaar indien de wederpartij een opschortingsrecht heeft (art. 6:52 BW e.v.). In casu heeft werknemer naar voren gebracht dat hij terugbezorging van de bedrijfseigendommen heeft aangehouden, in afwachting van de uitbetaling van de vakantietoeslag en verlofuren, die ondanks herhaalde sommaties waarop niet werd gereageerd, uitbleef. Nu werkgever (zie hierna) nalatig was hetgeen zij werknemer uit hoofde

van de arbeidsovereenkomst verschuldigd was (volledig) te voldoen, kwam werknemer naar het oordeel van het hof inderdaad een opschortingsrecht met betrekking tot de teruggave van de bedrijfseigendommen toe. Aldus was werkgever niet bevoegd tot verrekening van hetgeen zij aan werknemer verschuldigd was met vervangende schadevergoeding ter zake van de bedrijfseigendommen van werkgever, nog daargelaten de vraag of werkgever wel recht heeft op vervangende schadevergoeding.

Tussen partijen is in geschil of werkgever de uren die werknemer niet heeft gewerkt in de periode van 10 februari 2009 tot datum ontslag heeft mogen aanmerken als verlofuren. Duidelijk is dat partijen hierover geen overeenstemming hadden of hebben. Werkgever heeft dus eenzijdig besloten de door werknemer niet-gewerkte uren aan te merken als verlofuren. Naar het oordeel van het hof mocht werkgever dit niet. Een andersluidend oordeel zou de regeling omtrent vakantie op onaanvaardbare wijze doorkruisen. Op grond van artikel 7:638 BW heeft te gelden dat de werkgever de vakantie vaststelt overeenkomstig de wens van de werknemer, tenzij zich daartegen gewichtige redenen verzetten, waarbij de beslistermijn is gesteld op twee weken met dien verstande dat bij uitblijven van een beslissing de vakantie wordt geacht overeenkomstig de wensen van de werknemer te zijn vastgesteld. Het is derhalve niet aan de werkgever om eenzijdig te besluiten wanneer de werknemer vakantie heeft. Dat, werknemer, naar werkgever stelt, ongeoorloofd afwezig was, maakt dat niet anders. Werknemer beroept zich derhalve met succes op het bepaalde in artikel 7:641 BW.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 19-08-2014

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2014:2809

Zaaknummer: HD 200.110.229/01

Rechters: C.E.L.M. der Smeenk-van Weijden, M. van Ham en J.P. de Haan

Advocaten: T.J.R. Knopper en Y. van der Linden

Wetsartikelen: 6:127 BW en 7:641 BW

RECHTSPRAAK

ambtenaar/de publiekrechtelijke rechtspersoon gemeente Hoogezand-Sappemeer

Werkneemster dient bewijs te leveren dat zij is misleid door gemeente bij aangaan vaststellingsovereenkomst waarbij zij (onbewust) afstand heeft gedaan van haar WW-rechten.

Werkneemster is op 1 mei 2003 bij de gemeente in dienst getreden als financieel beleidsmedewerker. Haar functie is wegens een reorganisatie per 1 januari 2008 vervallen. Met werkneemster wordt vervolgens gezocht naar een passend alternatief. Deze wordt gevonden in een detachering bij de gemeente Winschoten tot 1 juli 2010. In de daartoe opgestelde vaststellingsovereenkomst doet werkneemster onder meer afstand van haar WW- en bovenwettelijke WW-rechten. Nadat zij op 1 juni 2010 eervol ontslag heeft gekregen, vraagt werkneemster WW aan. De gemeente vordert thans € 34.287,78 wegens door het UWV op de gemeente verhaalde uitkeringsbedrag. Werkneemster vordert vernietiging van de vaststellingsovereenkomst wegens dwaling en misbruik van omstandigheden. Nu werkneemster stelt dat de gemeente haar op 14 juli 2008 heeft misleid door haar de laatste pagina van de vaststellingsovereenkomst te laten tekenen, maar haar voor te houden dat zij een nieuwe versie van de detacheringsovereenkomst ondertekende en toen (of kort daarna) aan haar geen exemplaar van de getekende vaststellingsovereenkomst heeft meegegeven, hetgeen door de gemeente gemotiveerd is betwist, zal werkneemster tot bewijs van haar stelling worden toegelaten.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 19-08-2014

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2014:6501

Zaaknummer: 200.126.582

Rechters: K.E. Mollema, M.E.L. Fikkers en D.H. de Witte

Advocaten: R.H. Bossen en G.H. Boelens

Wetsartikelen: 6:228 BW en 7:900 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/eeePower

Geen sprake van een arbeidsovereenkomst indien slechts op hoofdlijnen overeenstemming is bereikt over voorwaarden. Een arbeidsovereenkomst ‘zodra het bedrijf is opgericht’.

Ondernemer 1 heeft zich sinds enige jaren beziggehouden met het ontwikkelen van een elektrische scooter en sinds 2013 ook met het ontwikkelen van een elektrische fiets. Hij heeft ondernemer 2 bereid gevonden zijn plannen te financieren. X heeft in 2012 samengewerkt met ondernemer 1 aan het ontwikkelen van de elektronische scooter. X geniet een WW-uitkering. In het najaar 2013 is meermalen en uitvoerig gesproken over een arbeidsovereenkomst tussen X en de op te richten Nederlandse BV. Omdat het oprichten van een fiscaal aantrekkelijke ondernemingsconstructie langer duurde dan verwacht, leidde dit tot spanningen met de sollicitatieplicht van X. Uiteindelijk is hem per mail een laatste definitieve conceptovereenkomst toegestuurd, waarop X nog een paar kleine wijzigingen heeft aangegeven. De overeenkomst is niet getekend en X heeft over de maand november 2013 geen loon ontvangen. De centrale vraag is of X een arbeidsovereenkomst met ondernemer 1 en 2 heeft, dan wel met eeePower i.o.

Het hof oordeelt als volgt. Een arbeidsovereenkomst bestaat doorgaans uit een meer of minder complex geheel van afspraken en bedingen, die elkaar kunnen beïnvloeden. Zelfs indien overeenstemming bestaat op hoofdlijnen, kan een discussie over bedingen of bepaalde onderdelen van bedingen met zich brengen dat wel kan worden geoordeeld dat een verregaande mate van overeenstemming is bereikt, maar dat de verschillen van mening op detailpunten eraan in de weg staan om aan te nemen dat de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst is voltooid. Uit de e-mail van 14 september 2013, waarin overigens de datum 1 oktober 2013 wordt genoemd, volgt in de eerste plaats dat de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst afhankelijk was van een door de ondernemers voorziene oprichting van een nieuw bedrijf. In de tweede plaats vermeldt de e-mail niets ten aanzien van de primaire arbeidsvoorwaarden. Ten slotte vermeldt de e-mail ook niets ten aanzien van overige bedingen waarover overeenstemming zou moeten bestaan. Het hof is voorshands van oordeel dat, gesteld al dat de voorzieningenrechter in het geheel voorbij is gegaan aan deze e-mail van

14 september 2013, aan de inhoud van die mail niet het oordeel kan worden ontleend dat bij acceptatie daarvan (mondeling of stilzwijgend) reeds een rechtsgeldige arbeidsovereenkomst tot stand zou zijn gekomen.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 19-08-2014

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2014:2830

Zaaknummer: HD 200.151.799/01

Rechters: C.M. Aarts, C.E.L.M. der Smeenk-van Weijden en R.J.M. Cremers

Advocaten: S.T.W. Verhaagh en M.J.P. Faassen

Wetsartikelen: 7:610 BW

RECHTSPRAAK

werkgever/werknemers

Opzegging exclusieve distributieovereenkomst tussen werkgever en klant, niet toe te rekenen aan gedrag werknemers.

Werkgever is leverancier en importeur van sanitairtechnische producten in de Benelux. Hij onderhoudt exclusieve distributierelaties met een aantal buitenlandse fabrikanten van verschillende sanitairtechnische producten, waaronder bedrijf A. Met bedrijf A is een exclusieve distributieovereenkomst overeengekomen, waarmee de zogenoemde Rada-lijn wordt geïmporteerd. Daartoe heeft werkgever een concurrentiebeding gesloten met bedrijf A, inhoudende dat hij – werkgever – geen concurrerende producten zal verhandelen. In oktober 2008 nemen twee sleutelfiguren binnen het bedrijf van de werkgever ontslag en treden in dienst van bedrijf A. Op hun arbeidsovereenkomsten zijn geen concurrentiebedingen of geheimhoudingsbedingen van toepassing. Werkgever ontwikkelt samen met Y vanaf 2006 het in de ogen van bedrijf A concurrerende product M-Guard. Bedrijf A zegt begin 2008 de distributieovereenkomst met werkgever op. Werkgever vordert thans schadevergoeding van onder meer zijn twee werknemers op grond van artikel 6:162 BW. Volgens werkgever hebben werknemers informatie aan A doorgegeven, waardoor wantrouwen is ontstaan die uiteindelijk tot opzegging van de overeenkomst heeft geleid.

Het hof oordeelt als volgt. De beëindiging van de distributieovereenkomst kan niet aan werknemers worden toegerekend. Het feit dat werkgever ruim twee jaar aan een concurrerend product werkzaam was en bedrijf A werkgever nota bene om opheldering vroeg maar werkgever dit achterwege heeft gelaten, leidt tot de conclusie dat onvoldoende vaststaat dat de breuk door werknemers komt.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 19-08-2014

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2014:6500

Zaaknummer: 200.124.398/01

Rechters: J.H. Kuiper, R.E. Weening en A.M. Koene

Advocaten: J.W.B. van Till, E.H.M. Bieleveld en R.C. van Wieringhen Borski

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Tandplus I/werkneemster

Overgang van onderneming binnen tandartsmaatschap. Welkoop-arrest: uitlating op internet over ‘voortzetting’ van tandheelkliniek is relevant. Ontslag op staande voet werkneemster die verbolgen is over niet respecteren van haar ovo-rechten, is nietig.

Werkneemster is op grond van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met ingang van 1 maart 2010 in dienst getreden van Tandplus als tandartsassistente. Een van de indirect bestuurders richt op 30 januari 2012 Tandplus I op. Tandplus en Tandplus I huren allebei ruimte van X in hetzelfde pand. Op 22 mei 2012 is Tandplus failliet gegaan. Op 19 juni 2012 wordt werkneemster op staande voet ontslagen, omdat zij haar leidinggevende zou hebben uitgemaakt voor ‘Betrüger’ en/of ‘Schwindler’. Aanleiding voor deze uitlatingen was dat haar werd medegedeeld dat haar arbeidsovereenkomst aan het einde van de maand juni van rechtswege zou aflopen, terwijl werkneemster meende dat zij een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd had en heeft die krachtens overgang van onderneming ongewijzigd bleef. Werkneemster stelt zich op het standpunt dat zij krachtens overgang van onderneming van Tandplus naar Tandplus I is overgegaan. De opzegging is onregelmatig en kennelijk onredelijk, aldus werkneemster. Tandplus I betwist dat sprake is van een overgang en stelt zich op het standpunt dat er een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is gesloten tussen hen. De kantonrechter heeft werkneemster grotendeels in het gelijk gesteld.

Het hof oordeelt als volgt. Zoals ook door de Hoge Raad overwogen in zijn arrest van 4 april 2014 (ECLI:NL:HR:2014:830 (Welkoop)) volgt uit de rechtspraak van het HvJ EU dat met het oog op beantwoording van de vraag of de identiteit van het bedrijf bewaard blijft dient te worden onderzocht of het gaat om de vervreemding van een lopend bedrijf, hetgeen met name kan blijken uit het feit dat de exploitatie ervan in feite door de nieuwe ondernemer wordt voortgezet of hervat met dezelfde of soortgelijke bedrijfsmiddelen. In dit verband moet rekening worden gehouden met alle feitelijke omstandigheden die de betrokken transactie kenmerken, zoals de aard van de betrokken onderneming of vestiging, het al dan niet overdragen van de materiële activa zoals gebouwen en roerende zaken, de waarde van de immateriële activa op het tijdstip van de overdracht, het al dan niet overnemen van vrijwel al

het personeel door de nieuwe ondernemer, het al dan niet overdragen van de klantenkring, de mate waarin de voor en na de overdracht verrichte activiteiten met elkaar overeenkomen, en de duur van een eventuele onderbreking van die activiteiten. Daarbij verdient opmerking dat al deze factoren slechts deelaspecten zijn van het te verrichten onderzoek en daarom niet elk afzonderlijk mogen worden beoordeeld (zie het door de Hoge Raad aangehaalde arrest Spijkers, HvJ EG 18 maart 1986, ECLI:NL:XX:1986:AC8669). Het hof somt de volgende omstandigheden op: beide bedrijven dreven een tandartspraktijk; grotendeels in dezelfde ruimte; gehuurd van dezelfde huurder; beide bedrijven hebben hetzelfde telefoonnummer; vier van de vijf tandartsassistenten werken voor Tandplus I; de naam is nagenoeg identiek; op de website van tandplus.nl staat vermeld 'Welkom bij Tandplus 1. Beste Patiënten en geïnteresseerden. De tandheerkundige kliniek Tandplus is vanaf heden veranderd in Tandplus 1. Het vertrouwde team met haar bekwame kennis en de faciliteiten zijn gelijk gebleven. Klik hier om door te gaan naar onze vernieuwde website www.tandplus1.nl.' Naar het oordeel van het hof is sprake van een overgang van onderneming. Dat de vorige tandartsen zijn vertrokken (en daar nieuwe tandartsen voor in de plaats zijn gekomen), neemt niet weg dat nog steeds sprake is van behoud van identiteit. Hetzelfde lot is de aard van de werkzaamheden beschoren. Dat Tandplus zich meer met cosmetische tandheelkunde zou bezighouden en Tandplus I meer het reguliere tandartswerk, is onvoldoende om niet van behoud van identiteit te spreken.

Werkneemster is ten onrechte ontslagen. Haar uitlatingen 'Betrüger' en/of 'Schwindler' zijn niet netjes, maar gezien de context waarbinnen zij deze uitlatingen deed zijn ze onvoldoende om een ontslag op staande voet te rechtvaardigen. Werkneemster heeft recht op gefixeerde schadevergoeding.

Aan een opzegging dient, behoudens het geval dat er sprake is van een overeenkomst voor bepaalde tijd, een deugdelijke reden ten grondslag te worden gelegd. Het ontbreken daarvan brengt in beginsel dan ook met zich dat een opzegging als kennelijk onredelijk moet worden geduid. Naar het oordeel van het hof kan in de veronderstellenderwijs aangenomen houding van werkneemster als reactie op de onjuiste mededeling van de zijde van Tandplus I dat haar arbeidsovereenkomst per 1 juli 2012 afliep geen afdoende grond worden gevonden om de arbeidsovereenkomst op te zeggen. In die zin is de reden voor een opzegging niet alleen als niet dringend maar ook in de verhouding tussen partijen als niet deugdelijk aan te merken. Vanwege het ontbreken van een deugdelijke ontslaggrond en het daarmee samenhangende inkomensverlies van € 240 bruto per maand acht het hof het oordeel van de kantonrechter dat er sprake is van een kennelijk onredelijke opzegging dan ook juist. De door de kantonrechter toegewezen schadevergoeding van € 2.500 als een soort pleister op de wonde is alleszins gerechtvaardigd te achten.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 19-08-2014

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2014:2817

Zaaknummer: HD 200.138.709_01

Rechters: M. Chr Aarts, C.E.C.J. Ponsioen en I. Bouter

Advocaten: A.J.T.J. Meuwissen en M.J.J. Smeets

Wetsartikelen: 7:662 BW, 7:678 BW, 7:677 BW en 7:681 BW

RECHTSPRAAK

werknemers/Stichting Regionale Ambulancevoorziening Groningen

***Wijziging rooster betreft geen wijziging van primaire
arbeidsvoorwaarden zodat Stoof/Mammoet-criteria niet gelden.
Artikel 7:611 BW geldt onverkort.***

(Vgl. ook ECLI:NL:GHARL:2014:6489.) Ambulancezorg heeft met ingang van 1 oktober 2008 een roosterwijziging doorgevoerd, inhoudende dat voortaan alleen nog maar diensten op de 'post' worden verricht (en niet meer vanuit huis). Aanleiding voor deze roosterwijziging is de invoering van de wettelijke aanrijdtijd, zogenoemde '15 minuten norm', ter verbetering van de dienstverlening aan de patiënt. De OR heeft destijds ingestemd met deze roosterwijziging. De werknemers stellen zich in deze procedure op het standpunt dat er een afbouwregeling had moet plaatsvinden, omdat zij qua inkomen aanzienlijk erop achteruitgaan. Naar het oordeel van de kantonrechter is een rooster geen arbeidsvoorwaarde.

Het hof oordeelt als volgt. Met de kantonrechter is het hof van oordeel dat de wijziging van het rooster niet leidde tot een wijziging van de arbeidsuren en het salaris. Enkel het systeem van overwerk en onregelmatigheidsdiensten en de daarbij behorende vergoedingen wijzigden. Het betrof derhalve geen wijziging van primaire arbeidsvoorwaarden waarvoor instemming van de werknemers noodzakelijk is. Stoof/Mammoet is derhalve niet aan de orde. (Zie anders: ECLI:NL:GHSHE:2012:BV2621).

Krachtens het bepaalde in artikel 7:611 BW dienen werkgever en werknemer zich over en weer als goed werkgever en werknemer te gedragen. Dat brengt onder meer mee dat een werknemer op redelijke voorstellen van de werkgever, die niet de primaire arbeidsvoorwaarden betreffen en hun rechtvaardiging vinden in verandering van omstandigheden (door regelgeving of andere niet te veronachtzamen factoren), in het algemeen positief dient te reageren en deze alleen dient af te wijzen als aanvaarding daarvan redelijkerwijs niet zonder meer van hem kan worden gevergd. Naar het oordeel van het hof was de door Ambulancezorg voorgestelde wijziging, gelet op de veranderde regelgeving, alleszins redelijk, hetgeen bevestiging vindt in het feit dat de ondernemingsraad daarmee

heeft ingestemd. Nu enerzijds van een recht op piketdiensten en/of het verrichten van overuren geen sprake was en het aantal uren per maand sterk fluctueerde en anderzijds een hogere vaste onregelmatigheidsvergoeding aan werknemers is toegekend en aan hen de mogelijkheid wordt geboden, zowel intern als extern, nog overuren te maken, vermag het hof niet in te zien dat Ambulancezorg zich niet als een goed werkgever heeft gedragen door werknemers geen afbouwregeling aan te bieden. Daarbij merkt het hof nog op dat hetgeen werknemers opmerken omtrent de Arbeidstijdenwet, gelet op het ter zake door Ambulancezorg gevoerde verweer, zonder nadere toelichting, die ontbreekt, niet goed valt te begrijpen. De opmerking gaat slechts over de door de kantonrechter besproken mogelijkheid voor werknemers om extern extra uren te maken, terwijl Ambulancezorg en de kantonrechter het beide toch ook hebben over de mogelijkheid om intern over te werken. Overwerk betekent bovendien per definitie dat meer uren worden gemaakt dan de contractuele arbeidsduur die met de werkgever is overeengekomen.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 19-08-2014

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2014:6492

Zaaknummer: 200.092.477-01

Rechters: K.E. Mollema, J.H. Kuiper en L. Groefsema

Advocaten: R.A. Severijn en B.M.J. Pelzer

Wetsartikelen: 7:611 BW

RECHTSPRAAK

@-Linq B.V./Gulf Extrusions LLC

Overeenkomst met individuele agent geen arbeidsovereenkomst omdat deze verknocht is met agentuurovereenkomst. Rechtsmacht artikel 8 lid 3 Rv strekt zich niet uit tot ‘kleine’ agentuurovereenkomst.

Gulfex houdt zich bezig met de productie van aluminium profielen. Zij is gevestigd in Dubai, Verenigde Arabische Emiraten. @-Linq houdt zich bezig met het voeren van agentschappen en het ontplooiën van sales- en marketingactiviteiten op het gebied van aluminium. X is 100% aandeelhouder van @-Linq en de enige voor deze vennootschap werkzame persoon. Tussen @-Linq en Gulfex geldt een distributieovereenkomst. Daarnaast is tussen Gulfex en X een Company Representative Contract gesloten. Vervolgens heeft @-Link elke maand aan Gulfex een factuur gestuurd ten bedrage van € 8.500 vermeerderd met bankkosten, welke facturen tot en met mei 2011 door Gulfex aan @-Link zijn betaald. Er zijn door Gulfex geen rechtstreekse betalingen aan X gedaan. In juni 2011 zegt Gulfex de overeenkomst op. @-Linq stelt zich op het standpunt dat sprake is van een arbeidsovereenkomst of een agentuurovereenkomst naar Nederlands recht en vordert loon.

Het hof oordeelt als volgt. Allereerst met betrekking tot de bevoegdheid, oordeelt het hof als volgt. De in het geding zijnde overeenkomst(en) kennen een geldige forumkeuze voor de gerechten van de Verenigde Arabische Emiraten (hierna: VAE), alwaar Gulfex is gevestigd. @-Link stelt weliswaar dat zij niet eerder de geldigheid van de forumkeuze heeft erkend, maar niet dat zij die betwist. @-Link doet een beroep op artikel 8 lid 3 Rv, dat voorziet in de rechtsmacht van de Nederlandse rechter ondanks een geldige forumkeuze voor een andere rechter. @-Link stelt dat er tussen X en Gulfex sprake is van een individuele arbeidsovereenkomst. Ten aanzien van haar vordering op grond van een agentuurovereenkomst doet zij een beroep op reflexwerking van genoemde bepaling. Daarnaast stelt @-Link dat vanwege het gelegde beslag uit artikel 767 Rv rechtsmacht van de Nederlandse rechter volgt. Tot slot doet @-Link een beroep op artikel 9 onder c Rv stellende dat een gerechtelijke procedure in Dubai niet van @-Link/X kan worden gevegd. De uitzonderingen van artikel 8 lid 3 Rv dienen – in beginsel – restrictief te worden toegepast. Er is in het onderhavige geding geen grond om deze bepaling extensief uit te leggen, in die zin dat

deze ook geldt in het geval van een agentuurovereenkomst met een 'kleine partij'. Een reflexwerking zoals @-Link verdedigt is dus niet aan de orde.

Wat de arbeidsovereenkomst betreft, oordeelt het hof als volgt. @-Link werkte reeds enige jaren als agent voor Gulfex. Op enig moment sloten zij met elkaar de Representative Agreement. Deze overeenkomst voorziet in een afrekening op commissiebasis. Kort daarop is ook de Company Representative Contract tot stand gekomen. Tegen deze achtergrond is onvoldoende onderbouwd waarom de Company Representative Contract zelfstandig bestaansrecht heeft, en dus ook dat deze een afzonderlijke overeenkomst is. Uit het enkele feit dat de Company Representative Contract melding maakt van 'Luc X' en ook door hem is ondertekend is niet af te leiden dat X hier als zelfstandige contractspartij handelde, met zelfstandige rechten en plichten, in plaats van als vertegenwoordiger van @-Link. Of de Company Representative Contract nu wel of niet een Appendix is bij de Representative Agreement maakt dit niet anders. De omstandigheid dat de Company Representative Contract voorziet in een aantal activiteiten die in de Representative Agreement niet zijn genoemd, wijst ook niet op een zelfstandige status. Zij passen naar de aard bij de taakomschrijving in de Representative Agreement. Deze aanvullende activiteiten zijn ook niet afzonderlijk gefactureerd door @-Link/X en/of betaald door Gulfex. Uit het voorgaande volgt dat de Company Representative Contract geen overeenkomst is tussen Gulfex en X als persoon. Het hof komt daarom niet toe aan de vraag of de Company Representative Contract als een arbeidsovereenkomst moet worden aangemerkt (HR 5 april 2002, *NJ* 2003/124 (ABN AMRO/Malhi)). Reeds hierom is van een arbeidsovereenkomst tussen X en Gulfex geen sprake.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 05-08-2014

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2014:2538

Zaaknummer: 200.121.295/01

Rechters: R.S. van Coevorden, V. Disselkoen en M. Brink

Advocaten: I.M.C.A. Reinders Folmer en L.Ph.J. van Utenhove

Wetsartikelen: 7:610 BW en 8 lid 3 Rv

RECHTSPRAAK

ABN AMRO Bank N.V./werknemer

Selectiemethode met assessment op grond van cao kan in redelijkheid niet worden toegepast bij werknemer met verstandelijke beperking. Aanbeveling 3.7 ziet slechts op vergoeding, niet op selectiemethode. Ondanks oordeel Geschillencommissie dat werknemer terecht boventallig is verklaard, wordt ontbindingsverzoek afgewezen.

Werknemer (53 jaar) is sinds 1 november 1978 in dienst van ABN AMRO. Laatstelijk was hij werkzaam als medewerker facility operations I (medewerker postkamer). Werknemer heeft een verstandelijke beperking. Blijkens een psychologische test heeft hij een IQ van 61. In 2012 is een reorganisatie doorgevoerd in het bedrijfsonderdeel waar werknemer werkzaam is. Op deze reorganisatie is de ISP CAO 2010-2013 van toepassing. Op 12 november 2012 is aan werknemer bericht dat hij in de mobiliteitsorganisatie werd geplaatst. Werknemer heeft een klacht ingediend bij de Geschillencommissie, onder meer op grond dat ABN AMRO onvoldoende rekening heeft gehouden met zijn verstandelijke beperking, in het bijzonder bij het toepassen van de assessment. De Geschillencommissie heeft ABN AMRO opgedragen nogmaals een assessment te laten verrichten, waarbij rekening gehouden moet worden met de verstandelijke beperking van werknemer en zo nodig ondersteuning moet plaatsvinden. ABN AMRO heeft daaraan gevolg gegeven. Op 4 november 2013 heeft de Geschillencommissie geoordeeld dat werknemer terecht boventallig is verklaard. ABN AMRO verzoekt ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Voor werknemer is geen functie meer beschikbaar in de organisatie. De op grond van de cao aangeboden vergoeding van € 85.459,69 is volgens ABN AMRO billijk. Werknemer stelt onder meer dat de cao op hem niet van toepassing is, omdat hij een ongebonden werknemer is.

De kantonrechter oordeelt als volgt. ABN AMRO wordt gevolgd in het standpunt dat toepassing van de cao geacht moet worden stilzwijgend door werknemer te zijn aanvaard. Doorslaggevend is het antwoord op de vraag of de selectiemethode vastgelegd in de cao met behulp van een assessment in het geval van werknemer in redelijkheid kon worden toegepast. Dat is een andere vraag dan de Geschillencommissie heeft beantwoord. Daar ging het immers op de wijze waarop de assessment is uitgevoerd. ABN AMRO is onvoldoende zorgvuldig te

werk gegaan door geen voorafgaand onderzoek te (laten) doen naar de vraag of werknemer eigenlijk wel in staat is een dergelijke test te maken, schriftelijk of mondeling. Gezien de voorhanden gegevens met betrekking tot de beperking van werknemer moet dat op zijn minst ernstig worden betwijfeld. Een qua abstractieniveau meer op werknemer toegesneden test zou zeer wel mogelijk een andere uitslag hebben laten zien. Naar ABN AMRO heeft erkend, heeft werknemer immers altijd naar tevredenheid gefunctioneerd op zijn niveau. Daarmee komt de boventalligverklaring op losse schroeven te staan. Het beroep op Aanbeveling 3.7 doet hieraan niet af. Daarbij gaat het immers vooral om de hoogte van de aangeboden vergoeding. Aan toekenning van een vergoeding wordt niet toegekomen, omdat het ontbindingsverzoek wordt afgewezen. Het is aan ABN AMRO om alsnog een passende functie voor werknemer binnen haar organisatie te vinden. Van ABM AMRO mag, mede gezien het grote aantal dienstjaren (36), een extra inspanning worden verwacht om werknemer, die door zijn beperking moeilijk bemiddelbaar is op de arbeidsmarkt, binnen het hem vertrouwde bedrijf te herplaatsen.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 18-07-2014

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2014:5497

Zaaknummer: EA 14-551

Rechters: A.W.J. Ros

Advocaten: M. Grootveld en A.M. Bos

Wetsartikelen: 7:685 BW en Aanbeveling 3.7

RECHTSPRAAK

werknemer/Merck Sharp & Dhome B.V.

Werkgever heeft na uitzending van werknemer naar Singapore in strijd met gemaakte afspraken verzuimd een vrijwillige verzekering af te sluiten. Gevolgen van gemiste WW-uitkering komen tot datum comparitie voor rekening van werkgever. Hypotax is terecht ingehouden.

Werknemer is per 1 mei 1988 in dienst getreden van Organon. Organon is in 2007 overgenomen door Schering-Plough. Per 3 november 2009 is Schering-Plough gefuseerd met MSD. In september 2008 is werknemer uitgezonden naar Singapore. Op 23 juli 2011 is een beëindigingsovereenkomst overeengekomen. Werknemer stelt dat Organon in strijd met de gemaakte afspraken verzuimd heeft voor hem een vrijwillige verzekering af te sluiten. Daardoor komt hij niet in aanmerking voor een WW-uitkering. Aldus dient MSD de gemiste WW-uitkering aan hem te vergoeden. Daarnaast stelt werknemer dat MSD ten onrechte hypotax heeft ingehouden op de uitkering van aandelen. In reconventie vordert MSD betaling van hypotax over in 2012 verzilverde opties.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Doordat (de rechtsvoorgangster van) MSD niet aan haar toezegging uit de expatbrief heeft voldaan, dat werknemer 'will continue to participate in the Dutch social scheme for your social insurance coverage', is de WW-aanvraag van werknemer bij beslissing op bezwaar afgewezen, omdat – kort samengevat – werknemer langer dan een jaar in Singapore is verbleven en omdat 'geen vrijwillige verzekering door u of uw werkgever is gesloten'. Aldus komt het feit dat werknemer geen WW-uitkering heeft ontvangen in beginsel voor rekening van MSD. MSD kan evenwel niet gehouden worden werknemer financieel te compenseren voor 'alle huidige en toekomstige nadelige gevolgen', omdat het niet zeker is dat als werknemer wel verzekerd was geweest voor de WW, hij ook gedurende de periode 26 december 2012 tot 1 mei 2015 in aanmerking was gekomen voor een WW-uitkering. MSD wordt veroordeeld tot betaling van de gemiste WW-uitkering over de periode 1 december 2012 tot aan de datum van de comparitie, 17 februari 2014.

Anders dan werknemer is de kantonrechter van oordeel dat MSD Tax Equalization mocht

toepassen op de uitkering van de aandelen. In artikel 16 van de beëindigingsovereenkomst wordt een aantal looncomponenten uitgesloten van Tax Equalization. Opties en aandelen worden, anders dan de beëindigingsvergoeding, de uitbetaling van de opzegtermijn, de bonus en de jubileumuitkering, in dat artikel niet genoemd. Het voorgaande betekent dat MSD hypotax mocht inhouden. Daarbij geldt evenwel, dat, nu MSD niet heeft weersproken dat werknemer in Singapore inkomstenbelasting heeft voldaan over de uitkering van de aandelen en het principe van Tax Equalization is dat de werkgever de feitelijk in het werkland en in Nederland verschuldigde belasting betaalt, MSD aan werknemer het bedrag ter hoogte van de door werknemer in Singapore afgedragen belasting moet voldoen, voor zover MSD dat bedrag niet heeft verdisconteerd in de ingehouden hypotax. De vraag of MSD over de op 17 februari 2012 uitgeoefende opties hypotax mocht inhouden kan in het midden blijven, omdat het terugvorderen van eventueel ten onrechte niet ingehouden hypotax naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Werknemer mocht er immers gerechtvaardigd op vertrouwen dat het aan hem in 2012 betaalde bedrag ten aanzien van de opties het correcte nettobedrag was, dat hij dat bedrag mocht behouden en dat hij op basis van die uitkering uitgaven kon verrichten.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 08-05-2014

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2014:8019

Zaaknummer: 2405259 / CV EXPL 13-11098

Rechters: W. Aardenburg

Advocaten: M. Meijer en L.D. Brouwer

Wetsartikelen: 53 WW en 6:248 BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/Super Game B.V.

Ontslag op staande voet medewerkster amusement niet rechtsgeldig. Reconventionele vordering tot betaling van gefixeerde schadevergoeding is verjaard. Afwijzing schadevergoeding gebaseerd op algemeen vermogensrecht (Boek 6 BW).

Werkneemster is sinds 1992 in dienst van Super Game. Laatstelijk is zij werkzaam geweest als medewerkster amusement. Op 10 maart 2013 zijn werkneemster en een collega op staande voet ontslagen. In de ontslagbrief wordt beschreven dat twee voorvallen met boze klanten ‘in combinatie met nog andere (schriftelijke klachten) van weer andere klanten’ Super Game heeft doen concluderen dat het vertrouwen van haar in werkneemster ‘zeer ernstig beschadigd’ was, maar ook dat het vertrouwen van klanten in Super Game als bedrijf ‘volledig weg’ was. Voorts stelt Super Game dat zij de indruk heeft dat werkneemster (meerdere malen) frauduleus heeft gehandeld. Werkneemster beroept zich op de vernietigbaarheid van de opzegging. Zij stelt dat van een dringende reden geen sprake is en niet aan het onverwijldheidsvereiste is voldaan. De arbeidsovereenkomst is (voorwaardelijk) wegens veranderingen in omstandigheden per 15 augustus 2013 ontbonden, onder toekenning van een vergoeding van € 15.000. In reconventie vordert Super Game gefixeerde schadevergoeding.

De kantonrechter oordeelt als volgt. In verband met de betrekkelijke eenvoud van het oordeel in reconventie, wordt omtrent de vordering van Super Game eerst beslist. Pas bij conclusie van 9 april 2014 is de tegenvordering door Super Game aan de orde gesteld. Het beroep van werkneemster op verjaring slaagt en Super Game is daarom niet-ontvankelijk in haar vordering jegens werkneemster tot betaling van een gefixeerde schadevergoeding. Een kennelijk wegens wanprestatie op het algemene vermogensrecht (Boek 6 BW) gebaseerde ‘gewone’ schadevergoeding baat Super Game niet. Als Super Game die subsidiaire grondslag al niet te laat te hulp riep, heeft in ieder geval te gelden dat zij geen concrete schade noemt – laat staan aantoonst – die zich voor vergoeding zou lenen, gesteld al dat zij voldoende aangevoerd heeft om van schadeplichtigheid en aansprakelijkheid van werkneemster in de zin van Boek 6 BW uit te mogen gaan. In het midden wordt dan nog gelaten dat Super Game in het geheel onbesproken laat of een dergelijke subsidiaire grondslag voor haar tegenvordering

zich wel verdraagt met het in beginsel gesloten/exclusieve systeem van (sancties in) het ontslagrecht en in de regeling van de aansprakelijkheid van werknemers voor schadetoebrenging in Boek 7 BW.

Een dringende reden voor ontslag op staande voet is aan de hand van camerabeelden onvoldoende aangetoond. Ook is het ontslag, gebaseerd op feiten die zich laatstelijk op 1 mei 2013 hebben voorgedaan, niet onverwijld gegeven. Daarbij komt dat de redengeving ook inhoudelijk en qua bewijsbaarheid rammelt, naar believen in formulering en omvang mettertijd aangepast is en meer steunt op opinies dan op feitelijke waarnemingen of vaststellingen. Onder de noemer 'frauduleus handelen, meermalen gepleegd' of die van 'diefstal/verduistering' waarmee Super Game de ontslagreden samenvat, valt een groot deel van de aan het adres van werkneemster gerichte verwijten in de processtukken hoe dan ook niet te brengen. De loonvordering wordt tot 15 augustus 2013 toegewezen.

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 06-08-2014

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2014:7101

Zaaknummer: 2854825 CV EXPL 14-2804

Rechters: H.W.M.A. Staal

Advocaten: M.J.J. Pieters en J.J.H. S Thomassen

Wetsartikelen: 6:74 BW, 7:677 BW en 7:678 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Concordia De Keizer B.V. c.s.

Statutair bestuurder vordert onder meer betaling van achterstallig salaris en (gedeeltelijke) vernietiging van non-concurrentiebeding. Werknemer hoeft werkgever in principe niet ‘preventief’ in te lichten over voornemen om van baan te wisselen. Zwaarder drukken van non-concurrentiebeding wordt voldoende opgeheven indien de groep verzekerden waarvoor het geldt wordt beperkt.

Werknemer is op 1 mei 2005 in dienst getreden bij Concordia de Keizer in de functie van Senior Broker Marine Hull. In januari 2009 is hij benoemd tot Directeur Marine en Varia en in januari 2010 tot Directeur Schadeverzekeringen. In de arbeidsovereenkomst is een non-concurrentiebeding opgenomen. In april 2013 is afgesproken dat de vaste bonus van werknemer wordt afgeschaft, dat het vaste salaris wordt verhoogd en dat hij een variabele beloning met een maximum van 25% van het jaarsalaris ontvangt. Op 28 juni 2013 heeft werknemer zijn arbeidsovereenkomst met Concordia de Keizer opgezegd. Werknemer is kort na zijn ontslag in dienst getreden bij Howden, een concurrent. Concordia de Keizer heeft de overeenkomst tot salarisverhoging, voor zover deze tot stand is gekomen, buitengerechtelijk vernietigd wegens dwaling omdat werknemer essentiële informatie met betrekking tot zijn dienstverband heeft verzwegen. Het Gerechtshof 's-Gravenhage heeft in conventie de werking van het tussen partijen overeengekomen concurrentiebeding opgeschort totdat daarover in een bodemprocedure onherroepelijk is beslist, een en ander uitsluitend voor zover dit verder strekt dan de in reconventie uitgesproken veroordeling van werknemer. In reconventie is werknemer veroordeeld tot stipte nakoming van het overeengekomen concurrentiebeding, dat door het gerechtshof is beperkt (zie AR 2014-0495). Werknemer vordert in conventie in essentie dat tussen hem en Concordia de Keizer alsnog wordt afgerekend met uitbetaling (1) van achterstallig salaris, vakantietoeslag en dertiende maand, (2) de door Concordia België nog verschuldigde vergoeding, (3) pensioenpremies en (4) niet-genoten vakantiedagen. Concordia de Keizer betwist dat zij nog enig bedrag aan werknemer verschuldigd is en vordert in reconventie samengevat dat werknemer de ten onrechte betaalde bedragen aan haar terugbetaalt, waaronder (5) een door haar onverschuldigd betaald voorschot op de bonus.

Daarnaast verlangt werknemer in conventie dat voor recht wordt verklaard dat (6) het non-concurrentiebeding geen gelding meer heeft, althans (gedeeltelijk) vernietigd wordt. Concordia de Keizer vordert in reconventie juist dat werknemer gebonden is aan het overeengekomen (maar beperkte) non-concurrentiebeding.

De rechtbank oordeelt als volgt. In het memo staat dat er meerdere gesprekken zijn gevoerd over de vaste en variabele beloning van werknemer en dat (uiteindelijk) mondeling overeenstemming is bereikt, welke overeenstemming is neergelegd in het memo. Anders dan Concordia de Keizer meent, kan hieruit worden afgeleid dat Concordia de Keizer en werknemer het eens waren over de beloning van werknemer. De stelling van Concordia de Keizer dat een werknemer zijn werkgever dient in te lichten indien hij voornemens is van baan te veranderen, ook als daartoe – zoals volgens werknemer het geval was – nog niet definitief is besloten, is in zijn algemeenheid onjuist. Naar in het maatschappelijk verkeer geldende opvattingen heeft een werknemer in dergelijke omstandigheden niet snel een mededelingsplicht om de werkgever ‘preventief’ in te lichten, ook niet als de werknemer statutair bestuurder is. Het beroep van Concordia de Keizer op dwaling faalt. Het achterstallig loon, vakantietoeslag en pro rata dertiende maand ter hoogte van € 24.474,72 bruto wordt toegewezen. Ook wordt een bedrag aan pensioenpremie en uitbetaling van niet-genoten vakantiedagen toegewezen. Ten aanzien van de vordering in reconventie wordt geoordeeld dat geen sprake is van onverschuldigd betaalde bonus over 2013. Niet gebleken is dat de bonus eerst aan het einde van het jaar definitief verschuldigd is en alle eerdere betalingen voorwaardelijk worden gedaan.

Ten aanzien van het non-concurrentiebeding oordeelt de rechtbank als volgt. Voor toewijzing van een verklaring voor recht dat het non-concurrentiebeding geen gelding meer heeft, althans de rechtsgeldigheid daarvan is komen te vervallen, is geen aanleiding. Ten aanzien van de stelling van werknemer dat het non-concurrentiebeding door de ontwikkeling die hij in zijn carrière heeft gemaakt aanmerkelijk zwaarder is gaan drukken wordt overwogen dat als gevolg van de functiewijziging van werknemer de groep verzekerden is verruimd tot niet alleen marineverzekerden, maar ook (onder meer) tot schadeverzekerden van de brand-, motorrijtuigen- en particulierenafdeling. Hierdoor heeft het non-concurrentiebeding een ruimere strekking gekregen. Dit is nog versterkt door de fusie waardoor het aantal andere verzekerden dan marineverzekerden is verdubbeld. Het non-concurrentiebeding is hierdoor aanmerkelijk zwaarder gaan drukken. Dit leidt echter niet tot algehele vernietiging van het non-concurrentiebeding. Ook de conventionele vordering van werknemer tot gedeeltelijke vernietiging wordt afgewezen. Het zwaarder drukken van het non-concurrentiebeding wordt voldoende opgeheven indien de groep verzekerden waarvoor het geldt wordt beperkt tot de marineverzekerden. Anders dan werknemer heeft gesteld wordt hij hierdoor niet onbillijk

benadeeld; naar is gebleken heeft het hem niet belemmerd in het vinden van een andere werkkring. Het mislopen van bonus en dividenduitkering bij Howden vanwege handhaving van het non-concurrentiebeding, zoals door werknemer gesteld, kan niet worden gekwalificeerd als ernstig nadeel.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 30-07-2014

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2014:6486

Zaaknummer: C/10/433298 / HA ZA 13-956

Rechters: C. Sikkel

Advocaten: E.K.W. van Kamoen en S. Palm

Wetsartikelen: 7:628 BW en 7:653 BW

RECHTSPRAAK

X/F&F Europe B.V.

Concurrent waar werknemster in dienst zou treden betaalt maandelijks € 3.899 bruto om werknemster voor ontstane situatie te compenseren, terwijl geen arbeid wordt verricht. Niet evident dat werknemster verbod (opgelegd in kort geding) om bij concurrent in dienst te treden overtreedt.

X was vanaf 1 mei 2003 in dienst van F&F in de functie van Accountmanager. F&F is een bedrijf dat verse champignons verwerkt en bewerkt om deze vervolgens in te vriezen en te verpakken. In de arbeidsovereenkomst is een concurrentiebeding opgenomen. X heeft met ingang van 1 september 2013 de arbeidsovereenkomst met F&F opgezegd. In kort geding is het haar op straffe van verbeurte van een dwangsom verboden in dienst te treden van Lutèce of een onderneming gelijk, gelijksoortig dan wel aanverwant aan F&F. Lutèce heeft X schriftelijk laten weten zich verplicht te voelen haar financieel tegemoet te komen, omdat X op grond van een door Lutèce ingeschakelde deskundige haar dienstverband heeft opgezegd. Lutèce betaalt X maandelijks een bedrag van € 3.899 bruto. X mag geen werkzaamheden verrichten en de betaling stopt als X een andere baan heeft gevonden. F&F stelt dat het concurrentiebeding wordt overtreden en stelt dat X een bedrag van € 92.108,65 aan dwangsommen en kosten heeft verbeurd.

De voorzieningenrechter stelt voorop dat de beslissingsmaatstaf die de 'executierechter' ex artikel 438 Rv hanteert de volgende is. Het gaat binnen dit kader om de vraag of X dwangsommen heeft verbeurd en, zo ja, of F&F misbruik maakt van haar executiebevoegdheid de verbeurde dwangsommen te innen. Het dictum van het vonnis van 23 augustus 2013 bevat zowel een gebod als een verbod. Wil er sprake zijn van een overtreding van een gebod en/of verbod, dient evident te zijn dat niet aan het gebod en/of verbod is voldaan (HR 19 januari 2007, NJ 2007/59). Hoewel X de schijn tegen heeft, nu (1) de grondslag van de vergoedingen van Lutèce aan X vanuit fiscaal oogpunt en door de UWV zijn gekwalificeerd als arbeidsovereenkomst en (2) deze vergoedingen hoger liggen dan het laatstelijk door X bij F&F genoten loon, is echter niet evident dat reeds hierom het opgelegde verbod is geschonden in de zin dat X een arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:610 BW met Lutèce, CNC

Grondstoffen, C4C Holding en/of een daaraan gelieerde onderneming is aangegaan. In overgelegde brieven en ter zitting is uitdrukkelijk verklaard dat (1) X geen arbeidsovereenkomst in arbeidsrechtelijke zin heeft (gehad) met en geen arbeid (heeft) verricht voor Lutèce, CNC Grondstoffen, C4C Holding en/of een daaraan gelieerde onderneming, (2) de door Lutèce aan X betaalde vergoeding geen loon betreft, maar een maandelijks uitkering die voortvloeit uit de morele verplichting die Lutèce voelt om X enigszins te compenseren voor de ontstane situatie en (3) er geen gezagsverhouding bestaat. Deze omstandigheden sluiten niet de door X gestelde fiscale constructie voortvloeiend uit een natuurlijke verbintenis van Lutèce jegens haar uit.

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 10-07-2014

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2014:6089

Zaaknummer: C/03/192556 / KG ZA 14-333

Rechters: J.F.W. Huinen

Advocaten: P.R.H. Demacker en A.E. Thijssen

Wetsartikelen: 7:610 BW en 438 Rv

RECHTSPRAAK

werknemer/X c.s.

Overgang van zelfstandig onderdeel van garagebedrijf. Werkgeefster heeft, gelet op de berichten in de media en brieven aan klanten, de indruk gewekt dat sprake is van een voortzetting van de bedrijfsactiviteiten. Geslaagd beroep op opzegverbod wegens overgang van onderneming.

Werknemer is sinds 1981 in dienst van werkgeefster, een garagebedrijf. Laatstelijk is hij werkzaam als hoofd administratie. Het UWV heeft toestemming voor opzegging verleend vanwege staking van de bedrijfsactiviteiten. Aan klanten is kenbaar gemaakt dat X een nieuwe onderneming zal starten in het pand van werkgeefster. Werknemer stelt dat sprake is van een overgang van onderneming en dat hij van rechtswege in dienst is getreden van X. Hij vordert loondoorbetaling. Werkgeefster betwist de vordering en stelt dat geen sprake is van identiteitsbehoud.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Er is (in elk geval) sprake van overgang van een zelfstandig onderdeel van de onderneming van werkgeefster op X, te weten het dealerschap en het herstelbedrijf betreffende het merk Hyundai. De twee door X opgerichte vennootschappen gaan vanuit het pand waar werkgeefster voorheen het dealerschap en schadeherstelbedrijf voerde, dezelfde werkzaamheden verrichten, met dien verstande dat waar werkgeefster zich in belangrijke mate richtte op de verkoop van Hyundai, X dat nog vrijwel uitsluitend zal doen. Voorts heeft X ten behoeve van haar nieuwe onderneming in de regio Heemskerk, waar zij immers voorheen nog niet gevestigd was, een belangrijk deel van de activa overgenomen, zal zij de contracten met Schadegarant en leveranciers van werkgeefster zo veel mogelijk voortzetten en hebben partijen afspraken gemaakt over de garantiewerkzaamheden aan door werkgeefster verkochte auto's en over provisie. Ook het klantenbestand is overgegaan. De beëindiging van de onderneming van werkgeefster en de start van die van X gaan vrijwel naadloos in elkaar over. Ten slotte hebben werkgeefster en X, gelet op de berichten in de media en hun brieven aan klanten, naar buiten toe de indruk gewekt dat sprake is van een voortzetting van de bedrijfsactiviteiten van werkgeefster door X. Het beroep van werknemer op de vernietiging van de opzegging wegens strijd met het opzegverbod van artikel 7:670 lid 8

BW slaagt. De opzegging was immers gegrond op bedrijfsbeëindiging, terwijl is vastgesteld dat daarvan geen sprake is. De loonvordering wordt toegewezen. Voor wat betreft de vordering tot wedertewerkstelling heeft X aangevoerd dat zij een ontslagvergunning (voor zover vereist) heeft gevraagd, omdat in haar organisatie voor een administratief medewerker zoals werknemer geen ruimte is. Werknemer heeft dat verweer onvoldoende weerlegd terwijl hij bij wedertewerkstelling in afwachting van de procedure bij het UWV ook onvoldoende belang heeft aangevoerd, zodat die vordering wordt afgewezen.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 04-04-2014

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2014:7823

Zaaknummer: 2852431 VV EXPL 14-64

Rechters: J.J. Dijk

Advocaten: H.H.A. Lewin en A.J. Butter

Wetsartikelen: 7:662 BW en 7:670 lid 8 BW

RECHTSPRAAK

werknemers/Zygene European Freight Consult B.V.

Qatar Airways beëindigt overeenkomst met Zygene en verkoopt voortaan zelf vrachtruimte in vliegtuigen. Geen overgang van onderneming vanwege ontbreken identiteitsbehoud.

Negen werknemers zijn in dienst van Zygene. Zygene is een General Sales Agent (GSA) en zij verkoopt als zodanig vrachtruimte in de vliegtuigen van meerdere vliegtuigmaatschappijen (tien in 2013) aan luchtvrachtexpediteurs. Sinds 1 januari 2004 is Zygene op grond van een schriftelijke overeenkomst de GSA van Qatar Airways in Nederland en België. Met ingang van 1 januari 2014 zal Qatar Airways in Nederland de verkoop van vrachtruimte in haar vliegtuigen zelf gaan doen. Zij zal voor de daarmee gepaard gaande werkzaamheden circa vijf werknemers in dienst nemen die zij zelf heeft geworven en die niet van Zygene afkomstig zijn. De negen werknemers stellen zich op het standpunt dat de beëindiging door Qatar Airways van de general sales agreement voor Nederland en de omstandigheid dat Qatar Airways de verkoopwerkzaamheden vanaf 1 januari 2014 zelf zal gaan uitvoeren, kwalificeren als een overgang van een onderneming in de zin van artikel 7:662 BW op grond waarvan de werknemers op 1 januari 2014 van rechtswege in dienst treden van Qatar Airways.

De kantonrechter oordeelt onder verwijzing naar de arresten Spijkers (HvJ EG 18 maart 1986, NJ 1987/502) en Clece (HvJ EU 20 januari 2011, RAR 2011/49) dat geen sprake is van een overgang van onderneming. Zygene maakt deel uit van de agentuursector en verricht verkoopdiensten ten behoeve van derden (vliegtuigmaatschappijen). Het komt daarbij vooral aan op de kwaliteiten van de werknemers van Zygene, waaronder hun overtuigingskracht en handelsgeest, om luchtvrachtexpediteurs aan de vliegtuigmaatschappijen die Zygene vertegenwoordigt, te binden. Daardoor is veeleer sprake van een arbeidsintensieve sector dan van een kapitaalintensieve sector. Vast staat dat Qatar Airways geen van de werknemers van Zygene overneemt, laat staan een wezenlijk deel van het personeel dat door Zygene speciaal ten behoeve van Qatar Airways werd ingezet. Gelet daarop is van behoud van identiteit geen sprake. Zygene raakt weliswaar haar belangrijkste principaal kwijt, maar zij kan trachten met het personeel dat bij haar blijft de door haar opgebouwde klantenkring zodanig te bewerken dat deze kiezen voor de andere vliegtuigmaatschappijen die Zygene bedient. Feitelijk kan

slechts worden geconstateerd dat de activiteit van Zygene voor zover deze betrekking had op de verkoop van vrachtruimte in de vliegtuigen van Qatar Airways, gelijk zal zijn aan hetgeen Qatar Airways op dat vlak zelf zal gaan doen. Dat wettigt niet de conclusie dat een economische eenheid haar identiteit behoudt. Een eenheid kan immers niet worden gereduceerd tot de activiteit waarmee zij is belast. Uit de gezamenlijke beoordeling van alle verdere Spijkers-criteria volgt evenmin dat de identiteit wordt behouden.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 20-12-2013

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2013:14082

Zaaknummer: 2585415 VV EXPL 13-287

Rechters: J.J. Dijk

Advocaten: A.E.L.M. Fontijn en J. van Hulst

Wetsartikelen: 7:662 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/G4S Aviation Security B.V.

Functietoeslag van € 145 is geen onderdeel gaan uitmaken van basissalaris. Na aanvaarding van andere passende functie als gevolg van reorganisatie, waarbij het verschil tussen het oude en nieuwe salaris op grond van sociaal plan wordt gecompenseerd door een persoonlijke toeslag, hoeft functietoeslag niet meer te worden toegekend. Stoof/Mammoet niet van toepassing.

Werknemer is sinds 1 juni 1990 in dienst van (de rechtsvoorgangster van) G4S en vanaf 1 oktober 2008 als supervisor. Zijn salaris voor die functie werd vermeerderd met een vaste toeslag van € 145 bruto per maand. Als gevolg van een reorganisatie in 2013 is de functie van werknemer komen te vervallen. Met de OR en de vakbonden is een sociaal plan overeengekomen. Werknemer heeft uiteindelijk ingestemd met de passende functie van leadagent. Werknemer stelt dat G4S ten onrechte de toeslag van € 145 bruto per maand die hij al ruim tien jaar ontvangt en onderdeel is gaan uitmaken van zijn salaris, bij de bepaling van zijn nieuwe salaris niet heeft meegenomen. Derhalve is sprake van een onredelijk voorstel van G4S tot wijziging van arbeidsvoorwaarden en is werknemer niet gehouden dit voorstel te aanvaarden.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Uit het sociaal plan volgt dat wanneer een werknemer een passende functie met een lagere salarisschaal accepteert, zijn salaris niet in negatieve zin zal worden bijgesteld. Het verschil tussen het oude en het nieuwe salaris zal in de vorm van een persoonlijke toeslag aan het nieuwe basissalaris (conform de bij de functie van leadagent behorende maximale salarisschaal) worden toegevoegd. Het komt dan ook aan op beantwoording van de vraag of de toeslag van € 145 die werknemer voorheen ontving, al dan niet onderdeel is gaan uitmaken van zijn basissalaris. Geoordeeld wordt dat dit niet het geval is. De toeslag is op de salarisstroken steeds omschreven als ‘functietoeslag’. De toeslag diende, anders dan het vaste salaris en eventuele persoonlijke toeslagen, niet als grondslag voor pensioenopbouw, onregelmatigheidstoeslag en vakantiegeld. Toen de toeslag in 2004 werd toegekend, is benadrukt dat het een tijdelijke toeslag betrof. De omstandigheid dat werknemer

de toeslag al bijna tien jaar heeft ontvangen en dat hij ook in een eerdere functie van shiftleader de toeslag (van toen nog € 100 per maand) ontving, maakt de toeslag nog niet tot een vast salarisonderdeel omdat beide functies een functietoeslag kenden. Nu werknemer die functies niet meer vervult, zijn de daarbij behorende toeslagen komen te vervallen. De vraag of, op basis van het arrest Stoof/Mammoet sprake is van een eenzijdige functiewijziging en of deze redelijk is, is hier niet aan de orde. Vast staat immers dat de functie van werknemer is komen te vervallen en dat hij boventallig is verklaard. Dat gegeven zou, indien bij G4S geen andere passende functie voor werknemer gevonden zou kunnen worden, in beginsel leiden tot beëindiging van het dienstverband. Werknemer heeft geaccepteerd dat zijn functie van supervisor is komen te vervallen en hij heeft een lager ingeschaalde functie aanvaard en moet daarmee geacht worden ook het bijbehorende salaris te aanvaarden, waarbij conform het sociaal plan nog een toeslag komt om het verschil tussen het oude en het nieuwe basissalaris te compenseren.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 13-12-2013

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2013:14081

Zaaknummer: 2530127 VV EXPL 13-269

Rechters: J.J. Dijk

Advocaten: M.J.C. van der Heijden en H.J. Ulehake-Mink

Wetsartikelen: 1 sociaal plan