

Nieuwsbrief AR Updates - Nummer 38, 2014

Nummer 38, 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 Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2014:3888 18-09-2014

Deelnemersraad St. Pensioenfonds Dupont Nederland/St. Pensioenfonds Dupont Nederland

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2014:3662 16-09-2014

werknemer/bestuuder van GP&C B.V.

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2014:3654 16-09-2014

Xsundo III B.V., Jaccoo The Netherlands B.V. en Jaccoo LLC/werknemer

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2014:3648 16-09-2014

werknemer/X United BV

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2014:3643 16-09-2014

werknemer/X Transport BV

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2014:6969 09-09-2014

werknemer/Azur Investments Nederland

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2014:6966 09-09-2014

werkgever/werknemer

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2014:3532 26-08-2014

werknemer/G4S Aviation Security

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2014:3530 26-08-2014

Connexxion Openbaar Vervoer/werknemers

Rechtbank

Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2014:4203 16-09-2014

werknemster/Stichting Regionale Omroep Flevoland

Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2014:5233 11-09-2014

werknemer/DAF Trucks N.V.

Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2014:5825 09-09-2014

werkneemster/Stichting Openbare Bibliotheek Gelderland Zuid

Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2014:7265 03-09-2014

X/Johnsol B.V.

Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2014:7966 27-08-2014

Highlite International B.V./werknemer

Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2014:7380 21-08-2014

werknemer/werkgever

Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2014:6136 13-08-2014

X/Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen

Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2014:7976 28-04-2014

Highlite International B.V./werknemer

Uitspraken zonder ECLI

Hof van Justitie van de Europese Unie 18-09-2014

Bundesdruckerei/Stadt Dortmund

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Rechtbank Rotterdam 01-09-2014

werknemer/werkgever

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Rechtbank Den Haag 01-09-2014

Regionaal Reinigingsbedrijf Avalex/ondernemingsraad van Avalex

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Hof van Justitie van de Europese Unie 11-09-2014

Essent Energie Productie BV/minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Annotatie

Vlag van het schip niet relevant voor de toepasselijkheid van de Europese Verordening inzake het vrij verkeer van diensten in het zeevervoer (4055/86) als de dienstverlener is gevestigd in een lidstaat van de EER

mr. dr. G.W. van der Voet

RECHTSPRAAK

Bundesdruckerei/Stadt Dortmund

De verplichting om een minimumloon te betalen dat niet in verhouding staat tot de kosten van levensonderhoud in die andere lidstaat, is onverenigbaar met de vrijheid van dienstverrichting indien de werkzaamheden uitsluitend in die andere lidstaat plaatsvinden.

De onderhavige zaak betreft een geding tussen Bundesdruckerei GmbH (hierna: Bundesdruckerei) en de Stadt Dortmund (Duitsland) inzake de verplichting die deze laatste in het kader van een door haar uitgeschreven openbare aanbesteding voor het verrichten van diensten (digitalisering van documenten en de conversie van gegevens voor haar stedenbouwkundige dienst) in het bestek had vastgesteld en die inhield dat de inschrijvers ervoor moesten zorgen dat de werknemers van hun onderaannemers het minimumloon zouden ontvangen dat is voorgeschreven door de wettelijke regeling van het Land waaronder de aanbestedende dienst ressorteert, zelfs wanneer de betrokken onderaannemer in een andere lidstaat is gevestigd en alle prestaties ter uitvoering van de betrokken opdracht daar zullen worden uitgevoerd.

Het Hof van Justitie EU oordeelt als volgt. Wat de draagwijdte van de prejudiciële vraag betreft, moet worden vastgesteld dat Richtlijn 96/71 – anders dan in de gevallen die aan de orde waren in andere zaken, zoals die welke heeft geleid tot het arrest Rüffert (ECLI:EU:C:2008:189) – niet van toepassing is op het hoofdgeding. Het staat immers vast dat de inschrijver die in het hoofdgeding het beroep heeft ingesteld, niet de intentie heeft om de overheidsopdracht uit te voeren door werknemers van zijn onderaannemer, een in Polen gevestigde 100%-dochteronderneming, op Duits grondgebied ter beschikking te stellen. Integendeel, de prejudiciële vraag heeft volgens de bewoordingen ervan betrekking op een situatie waarin ‘de onderaannemer in een andere lidstaat van de [...] Unie [dan Duitsland] is gevestigd en de werknemers van de onderaannemer ter uitvoering van de in de opdracht bedoelde prestaties uitsluitend in diens thuisland worden ingezet’. Een dergelijke situatie valt niet onder een van de drie in artikel 1 lid 3 van Richtlijn 96/71 bedoelde transnationale maatregelen, zodat deze richtlijn niet van toepassing is op het hoofdgeding.

De vraag is of een dergelijke gunningsvoorwaarde in strijd is met artikel 56 VWEU. Dienaangaande blijkt uit de rechtspraak van het Hof dat een minimumloon dat op grond van een nationale wettelijke regeling wordt opgelegd aan de onderaannemers van een inschrijver die in een andere lidstaat dan die van de aanbestedende dienst zijn gevestigd, waar de minimumlonen lager zijn, een bijkomende economische last vormt die de levering van hun diensten in de ontvangende lidstaat kan verhinderen, belemmeren of minder aantrekkelijk maken. Een maatregel zoals die welke in het hoofdgeding aan de orde is, kan dus een beperking vormen in de zin van artikel 56 VWEU (zie in die zin arrest Rüffert, ECLI:EU:C:2008:189, punt 37). Voor zover de nationale wettelijke regeling die in het hoofdgeding aan de orde is, ook van toepassing is op een situatie zoals die welke in dat geding aan de orde is, waarin werknemers een overheidsopdracht uitvoeren in een andere lidstaat dan die van de aanbestedende dienst, waar de minimumlonen lager zijn, is deze regeling hoe dan ook onevenredig. Deze regeling gaat namelijk verder dan wat nodig is ter bereiking van het doel, de werknemers te beschermen, voor zover zij in een dergelijke situatie een vast minimumloon voorschrijft dat overeenstemt met het loon dat vereist is om de werknemers van de lidstaat van de aanbestedende dienst een passend loon te verzekeren, gelet op de kosten van levensonderhoud in die lidstaat, maar niet in verhouding staat tot de kosten van levensonderhoud in de lidstaat waarin de prestaties ter uitvoering van de betrokken overheidsopdracht zullen worden verricht, en de in die lidstaat gevestigde onderaannemers dus de mogelijkheid ontnemt om een concurrentievoordeel te halen uit de bestaande loonverschillen. De loonbeschermingsmaatregel die in het hoofdgeding aan de orde is, kan evenmin worden gerechtvaardigd door het doel, de stabiliteit van de socialezekerheidsstelsels te verzekeren. Er wordt immers niet aangevoerd dat de toepassing van deze maatregel op de betrokken Poolse werknemers noodzakelijk is om het risico van een ernstige aantasting van het evenwicht van het Duitse socialezekerheidsstelsel te voorkomen, en een dergelijk argument zou overigens niet houdbaar zijn (zie naar analogie arrest Rüffert, ECLI:EU:C:2008:189, punt 42). Indien deze werknemers geen passend loon zouden ontvangen en dus hun toevlucht zouden moeten nemen tot de sociale zekerheid om zichzelf een minimale koopkracht te verzekeren, zouden zij recht hebben op Poolse sociale uitkeringen. Dit zou vanzelfsprekend geen belasting vormen voor het Duitse socialezekerheidsstelsel. Gelet op een en ander moet op de gestelde vraag worden geantwoord dat artikel 56 VWEU in een situatie zoals die van het hoofdgeding, waarin een inschrijver een overheidsopdracht wil uitvoeren door uitsluitend gebruik te maken van werknemers van een onderaannemer die in een andere lidstaat is gevestigd dan die van de aanbestedende dienst, in de weg staat aan de toepassing van een wettelijke regeling van de lidstaat van deze aanbestedende dienst volgens welke deze onderaannemer de betrokken werknemers een in deze regeling vastgesteld minimumloon dient te betalen.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 18-09-2014

Zaaknummer: C₅₄₉/13

ANNOTATIE

Vlag van het schip niet relevant voor de toepasselijkheid van de Europese Verordening inzake het vrij verkeer van diensten in het zeevervoer (4055/86) als de dienstverlener is gevestigd in een lidstaat van de EER

mr. dr. G.W. van der Voet

1. Inleiding

Onderhavige zaak is de tweede uitspraak in nog geen week tijd van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: het Hof) met betrekking tot de rechtspositie van de zeevarende. In de vorige uitspraak bepaalde het Hof dat de richtlijn inzake de ketenregeling (Richtlijn 1999/70/EG) ook van toepassing is op zeevarenden (HvJ EU 3 juli 2014, C-362/13; AR 2014-0597 (Fiamingo/Rete Ferroviaria Italiana SpA)). In de onderhavige uitspraak gaat het Hof in op het toepassingsbereik van Verordening 4055/86 inzake de toepassing van het beginsel van het vrij verrichten van diensten op het zeevervoer tussen de lidstaten onderling en tussen de lidstaten en derde landen (Verordening van de Raad van 22 december 1986, *PbEG* L 378/1; hierna: de verordening). Het Hof oordeelt dat de omstandigheden dat (1) het schip waarmee het betrokken zeevervoer wordt verricht en waarop de werknemers zijn tewerkgesteld voor wie de collectieve acties worden gevoerd, onder de vlag van een derde land vaart en dat (2) de bemanningsleden van het schip, zoals in casu het geval is, onderdanen zijn van derde landen geen afbreuk doen aan de toepasselijkheid van de verordening.

Na eerst de feiten van de onderhavige zaak kort te hebben samengevat (par. 2), als ook de uitspraak van het Hof (par. 3 en 4) zal in het daarop volgende commentaar worden ingegaan op de verhouding tussen de vrijheid van collectieve actie en de vrijheid van dienstenverkeer in het zeevervoer (par. 5).

2. Feiten

In casu was sprake van een geschil tussen de Noorse vennootschap Fonnship A/S (hierna: Fonnship) en twee Zweedse vakbonden – Svenska Transportarbetareförbundet ('transportarbeidersbond', hierna: ST) en Facket för Service och Kommunikation ('vakbond

voor de diensten- en communicatiesector', hierna: SEKO) – die door middel van vakbondsacties het verrichten van diensten met een schip van Fonnship – de Sava Star – hadden verstoord.

De Sava Star is een bulkcarrier die voornamelijk trajecten aflegt tussen staten die partij zijn bij de EER-Overeenkomst. Het schip is ingeschreven in het scheepsregister van Panama en vaart dus onder Panamese vlag. De bemanning bestond uit vier officieren van Poolse nationaliteit en twee matrozen van Russische nationaliteit. Deze bemanning was in dienst bij Fonnship. Volgens Fonnship werden de lonen van die bemanningsleden beheerst door een collectieve arbeidsovereenkomst die zij had gesloten met een Russische vakbond. Volgens Fonnship waren die lonen, die voor matrozen ongeveer 550 Amerikaanse dollar (USD) per maand bedroegen, gelijk of zelfs hoger dan die werden aanbevolen door de International Transport Workers' Federation (de Internationale Transportarbeidersfederatie; hierna: ITF). ST was van mening dat de lonen van de bemanning van de Sava Star onredelijk waren en heeft op 26 oktober 2001 – toen het schip voor anker lag in de haven van Holmsund (Zweden) – Fonnship verzocht om een door de ITF goedgekeurde cao (een zogeheten 'Special Agreement') te sluiten. Toen Fonnship dit weigerde werden vakbondsacties ondernomen waarbij met name het laden en lossen van dat schip werd verhinderd. Onder deze druk sloot Fonnship op 29 oktober 2001 toch een cao met ST (hierna: overeenkomst van 2001). Deze cao verplichtte onder meer tot betaling van toetredingsbijdragen en bijdragen voor het solidariteitsfonds, op grond waarvan Fonnship 1.794 USD moest betalen aan ST. De kapitein van de Sava Star heeft een protestbrief opgesteld en de bemanningsleden hebben een document ondertekend waarin stond te lezen dat zij de door ST gevoerde acties niet goedkeurden. Daarna heeft het schip de haven van Holmsund kunnen verlaten. Op 29 januari 2002 heeft Fonnship een vordering ingesteld bij de Arbetsdomstol met het verzoek om ST te veroordelen om haar 1.794 USD terug te betalen, alsmede om haar een schadevergoeding van ongeveer 10.000 USD te betalen voor de door genoemde vakbondsacties veroorzaakte economische schade.

Toen de Sava Star op 18 februari 2003 voor anker lag in de haven van Köping (Zweden) – en de overeenkomst van 2001 niet meer van kracht was – werd zij door SEKO bezocht met een vergelijkbaar verzoek om een Special Agreement te ondertekenen. Toen Fonnship weigerde, volgden er opnieuw acties, waardoor Fonnship werd genoodzaakt om opnieuw een Special Agreement af te sluiten, zij het ditmaal met SEKO (de overeenkomst van 2003). Ook dit leidde voor Fonnship weer tot een verplichte betaling van een bedrag van 1.794 USD aan 'verwerkingskosten' en bijdragen voor een solidariteitsfonds. Op 11 maart 2003 startte Fonnship daarom ook een procedure bij de Arbetsdomstol tegen SEKO met het verzoek om SEKO te veroordelen om haar het bedrag van 1.794 USD terug te betalen en om haar een schadevergoeding van 6.000 EUR te betalen voor de door genoemde vakbondsacties

veroorzaakte economische schade.

3. Prejudiciële vraag

De verwijzende rechter (Arbetsdomstol) – in deze zich inmiddels al langer dan tien jaar voortslepende procedure – is van oordeel dat de kwestie van de rechtmatigheid van die vakbondsacties doorslaggevend is voor de beslechting van de hoofdgedingen en dat hij, teneinde deze vraag op te lossen, dient te beoordelen of het Zweedse recht inzake vakbondsacties verenigbaar is met de Unierechtelijke bepalingen inzake het vrij verrichten van diensten. Omdat partijen het niet eens zijn over de vraag of die bepalingen relevant kunnen zijn in een situatie zoals die in deze gedingen, waarin het betrokken schip onder Panamese vlag vaart, moet volgens die rechter vooraf worden onderzocht of het Unierecht toepasselijk is. Daarop heeft de Arbetsdomstol de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vraag:

‘Is de regeling van de EER-Overeenkomst inzake het vrij verrichten van diensten, te weten diensten op het zeevervoer – waarvoor een overeenkomstige regeling bestaat in het EG-Verdrag – van toepassing op een vennootschap die is gevestigd in een staat van de EVA [Europese Vrijhandelsassociatie], in zoverre haar activiteit bestaat in het verrichten van vervoerdiensten naar een lidstaat van de Europese Gemeenschap of een EVA-staat met een schip dat in een derde land buiten de Europese Gemeenschap en/of de EER is geregistreerd (en onder de vlag van dat land vaart)?’

Opvallend is dat de verwijzende rechter weigerde het Hof de vraag voor te leggen of de vakbondsacties verenigbaar waren met het recht van de EER, omdat hij van oordeel is dat het, gelet op de arresten Viking en Laval, aan hem is om, ingeval de EER-regels inzake het vrij verrichten van diensten in casu inderdaad van toepassing zijn, te beslissen of de acties noodzakelijk en passend waren. Hij gaf daarbij niet aan hoe zijn oordeel dan vervolgens zal luiden.

4. Oordeel van het Hof

Het Hof stelt eerst vast dat de verordening krachtens artikel 7 onder a van de EER-Overeenkomst en bijlage XIII onderdeel uitmaakt van de rechtsorde van alle staten die partij zijn bij de EER-Overeenkomst. De verordening en die bepalingen van de EER-Overeenkomst bevatten regels inzake de toepasselijkheid van het vrij verrichten van diensten in de zeevervoersector tussen staten die partij zijn bij de EER-Overeenkomst onderling en tussen die staten en derde landen.

Vervolgens stelt het Hof vast dat uit de bewoordingen en de structuur van artikel 1 lid 1 en 2

van de verordening volgt dat twee categorieën van personen in aanmerking komen voor dat vrij verrichten van diensten (mits aan bepaalde voorwaarden is voldaan), te weten:

1. de in de EER gevestigde onderdanen van een staat die partij is bij de EER-Overeenkomst;
2. de in een derde land gevestigde onderdanen van een staat die partij is bij de EER-Overeenkomst en de scheepvaartondernemingen die in een derde land zijn gevestigd en worden gecontroleerd door onderdanen van een staat die partij is bij de EER-Overeenkomst, mits hun schepen zijn geregistreerd in een lidstaat.

Voorts blijkt volgens het Hof uit de overwegingen in de considerans van de verordening alsook uit de voorgeschiedenis daarvan, dat de Uniewetgever – door de onderdanen van een lidstaat die in een derde land zijn gevestigd of daar een scheepvaartonderneming controleren, te laten vallen binnen die personele werkingssfeer – ervoor heeft willen zorgen dat een groot deel van de handelsvloot die in handen is van onderdanen van een lidstaat, valt onder de door de verordening ingestelde liberalisering van de zeevervoersector, zodat de rederijen van de lidstaten beter het hoofd kunnen bieden aan met name de door derde landen aangebrachte beperkingen.

Een aanknopingsvereiste kan tot slot worden gevonden in artikel 1 lid 2 van de verordening, waarin wordt bepaald dat de onderdanen van een staat die partij is bij de EER-Overeenkomst die vanuit een in een derde land gevestigde inrichting handelen, zijn uitgesloten van het vrij verrichten van diensten indien hun schepen niet onder de vlag van die staat varen. A contrario kan uit het feit dat dit vereiste ontbreekt voor onderdanen van een staat die partij is bij de EER-Overeenkomst die handelen vanuit een in de EER gevestigde inrichting, worden afgeleid dat de Uniewetgever meende dat deze categorie personen op zich een voldoende nauwe band heeft met het EER-recht om binnen de personele werkingssfeer van die verordening te vallen, ongeacht de vlag waaronder hun schepen varen (zie in die zin HvJ EG 17 mei 1994, C-18/93, punt 29 (Corsica Ferries) en HvJ EG 18 juni 1998, C-266/96, punt 3 (Corsica Ferries France)).

Gelet hierop, moet volgens het Hof op de gestelde prejudiciële vraag worden geantwoord dat artikel 1 van de verordening zo moet worden uitgelegd dat een vennootschap die is gevestigd in een staat die partij is bij de EER-Overeenkomst en eigenaar is van een onder de vlag van een derde land varend schip waarmee zeevervoerdiensten worden verricht vanuit of naar een staat die partij is bij die overeenkomst, zich kan beroepen op het vrij verrichten van diensten, op voorwaarde dat die vennootschap op basis van de exploitatie van dat schip kan worden aangemerkt als verrichter van die diensten en de ontvangers daarvan zijn gevestigd in andere EER-lidstaten dan die waarin die vennootschap is gevestigd. Nagegaan moet dus worden of de vennootschap het schip ook zelf exploiteert.

Mocht blijken dat Fonnship de Sava Star zelf exploiteerde en dus moet worden aangemerkt als verrichter van de in de hoofdgedingen aan de orde zijnde zeevervoerdiensten, zoals Fonnship heeft betoogd, dan valt deze binnen de werkingssfeer van de verordening, aangezien de ontvangers van de diensten in casu waren gevestigd in een andere EER-lidstaat. In dat geval zou volgens het Hof elke beperking die zonder objectieve rechtvaardiging het verrichten van die diensten verbiedt, belemmert of minder aantrekkelijk maakt, onverenigbaar met het Unierecht moeten worden verklaard. Wanneer de verordening toepasselijk is, geeft zij volgens het Hof in wezen namelijk uitvoering aan de verdragsbepalingen inzake het vrij verrichten van diensten en de daarop betrekking hebbende rechtspraak.

Gezien de complexiteit van de organisatie van de activiteiten in het internationale zeevervoer zij in dit verband tot slot nog gewezen op de opmerking van A-G Mengozzi hierover in zijn conclusie van 1 april 2014 bij dit arrest. Hij gaf daarin aan van mening te zijn dat wanneer de eigenaar zijn schip voor een bepaalde periode (tijdbevrachting) of voor een bepaalde reis (reisbevrachting) verhuurt, verondersteld wordt dat hij in beginsel verantwoordelijk blijft voor de bemanning van het schip. Ook al verzorgt de bevrachter het vervoer voor de klanten, hij maakt gebruik van de bemanning van het schip dat hem door de eigenaar ter beschikking wordt gesteld. In een dergelijke situatie, waarin de eigenaar van het schip rechtstreeks verantwoordelijk blijft voor de bemanning van het schip, kan naar de mening van de A-G worden verdedigd dat zowel de bevrachter als de eigenaar dezelfde zeevervoerdienst aanbieden en derhalve beide onder de personele werkingssfeer van de verordening vallen (o.w. 56). Dit is anders in geval van een rompbevrachter (*bareboat-charter*), waaraan het schip zonder bemanning wordt verhuurd. Is sprake van een rompbevrachter, dan valt de eigenaar van het schip naar de mening van de A-G dan ook niet onder de werkingssfeer van de verordening (o.w. 57).

5. Verhouding tussen vrijheid van collectieve actie en vrijheid van dienstenverkeer in het zeevervoer

De internationale vrijheid van dienstverlening in de zeescheepvaart wordt niet (rechtstreeks) gewaarborgd door de vrijheid van dienstverlening als bedoeld in artikel 56 VWEU (art. 59 EEG-Verdrag ten tijde van de totstandkoming van de verordening), maar wordt blijkens artikel 58 lid 1 VWEU (destijds art. 61 lid 1 EEG-Verdrag) geregeld door titel IV inzake vervoer. Artikel 91 lid 1 VWEU van deze titel (destijds art. 84 lid 2 EEG-Verdrag) biedt daarbij de grondslag voor de uit 1986 daterende verordening. Deze verordening is van toepassing op het vervoer over zee van reizigers of goederen tussen een haven van een lidstaat en een haven of een offshore-installatie van een andere lidstaat of derde land (art. 1 lid 4). De verordening dient daarmee te worden onderscheiden van Verordening 3577/92 op het cabotagevervoer, waarin de vrijheid wordt gewaarborgd voor een zeevaartonderneming uit een EU/EER-lidstaat om

vervoersdiensten te verrichten binnen de grenzen van een andere EU/EER-lidstaat. Het gaat dan dus niet om internationaal vervoer, maar om binnenlands vervoer van goederen of passagiers tussen twee punten in hetzelfde land, door een scheepvaartbedrijf uit een ander land. Ook deze verordening vindt zijn grondslag in artikel 91 lid 1 VWEU.

De onderhavige uitspraak maakt duidelijk dat het beginsel van vrij verkeer van toepassing is, ongeacht de registratie of de vlag van de door het vervoersbedrijf geëxploiteerde schepen. Artikel 1 lid 1 van de verordening geeft met andere woorden gemeenschapsreders de ruimte hun schepen onder een 'goedkope vlag' in te zetten (voor participatie aan het cabotagevervoer eist art. 1 lid 1 van Verordening 3577/92 overigens wel dat deelnemende reders schepen exploiteren die de vlag van een lidstaat voeren). Dit versterkt uiteraard de concurrentiepositie van de reders, maar kan nadelig zijn voor de arbeidsvoorwaarden en/of werkgelegenheid van bemanningsleden uit (sommige) EU/EER-lidstaten. De vraag is of de ITF – die een 'anti-goedkopevlaggenbeleid' voert – en nationale vakbonden daar iets tegen kunnen doen.

De A-G stelt in zijn conclusie dat het aan de verwijzende rechter is om aan de hand van nationale bewijsregels te onderzoeken of mogelijk sprake is van misbruik van het uit de verordening voortvloeiende recht op vrijheid van dienstverlening (o.w. 91). Dit zou volgens de A-G het geval kunnen zijn indien uit een aantal objectieve omstandigheden voortvloeit dat het 'wezenlijk doel' van het voeren van een 'goedkope vlag' is gelegen in de ontduiking van regelgeving inzake de beloning van de bemanning die normaliter van toepassing zou zijn geweest, indien het schip was geregistreerd in de staat van de EER waar de eigenaar is gevestigd. Deze ontduiking van arbeidsvoorwaarden zou voorts moeten leiden tot oneerlijke concurrentie. Dat zou volgens de A-G namelijk in strijd zijn met het doel van de verordening, waarmee blijkens de vooroverwegingen juist is bedoeld 'een stelsel van eerlijke concurrentie' te handhaven (o.w. 87). Voorts staat in deze vooroverwegingen dat deze zeevaartmaatschappijen niet mag worden belet te functioneren 'zolang zij het beginsel van eerlijke mededinging op commerciële basis aanvaarden' (zie de punten 6 en 7 in de vooroverwegingen). Het is echter de vraag of in casu misbruik van recht zal worden aangenomen. Feit is dat in de hierboven aangehaalde zaken van Corsica Ferries en Corsica Ferries France eveneens sprake was van een Panamees gevlagd schip waarvan de eigenaar was gevestigd in een EU-lidstaat en dat het Hof de verordening zonder voorbehoud van toepassing achtte op deze scheepvaartondernemingen, evenals in de onderhavige zaak van Fonnship. Bovendien zal de eigenaar van het schip in de meeste gevallen meerdere redenen hebben om het schip in een derde land te registreren. Te denken valt onder meer aan het voordeel dat valt te behalen op het gebied van vertrouwelijkheid, inkomstenbelasting en regelgeving op het gebied van veiligheid en milieu en niet te vergeten de flexibiliteit van en de snellere dienstverlening door de maritieme overheidsinstanties in deze landen (zie ook o.w. 85 van de

conclusie van de A-G). Niet voor niets spreken scheepvaartbedrijven over het algemeen niet over ‘goedkope’, maar over ‘commerciële vlaggen’.

Veel zal waarschijnlijk dus afhangen van het gewicht dat wordt toegekend aan de vrijheid van collectieve actie zoals onder meer gewaarborgd in artikel 6 lid 4 ESH en artikel 28 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie en hoe dat zal worden afgewogen tegen de vrijheid van dienstverlening. Deze vraag kwam eerder aan de orde in onder meer de bekende arresten ITF/Viking (HvJ EU 11 december 2007, C-348/05, *JAR* 2008/20) en Laval (HvJ EU 18 december 2007, C-341/05, *JAR* 2008/20).

Van belang in dat kader is dat de verordening aan scheepvaartondernemingen eenzelfde recht op vrijheid van dienstverlening toekent, als gewaarborgd in artikel 56 VWEU. Zo bepaalt artikel 1 lid 1 van de verordening in termen die in wezen niet verschillen van die van artikel 56 VWEU, wie in aanmerking komt voor het vrij verrichten van diensten inzake zeevervoer (HvJ EU 14 juli 1994, C-379/92, r.o. 39 (Peralta)) en verklaart artikel 1 lid 3 van de verordening de artikelen 55 tot en met 58 en 62 EEG-Verdrag van overeenkomstige toepassing op het zeevervoer. In de onderhavige zaak overweegt het Hof voorts dat wanneer de verordening toepasselijk is, zij in wezen uitvoering geeft aan de verdragsbepalingen inzake het vrij verrichten van diensten en de daarop betrekking hebbende rechtspraak. Het Hof verwijst daarbij naar de arresten Commissie/Frankrijk (HvJ EG 5 oktober 1994, C-381/93, punten 13 en 16); Commissie/Italië (HvJ EG 19 februari 2002, C-295/00, punten 9 en 10); Sea-Land Service en Nedlloyd Lijnen (HvJ EG 13 juni 2002, C-430/99 en C-431/99, punten 31 en 32); Geha Naftiliaki e.a. (HvJ EG 14 november 2002, C-435/00, punten 20 en 21) en Commissie/Spanje (C-18/09, punt 12). Deze rechtspraak omvat de in de arresten Viking en Laval ontwikkelde rechtspraak inzake de verenigbaarheid van vakbondsacties met de Europese economische vrijheden, waaronder de vrijheid van dienstverlening.

In de Viking-zaak ging het om het uitvlaggen van een veerboot van Finland naar Estland, waarbij de vrijheid van vestiging in het geding was. De Finse maatschappij Viking was eigenaar van de veerboot Rosella, die een regelmatige verbinding tussen de lidstaten Estland en Finland verzorgde. Vanwege de concurrentie die de Rosella onderging van schepen uit Estland die op de zelfde route voeren, werd haar exploitatie verliesgevend. Om die reden wilde Viking het schip uitvlaggen naar Estland, zodat geprofiteerd kon worden van het lagere niveau van werknemersbescherming in Estland. Viking zou daarbij de economisch eigenaar blijven van de Rosella, maar de exploitatie zou worden uitbesteed aan een speciaal voor dit doel opgerichte dochtervennootschap in Estland. De ITF – die zoals gezegd een anti-goedkopevlaggenbeleid voert – kwam hiertegen in het geweer evenals de Finse vakbond FSU. Er volgde een staking. Viking beloofde naar aanleiding daarvan dat de omvlagging niet tot ontslagen zou leiden en deze pas ruim een jaar later zou plaatsvinden. Toen deze toezegging

geen effect bleek te hebben, spande Viking een procedure aan bij de Engelse rechter en vorderde een verklaring voor recht dat de staking in strijd was met het gemeenschapsrecht. In hoger beroep legde de Court of Appeal een aantal prejudiciële vragen voor aan het Hof. Deze kwamen in de kern neer op de vraag hoe het recht op het voeren van collectieve actie zich verhoudt tot de Europese vrijheid van vestiging. Het Hof stelde vervolgens vast dat de Europese vrijheid van vestiging niet alleen ziet op het handelen van overheden, maar ook op 'bepalingen van andere aard, strekkende tot collectieve regeling van arbeid in loondienst, zelfstandige arbeid en het verrichten van diensten' (r.o. 34). Dit brengt met zich dat de vrijheid van vestiging door een onderneming ook kan worden ingeroepen tegen een vakbond. Vervolgens oordeelde het Hof dat het recht op collectieve actie is te beschouwen als een grondrecht dat onderdeel uitmaakt van de algemene beginselen van het gemeenschapsrecht (r.o. 44). Het stakingsrecht is volgens het Hof echter niet onbeperkt en dient te worden uitgeoefend in overeenstemming met het recht, waaronder het gemeenschapsrecht. De vrijheid van vestiging mag worden beperkt indien daarmee een met het EU-Verdrag verenigbaar doel wordt nagestreefd en deze haar rechtvaardiging vindt in dwingende redenen van algemeen belang. De beperking is bovendien pas gerechtvaardigd als zij geschikt is om het nagestreefte doel te verzekeren en niet verder gaat dan noodzakelijk. Vervolgens kwam het Hof tot het oordeel dat de acties van de vakbonden weliswaar een legitiem doel dienden – te weten de bescherming van de werknemers – maar dat het de vraag was of deze de evenredigheidstoets konden doorstaan, nu Viking behoud van werkgelegenheid en arbeidsvoorwaarden voor het zittende personeel had toegezegd.

In de zaak Laval oordeelde het Hof dat de Zweedse bonden een dienstverlener – in dit geval een bouwbedrijf – uit een andere EU-lidstaat niet middels een collectieve actie mochten dwingen om de Zweedse cao toe te passen op haar werknemers. Evenals in casu betrof het een typisch Zweedse zaak. Kenmerkend voor Zweden is namelijk dat het land geen wettelijk minimumloon kent. Evenmin kent het land algemeen verbindend verklaarde cao's als bedoeld in artikel 3 lid 8 van de Detacheringsrichtlijn, waarin minimumloonafspraken zouden kunnen worden opgenomen. In plaats daarvan worden loonafspraken door de vakbonden lokaal met de betrokken werkgever uitonderhandeld. Op deze wijze kon de Detacheringsrichtlijn (Richtlijn 96/71/EG) volgens het Hof echter niet worden geïmplementeerd. Dit maakt het voor een buitenlandse dienstverlener namelijk onmogelijk om vooraf te weten welke verplichtingen hij moet nakomen op het gebied van het minimumloon. In casu had het Letse bedrijf Laval via een Zweedse dochter (Baltic) een project voor de bouw van een school aangenomen in het Zweedse Vaxholm. Laval kwam niet uit de loononderhandelingen met de vakbonden wat leidde tot blokkering van het bouwterrein en stillegging van de bouwprojecten door de bonden. Daarop startte Laval een procedure bij de Arbetsdomstol met het verzoek de acties onrechtmatig te verklaren en die te verbieden. Het Hof oordeelde in navolging van het

Viking-arrest dat het recht op vrijheid van dienstverlening jegens de vakbonden horizontale werking heeft en dat de acties van Zweedse vakbonden daarop een belemmering vormden. Door buitenlandse bedrijven te dwingen zich aan te sluiten bij de Zweedse bouw-cao werd het voor hen minder aantrekkelijk en zelfs buitengewoon moeilijk gemaakt om bouwwerkzaamheden uit te oefenen op Zweeds grondgebied. Dit gold a fortiori voor de gedwongen loononderhandelingen op de bouwplaats. Ter rechtvaardiging van deze belemmering beriepen de vakbonden zich op het recht van collectieve actie als een in het gemeenschapsrecht erkend grondrecht en op de bescherming van de werknemers. Daarop oordeelde het Hof dat de bescherming van de gedetacheerde werknemers en de bescherming van de werknemers in de lidstaat van ontvangst tegen 'social dumping' op zich legitieme doelen zijn, maar dat die de inbreuk op de vrijheid van dienstverlening niet kunnen rechtvaardigen omdat de Detacheringsrichtlijn al in deze bescherming voorziet. Om diezelfde reden oordeelt het Hof dat de Lex Britannia in strijd is met de vrijheid van dienstverlening. De Lex Britannia acht het mogelijk collectief actie te voeren tegen een werkgever die gebonden is aan een buitenlandse cao, terwijl een dergelijke actie niet mogelijk is tegen een werkgever die is gebonden aan een Zweedse cao (vanwege de daarin opgenomen vredesplichtclausule). Doel daarvan is eerlijke concurrentie te creëren tussen Zweedse werkgevers en ondernemers uit andere lidstaten. Dit doel viel volgens het Hof niet onder de uitzonderingen op de 'harde kern' van artikel 3 lid 1 van de Detacheringsrichtlijn, te weten bepalingen van openbare orde (art. 3 lid 10 Detacheringsrichtlijn).

De vraag is wat voor gevolgen beide arresten hebben voor de onderhavige zaak. Van belang is namelijk dat de Detacheringsrichtlijn in casu niet van toepassing is. In artikel 1 lid 2 van de Detacheringsrichtlijn staat namelijk dat de richtlijn niet van toepassing is op het zeevarend personeel van koopvaardijondernemingen. Deze uitsluiting houdt verband met de specifieke, mobiele ('itinerante') aard van het door deze groep werknemers verrichte werk en de praktische moeilijkheden in verband met de controle van deze werknemers (zie SEC(2006)439, p. 12). Om die reden komt het arrest in de Laval-zaak naar mijn mening wat minder betekenis toe dan het arrest in de Viking-zaak, hoewel men zich kan afvragen of het opdringen door de Zweedse vakbonden van hun cao – terwijl Fonnship al een cao had afgesloten met een Russische vakbond – niet in strijd is met het Laval-arrest, gezien het feit dat de Lex Britannia daarin door het Hof werd 'afgeschoten'. Franssen merkt in haar annotatie bij dit arrest (JAR 2014/98) op dat dat mogelijk in casu niet het geval is, aangezien de vakbonden niet eisten dat Fonnship de Zweedse cao zou naleven, maar de door de ITF goedgekeurde Special Agreement. Deze special agreements – waarin de lonen hoger zijn dan in de gewone ITF-voorwaarden – worden door ITF meestal opgelegd in het kader van een boycot en bevatten als zodanig dus een punitief element. (Zie over het juridische karakter van deze internationale cao o.a. A.A.H. van Hoek, *Internationale mobiliteit van werknemers*, Den

Haag: Sdu Uitgevers 2000, p. 488 t/m 491.)

Voor de vraag of de vakbonden door middel van hun actie een inbreuk mochten maken op het vrije verkeer van diensten, zal naar mijn mening – uitgaande van de jurisprudentie van het Hof – dus dienen te worden teruggedrepen naar de objectieve beperkingsgrond uit het Viking-arrest, wat betekent dat de acties non-discriminatoir dienden te zijn en dat daarmee een met het Unierecht verenigbaar doel diende te worden nagestreefd dat zijn rechtvaardiging vindt in dwingende redenen van algemeen belang en dat de acties met het oog daarop een noodzakelijk en evenredig middel dienden te vormen (zie overeenkomstig *Geha Naftiliaki e.a.* (HvJ EG 14 november 2002, C-435/00, punten 20 en 21). Hoewel de bescherming van de werknemers – die de Zweedse vakbonden betoogden voor ogen te hebben gehad – blijkens de jurisprudentie van het Hof weliswaar zo'n legitiem doel kan opleveren, is vervolgens de vraag of dit doel ook de evenredigheidstoets kan doorstaan. De Zweedse vakbonden stellen dat het door Fonnship betaalde loon internationaal als onredelijk wordt beschouwd, maar het is de vraag waar zij dat op baseren. Temeer daar – wat door Franssen ook wordt opgemerkt – Fonnship had aangegeven dat zij een loon betaalde dat gelijk of zelfs hoger lag dan werd aanbevolen door de ITF en dus ook hoger dan het door de ILO voorgeschreven internationale minimumloon voor zeevarenden (te weten een brutomaandsalaris van 592 US dollar), terwijl het ging om zeevarenden van buiten de EU. Waarschijnlijker lijkt het de actie een protectionistisch doel diende. De vraag die dan speelt is of er daadwerkelijk sprake was van verdringing van Europese scheepsgezellen (de conflicten met de ITF over de hoogte van het loon beperken zich vrijwel altijd tot de lonen van de scheepsgezellen, omdat de lonen van scheepsofficieren – ook die van scheepsofficieren uit derde landen – doorgaans veel hoger liggen). Daaraan voorafgaand gaat dan nog de vraag of er überhaupt voldoende aanbod is van Europese gezellen (veel zeewerkgevers beweren van niet).

Opgemerkt zij dat er behoorlijk wat kritiek is gekomen op de wijze waarop het Hof de Europese economische vrijheden afweegt tegen het sociale grondrecht van de collectieve actievrijheid. Doordat het recht op collectieve actie in de horizontale verhoudingen geen rol lijkt te spelen als zelfstandige rechtvaardigingsgrond, is er bijvoorbeeld volgens Van Hoek en Houwerzijl geen sprake van een gelijkwaardige afweging tussen twee gelijkwaardige fundamentele rechten. (Zie A.A.H. van Hoek en M.S. Houwerzijl, 'Loonconcurrentie als motor van de interne markt? Een tweeluik – Deel 1: De arresten Viking, Laval en Rüffert, verdragsaspecten', *NTER* 2008/7/8, p. 204 en 205. Zie ook S. Prechal en S.A. de Vries, 'Viking/Laval en de grondslagen van het internemarktrecht', *SEW* 2008/188.)

In dat verband zij tevens opgemerkt dat het Europees Comité inzake Sociale Rechten (ECSR) op 3 juli 2013 een heel andere afweging heeft gemaakt (*JAR* 2014/36, m.nt. E.J.A. Franssen). Het ECSR controleert of de bij het Europees Sociaal Handvest (ESH) aangesloten landen het

handvest correct naleven. Bij schendingen van de regels kunnen (onder meer) vakbonden een klacht bij het ECSR indienen. In de betreffende zaak hadden twee Zweedse vakbonden een klacht ingediend tegen de Zweedse overheid. Aanleiding was de wetgeving die Zweden naar aanleiding van de Laval-zaak tot stand heeft gebracht (de Foreign Posting of Employees Act). Op grond van deze wetgeving zijn vakbonden ten aanzien van uit andere lidstaten van de EU/EER gedetacheerde werknemers alleen gerechtigd collectieve actie te voeren als deze ziet op het minimumloon en/of andere minimumarbeidsvoorwaarden die expliciet in deze wet zijn genoemd. Volgens de twee Zweedse vakbonden is dit in strijd met artikel 6 lid 4 ESH. Het ECSR oordeelt dat het recht op collectieve actie zoals neergelegd in artikel 6 lid 4 ESH alleen mag worden beperkt onder de voorwaarden zoals beschreven in artikel G ESH. Het gaat dan om beperkingen die bij de wet zijn voorgeschreven en in een democratische samenleving noodzakelijk zijn voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen en voor de bescherming van de openbare orde, de nationale veiligheid, de volksgezondheid of de goede zeden. Als het nationale recht echter a priori verbiedt om collectieve actie te voeren, dan is dat volgens het ECSR in strijd met artikel 6 lid 4 ESH. De Foreign Posting of Employees Act is volgens het ECSR bovendien in strijd met artikel 19 lid 4 onder a en b ESH, omdat zij op de daarin genoemde punten niet dezelfde behandeling garandeert aan ter beschikking gestelde werknemers (de arbeidsmigranten) als aan de Zweedse werknemers. Franssen signaleert in haar annotatie bij deze – overigens niet-bindende uitspraak – dat het ECSR en het Hof ieder een ander toetsingskader hanteren: het ECSR hanteert (uiteraard) het ESH als toetsingskader, terwijl het Hof de fundamentele economische vrijheden als uitgangspunt hanteert. Het behoeft geen nader betoog dat dit in de meeste gevallen tot tegengestelde uitkomsten zal leiden. Botsende uitspraken zijn tevens te verwachten als de EU eenmaal is toegetreden tot het EVRM. Artikel 11 EVRM omvat namelijk tevens het collectief actierecht (zie o.a. EHRM 12 november 2008, 34503/97 (Demir en Baykara/Turkije)). Zo betoogt Veldman dat door toetreding van de EU/EER tot het EVRM naar verwachting een andere koers zal worden gevaren met betrekking tot de weging van economische vrijheden ten opzichte van sociale grondrechten als de vrijheid van collectieve actie. Reden daarvoor is dat de vrijheid van vereniging zoals gewaarborgd door artikel 11 EVRM, tevens het collectieve actierecht omvat, dat blijkens lid 2 alleen beperkt kan worden op min of meer dezelfde gronden als genoemd in artikel G ESH (zie A.G. Veldman, 'Werknemersbescherming en economische vrijheden', *TAP* 2013, p. 326 e.v.)

Zuiverder lijkt het om een Europees economisch vrijheidsrecht te beschouwen als een gerechtvaardigde beperking in de zin van artikel G ESH (resp. in de zin van art. 11 lid 2 EVRM) op het collectieve actierecht (het zijn immers door de wet voorgeschreven vrijheden van anderen), tenzij het betreffende vrijheidsrecht op haar beurt weer kan worden beperkt op grond van de daarvoor geldende beperkingsgronden. De daarvan onderdeel uitmakende

evenredigheids-/proportionaliteitstoets zou door de rechter dan wel terughoudend, als een soort 'willekeurtoets', dienen te worden uitgeoefend om te voorkomen dat de rechter op de stoel van de vakbonden gaat zitten (zie over de proportionaliteitstoets o.a. Veldman 2013, p. 332). Probleem is alleen dat als de collectieve actie zich richt tot en keert tegen de werkgever als grensoverschrijdende dienstverlener – wat doorgaans het geval zal zijn – deze niet kwalificeert als een 'ander', te weten een 'derde', in de zin van artikel G ESH (resp. art. 11 lid 2 EVRM). Er resteert voor de werkgever dan dus nog slechts een beroep op misbruik van recht. Ook op het punt van artikel 19 lid 4 ESH blijkt het ESH niet helemaal goed te zijn afgestemd op de Europese economische vrijheden en de daarop gebaseerde regelgeving. Veldkamp merkt terecht op dat hier in wezen een taak voor de Europese wetgever ligt, die de vraag zal moeten beantwoorden hoe een sociaal Europa eruit moet zien en hoeveel ruimte voor loonconcurrentie binnen Europa dient te bestaan. Tot op heden heeft de Europese wetgever echter niet voor een oplossing kunnen zorgen. Zo besloot de Europese Commissie in 2012 haar voorstel voor een richtlijn inzake de verhouding van het stakingsrecht tot de vrijheden van dienstverlening en vestiging (de Monti-II-richtlijn, COM(2012)130) in te trekken, wegens gebrek aan draagvlak en regelgevende bevoegdheid.

Dat de vraag naar de rechtmatigheid van de collectieve actie relevant kan zijn voor de geldigheid van de ten gevolge daarvan gesloten Special Agreement en ITF-arbeidsovereenkomsten bleek tot slot onlangs ook nog in een Rotterdamse zaak (zie Rb. Rotterdam (Ktr.) 23 juli 2014, *JAR* 2014/222, m.nt. Franssen). De vraag of deze arbeidsovereenkomsten konden worden vernietigd met een beroep op het feit dat zij door middel van dwang tot stand waren komen, liet de kantonrechter daar namelijk expliciet van afhangen. Wel dient de rechtmatigheid van de actie te worden beoordeeld naar Zweeds recht, omdat het ging om een scheepsblokkade in de Zweedse haven door (opnieuw) de Zweedse vakbond SEKO. Om die reden is deze zaak thans aangehouden. Wordt vervolgd!

RECHTSPRAAK

Deelnemersraad St. Pensioenfonds Dupont Nederland/St. Pensioenfonds Dupont Nederland

Deelnemersraad ontvankelijk ondanks ontbreken statutaire basis na invoering Wet versterking bestuur pensioenfonds. Artikel 105 Pensioenwet dwingt niet tot een evenredige verdeling van categorieën pensioengerechtigden (actieven, inactieven, slapers). Besluit pensioenovereenkomst tot exclusief domein van de sociale partners is niet onredelijk.

Het pensioenfonds is een ondernemingspensioenfonds dat sedert 1 januari 1996 de pensioenregeling uitvoert van DuPont de Nemours (Nederland) B.V. (hierna: Dupont) en van aan haar gelieerde ondernemingen. Op 31 december 2013 telde het pensioenfonds 1105 actieve deelnemers, 1784 pensioengerechtigden en 1273 gewezen deelnemers. Bij een brief van 10 februari 2014 heeft het bestuur aan de deelnemersraad advies gevraagd over het voorgenoemde besluit de algemene deelnemersvergadering (hierna ook: ADV) per 1 april 2014 af te schaffen. Aanleiding daartoe was de wijziging van het governance model mede naar aanleiding van de Wet versterking bestuur pensioenfonds. In de ADV hebben ‘slechts’ de actieven stemrecht, terwijl in het verantwoordingsorgaan (VO) nieuwe stijl actieven en gepensioneerden evenredig op basis van onderlinge getalsverhoudingen zijn vertegenwoordigd. De deelnemersraad heeft negatief geadviseerd, omdat tevens de samenstelling van het bestuur (van 8 naar 6) als gevolg had dat er nog maar één zetel voor gepensioneerden overbleef. In combinatie met de afschaffing van de ADV, zou de zeggenschap van deze groep verschraken.

De Ondernemingskamer oordeelt als volgt. De Ondernemingskamer stelt voorop dat de deelnemersraad ten tijde van de indiening van de onderhavige verzoeken nog bestond en dat hij beoordeeld naar die tijdstippen tot indiening van die verzoeken bevoegd was en daarbij een belang had. Hij is dus in zoverre ontvankelijk in zijn verzoeken. De omstandigheid dat de deelnemersraad inmiddels geen statutaire basis meer heeft, leidt er naar het oordeel van de Ondernemingskamer niet toe dat hij in zijn verzoeken niet-ontvankelijk moet worden verklaard. Een ander oordeel zou leiden tot een lacune in de medezeggenschap die met de

invoering van de Wet versterking bestuur pensioenfondsen niet kan zijn bedoeld. Immers, op het moment dat tegen de bestreden besluiten beroep bij de Ondernemingskamer kon worden ingesteld was daartoe geen ander orgaan bevoegd dan de deelnemersraad, terwijl de in artikel VII van de Wet versterking bestuur pensioenfondsen voorziene uitgestelde inwerkingtreding van de voor de onderhavige zaak relevant te achten bepalingen van die wet (in het bijzonder art. I onderdeel D), niet eraan in de weg staat dat de Ondernemingskamer na die inwerkingtreding op de onderhavige verzoeken een beschikking neemt. Door aldus te voorzien in het in zoverre op dit punt in de wet ontbreken van overgangsrecht is tevens het belang van een behoorlijke medezeggenschap binnen het pensioenfonds gediend.

De Ondernemingskamer beoordeelt het geschil inzake Besluit I (samenstelling bestuur) als volgt. Ter motivering van het besluit heeft het bestuur gewezen op de (hoge) eisen die aan bestuurders van pensioenfondsen worden gesteld en de beperkte beschikbaarheid van gekwalificeerde kandidaten. Dit probleem wordt het hoofd geboden door een verkleining van het aantal bestuurszetels. De deelnemersraad heeft deze reden op zichzelf niet betwist, maar aangevoerd dat die reden een gevolg is van de Wet versterking bestuur pensioenfondsen. Dit laatste doet echter aan de redelijkheid van het bestreden besluit geenszins af. Ook de omstandigheid dat Besluit I, gezien in samenhang met artikel 100 lid 2 en 102 lid 1 en 2 Pensioenwet voor de categorie gepensioneerden in het bestuur van het pensioenfonds een beperking tot één zetel inhoudt, maakt niet dat het bestuur niet in redelijkheid tot dat besluit is kunnen komen. Dit wordt niet anders door hetgeen is bepaald in artikel 105 lid 2 Pensioenwet, omdat het in deze bepaling opgenomen voorschrift dat de personen die het beleid van een pensioenfonds bepalen zich bij de vervulling van die taak naar de belangen van de in die bepalingen vermelde categorieën hebben te richten, niet inhoudt dat die categorieën in gelijke mate in het bestuur van het pensioenfonds vertegenwoordigd dienen te zijn. Dat zou ook niet goed kunnen, gelet op de (thans) in artikel 100 lid 2 en 102 lid 1 Pensioenwet ten aanzien van de categorie pensioengerechtigden opgenomen getalsmatige beperkingen. De enkele omstandigheid dat in het bestuur van het pensioenfonds één zetel beschikbaar is voor de categorie pensioengerechtigden betekent voorts niet dat die categorie zich (redelijkerwijs) niet op een evenwichtige wijze vertegenwoordigd kan voelen, als bedoeld in artikel 105 lid 2 (slot) Pensioenwet. De Ondernemingskamer komt derhalve niet tot de conclusie dat het pensioenfonds bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot Besluit I is kunnen komen.

Met betrekking tot Besluit III heeft de deelnemersraad aangevoerd dat dit besluit in combinatie met de Besluiten I (samenstelling bestuur) en II (niet handhaven van ADV) tot een aanzienlijke en onaanvaardbare verslechtering van de medezeggenschap leidt. De bezwaren richten zich (in het bijzonder) op het ontbreken van een adviesrecht met betrekking

tot het wijzigen van het (de) pensioenreglement(en). Volgens de deelnemersraad zou een dergelijk adviesrecht ook als bovenwettelijke bevoegdheid aan het vertegenwoordigingsorgaan nieuwe stijl kunnen worden toegekend. De deelnemersraad merkt op dat haar afschaffing op grond van de Wet versterking bestuur pensioenfondsen op zichzelf niet is vereist. De deelnemersraad acht het niet redelijk dat het pensioenfonds de medezeggenschap niet gelijkwaardig wil houden aan de medezeggenschap zoals die er was vóór 12 juni 2014. De Ondernemingskamer acht Besluit III op het punt van de afschaffing van de deelnemersraad niet onredelijk. Zoals het pensioenfonds heeft beargumenteerd, strookt handhaving van de deelnemersraad niet met een van de uitgangspunten van de Wet versterking bestuur pensioenfondsen: de stroomlijning van taken en organen. Dat ook na inwerkingtreding van de Wet versterking bestuur pensioenfondsen een deelnemersraad kan worden ingesteld, zoals de deelnemersraad heeft aangevoerd, doet daaraan niet af. Naar de Ondernemingskamer begrijpt is het voor de deelnemersraad meest klemmende punt, dat niet (bovenwettelijk) aan het verantwoordingsorgaan de bevoegdheid wordt toegekend om advies uit te brengen over het pensioenreglement. De Ondernemingskamer acht echter het standpunt van het pensioenfonds dat het pensioenreglement zozeer verbonden is met de exclusief tot het domein van de sociale partners behorende vaststelling van de pensioenovereenkomst en dat zich daarmee een desbetreffend adviesrecht van het verantwoordingsorgaan nieuwe stijl niet verdraagt, niet onredelijk of onbegrijpelijk.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 18-09-2014

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2014:3888

Zaaknummer: 200.148.609/01 OK

Rechters: A.M.L. Broekhuijsen-Molenaar, A.C. Faber, E.R. Bunt, E.A.G. Ouderaa en F. van der Wel

Advocaten: R.M.J.M. de Greef en S.J. Cammelbeeck

Wetsartikelen: Wet versterking bestuur pensioenfondsen en Pensioenwet

RECHTSPRAAK

werknemer/bestuurder van GP&C B.V.

***Bestuurder niet aansprakelijk voor uitblijven loonbetalingen
werkgever. Geen ernstig verwijt.***

Werknemer, voormalig aandeelhouder van GP&C B.V., is met ingang van 1 maart 2009 op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd in dienst getreden van GP&C B.V. in de functie van Senior Consultant tegen een brutomaandsalaris van € 4.500, te vermeerderen met vakantietoeslag. Werknemer heeft naast GP&C B.V. in eerste aanleg tevens gedagvaard X III B.V., J. The Netherlands B.V. en bestuurder en – samengevat – gevorderd hen hoofdelijk te veroordelen tot betaling van achterstallig loon. De kantonrechter heeft GP&C veroordeeld tot betaling van bedragen. In hoger beroep richt werknemer zijn pijlen op de bestuurder. Volgens werknemer valt bestuurder een persoonlijk verwijt te maken door de wirwar aan rechtspersonen en het schuiven van bedragen daartussen, alsmede het ontbinden van GP&C waardoor de executie van de veroordelingen niet meer mogelijk is.

Het hof oordeelt als volgt. Onvoldoende is gesteld of gebleken dat sprake is van een door bestuurder bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van de vennootschap, ten aanzien waarvan bestuurder redelijkerwijs had behoren te begrijpen dat deze tot gevolg zou hebben dat GP&C B.V. haar verplichting tot salarisbetaling aan werknemer niet zou nakomen. Van enige persoonlijke toezeggingen is geen sprake.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 16-09-2014

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2014:3662

Zaaknummer: HD 200.138.026/01

Rechters: C.E.L.M. der Smeenk-van Weijden, A.P. Zweers-van Vollenhoven en P.P.M. Rousseau

Advocaten: F. van Loon

Wetsartikelen: 2:9 BW

RECHTSPRAAK

Xsundo III B.V., Jaccoo The Netherlands B.V. en Jaccoo LLC/werknemer

Bestuurder niet in persoon aansprakelijk voor achterstanden loonbetaling aan werknemer. Geen ernstig verwijt. Geen sprake van persoonlijke toezeggingen.

Werknemer is per 1 oktober 2009 voor onbepaalde tijd in de functie van Treasury Consultant in dienst getreden van Global TM B.V. tegen een salaris van € 7.250. De naam van Global TM B.V. is met ingang van 8 maart 2011 gewijzigd in Jaccoo B.V. en met ingang van 22 december 2011 in Xsundo III B.V. Xsundo II B.V. is sedert 19 augustus 2009 de bestuurder van Global TM B.V./Jaccoo B.V./Xsundo III B.V. Bestuurder is bestuurder van Xsundo II B.V. sedert 14 oktober 2013. Werknemer heeft de arbeidsovereenkomst bij brief van 30 juni 2012 per direct opgezegd wegens het bestaan van een achterstand in de salarisbetalingen van ongeveer negen maanden. De kantonrechter heeft de loonvordering en gefixeerde schadevergoeding aan werknemer toegewezen en daarbij bestuurder hoofdelijk aansprakelijk geoordeeld.

Het hof oordeelt als volgt. Naar het oordeel van het hof heeft de kantonrechter op basis van de stellingen van werknemer ten onrechte geconcludeerd dat bestuurder in privé toezeggingen ter zake van betalingen aan werknemer heeft gedaan. Voorts kan uit de frequente naamswisseling van werkgever nog geen ernstig verwijt (art. 2:9 BW) worden afgeleid, zodat ook op die grondslag de persoonlijke aansprakelijkheid niet kan worden gefundeerd.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 16-09-2014

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2014:3654

Zaaknummer: HD 200.128.919/01

Rechters: C.E.L.M. der Smeenk-van Weijden, A.P. Zweers-van Vollenhoven en P.P.M. Rousseau

Advocaten: M.A. Visser en R.P.P. Caubo

Wetsartikelen: 2:9 BW en 7:677 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/X United BV

***Het met wederzijds goedvinden verschuiven van de einddatum van de opzegging, leidt niet tot een beëindiging met wederzijds goedvinden maar blijft een opzegging die kennelijk onredelijk kan zijn.
Schadevergoeding € 10.000.***

Werknemer (geboren 1949) is op 5 juli 1966 in dienst getreden van (de rechtsvoorganger van) X United (een bedrijf dat zich bezighoudt met concepten voor professionele steigerbouw). Met toestemming van het UWV heeft X United de arbeidsovereenkomst van onder meer werknemer opgezegd tegen 30 juni 2011. Om gebruik te kunnen maken van de zogenoemde TOP-regeling (vroegpensioenregeling) is in goed overleg bepaald dat de einddatum zal worden verschoven naar 1 september 2011. Werknemer heeft een vordering op grond van kennelijk onredelijk ontslag ingesteld. De kantonrechter heeft deze vordering afgewezen, stellende dat de opzegging tegen 30 juni niet is geëffectueerd en dat werknemer daarna op eigen verzoek ontslag heeft genomen. Tegen dit oordeel keert werknemer zich in hoger beroep.

Het hof oordeelt als volgt. Werknemer heeft naar aanleiding van de opzegging door de werkgever onderzocht of hij toch – waar hij in januari 2011 die mogelijkheid nog afwees – gebruik zou maken van de TOP-regeling. Dat bleek (volgens werknemer € 73.000) gunstiger te zijn dan het ontvangen van een WW-uitkering tot zijn 65ste jaar en daarna de pensioenuitkering, ook omdat gedurende de WW-periode geen pensioen meer zou worden opgebouwd. Om het maximale effect te bereiken (100% uitkering tot het 65ste jaar) was wel nodig dat werknemer in de maand dat hij 62 jaar zou worden (in zijn geval: in september 2011) van de TOP-regeling gebruik ging maken. X United heeft vervolgens op verzoek van werknemer meegewerkt aan het opschuiven van de einddatum van de arbeidsovereenkomst van 30 juni 2011 naar 31 augustus 2011. Dit blijkt uit het bij de feiten vermelde e-mailbericht van X United aan werknemer van 31 augustus 2011. Dat betekent naar het oordeel van het hof dat – voor zover al sprake is van wederzijds goedvinden – dit alleen de datum van het einde van het dienstverband betreft.

De opzegging is naar het oordeel van het hof kennelijk onredelijk. Werknemer (62 jaar oud en ruim 45 jaar in dienst) heeft geen enkele ontslagvergoeding gekregen, terwijl andere werknemers wel ontslagvergoedingen hebben ontvangen dan wel zijn vrijgesteld van werk. Het hof acht gelet op de arresten Van de Grijp/Stam een schadevergoeding van € 10.000 bruto op zijn plaats. Deze vergoeding acht het hof passend als genoegdoening gelet op de aard en de (matige) ernst van de tekortkoming van X United, te weten het onvoldoende treffen van een voorziening voor werknemer in het kader van de opzegging en met name gelet op de zeer lange duur van het dienstverband, 45 jaar, en het goede functioneren van werknemer.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 16-09-2014

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2014:3648

Zaaknummer: HD 200.122.103/01

Rechters: C.E.L.M. der Smeenk-van Weijden, M.J.H.A. Venner-Lijten en I. Bouter

Advocaten: M.J.M. Postma en T.J.R. Knopper

Wetsartikelen: 7:681 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/X Transport BV

Werknemer slaagt niet in omkering van de bewijslast bij vermeende blootstelling schadelijke stoffen (toepassing HR 7 juni 2013).

Bij tussenarrest is werknemer opgedragen te stellen en zo nodig bewijzen dat hij gedurende zijn werkzaamheden aan voor de gezondheid gevaarlijke stoffen is blootgesteld en aannemelijk te maken dat hij lijdt aan een ziekte of gezondheidsklachten die door die blootstelling kunnen zijn veroorzaakt. Verwezen zij naar de inmiddels gewezen arresten van de Hoge Raad van 7 juni 2013 (ECLI:NL:HR:2013:BZ1717 en ECLI:NL:HR:2013:BZ1721), waarin de eerdere rechtspraak dienaangaande is herhaald: 'Wanneer een werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden is blootgesteld aan voor de gezondheid gevaarlijke omstandigheden en schade aan zijn gezondheid heeft opgelopen, moet het door de werknemer te bewijzen oorzakelijk verband tussen de werkzaamheden en die schade in beginsel worden aangenomen indien de werkgever heeft nagelaten de maatregelen te treffen die redelijkerwijs nodig zijn om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden dergelijke schade lijdt. Voor de toepassing van deze regel is nodig dat de werknemer niet alleen stelt en zo nodig bewijst dat hij zijn werkzaamheden heeft moeten verrichten onder omstandigheden die schadelijk kunnen zijn voor zijn gezondheid, maar ook dat hij stelt en zo nodig aannemelijk maakt dat hij lijdt aan gezondheidsklachten die daardoor kunnen zijn veroorzaakt.' De deskundige heeft geoordeeld dat het onwaarschijnlijk is dat zijn huidige, chronische klachten het gevolg zijn van het ongeval (blootstelling aan Casifos M75).

Het hof oordeelt als volgt. Werknemer is niet in het hiervoor vermelde bewijs geslaagd. Werknemer heeft niet bewezen dat hij is blootgesteld aan een gevaarlijke stof ofwel aan voor de gezondheid gevaarlijke omstandigheden en werknemer heeft met name niet bewezen dat hij aan gezondheidsklachten lijdt die door het ongeval, de blootstelling aan Casifos M75, kunnen zijn veroorzaakt. Het feit dat de deskundige niet uitsluit dat de klachten die werknemer in de acute fase, vlak na het ongeval, heeft ondervonden daarvan het gevolg zijn, kan daaraan niet afdoen. Van (het ontstaan van of verergering van) (de door de deskundige beschreven chronische) gezondheidsklachten ten gevolge van de acute – en naar de mening van de deskundige na maximaal enkele dagen verdwenen – klachten na het ongeval

(ademhalingsproblemen, branderig gevoel in de keel tot in de buik, slikken doet pijn volgens het SEH-dossier) is immers niets gebleken. Indien het verband tussen de gezondheidsschade en de arbeidsomstandigheden te onzeker en te onbepaald is, is er geen plaats voor toepassing van de omkeringsregel, zie de voormelde arresten van 7 juni 2013. In het onderhavige geval is daarvoor, gelet op het ontbreken van enig verband, eens te minder plaats.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 16-09-2014

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2014:3643

Zaaknummer: HD 200.109.843/01

Rechters: C.E.L.M. der Smeenk-van Weijden, M.J.H.A. Venner-Lijten en A.P. Zweers-van Vollenhoven

Advocaten: M.J.E. Spee en R.H.G.M. Kerckhoffs

Wetsartikelen: 7:658 BW

RECHTSPRAAK

**Essent Energie Productie BV/minister van Sociale Zaken en
Werkgelegenheid**

Tewerkstellingsvergunning voor Turkse onderdanen die via een Duitse onderneming tijdelijk worden tewerkgesteld in Nederland is in strijd met vrij verkeer van diensten.

Essent heeft aan BIS Industrial Services Nederland BV opdracht gegeven werkzaamheden te verrichten die bestonden in het opbouwen van steigers bij een nevenvestiging te Geertruidenberg (Nederland). BIS heeft daartoe gebruik gemaakt van werknemers die door Ekinci Gerüstbau GmbH (hierna: Ekinci), een in Duitsland gevestigde onderneming, aan BIS ter beschikking werden gesteld. Aan Essent is een boete van € 264.000 opgelegd, omdat bij een werkcontrole te Geertruidenberg bleek dat er 33 werknemers uit derde landen, onder wie 29 vreemdelingen van Turkse nationaliteit, zonder tewerkstellingsvergunning werkzaam waren. Met zijn vragen, die samen moeten worden onderzocht, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 41 lid 1 van het aanvullend protocol en artikel 13 van besluit nr. 1/80 aldus moeten worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen een regeling van een lidstaat zoals die in het hoofdgeding, op grond waarvan een tewerkstellingsvergunning is vereist voor de terbeschikkingstelling van Turkse werknemers door een in een andere lidstaat gevestigde onderneming aan een in die eerste lidstaat gevestigde inlenende onderneming, die deze werknemers inzet om werkzaamheden te verrichten voor rekening van een andere onderneming, die ook in die lidstaat is gevestigd.

Het Hof van Justitie EU oordeelt als volgt. Bovendien volgt uit de opzet en het doel van besluit nr. 1/80 dat dit besluit bij de huidige stand van de ontwikkeling van het vrije verkeer van werknemers in het kader van de associatie EEG-Turkije vooral is gericht op de geleidelijke integratie van Turkse werknemers in de lidstaat van ontvangst door middel van het verrichten van in beginsel ononderbroken legale arbeid (zie arrest Abatay e.a., ECLI:EU:C:2003:572, punt 90). De Turkse werknemers in het hoofdgeding, die legaal wonen en werken in hun lidstaat van ontvangst, de Bondsrepubliek Duitsland, zijn voor een beperkte duur op het Nederlandse grondgebied ter beschikking gesteld, namelijk de tijd die nodig was om de opdracht waarmee Essent BIS had belast – het opbouwen van stellingen – uit te voeren. Niets in het dossier wijst

er dus op dat deze werknemers de bedoeling hadden toe te treden tot de arbeidsmarkt van het Koninkrijk der Nederlanden als lidstaat van ontvangst. Bijgevolg is artikel 13 van besluit nr. 1/80 niet van toepassing op een geval als dat aan de orde in het hoofdgeding.

Dit wil niet zeggen dat Essent niet mogelijk een beroep toekomt op artikelen 56 en 57 VWEU. In het hoofdgeding worden de arbeidskrachten ter beschikking gesteld door een in Duitsland gevestigde onderneming aan een in Nederland gevestigde inlenende onderneming. Zoals de advocaat-generaal in punt 60 van zijn conclusie heeft opgemerkt, valt een dergelijke dienstverrichting van een onderneming aan een andere die is gevestigd in een andere lidstaat, binnen de werkingssfeer van de artikelen 56 VWEU en 57 VWEU en is de omstandigheid dat de betrokken ter beschikking gestelde arbeidskrachten onderdanen zijn van een derde land, in dat verband irrelevant. Voorts mag de omstandigheid dat Essent niet de rechtstreekse begunstigde is van de terbeschikkingstelling van de arbeidskrachten die in het hoofdgeding aan de orde is, niet tot gevolg hebben dat die onderneming de mogelijkheid wordt ontzegd om de artikelen 56 VWEU en 57 VWEU in te roepen om op te komen tegen de door de minister opgelegde sanctie. Indien Essent die mogelijkheid zou worden ontzegd, hoeft de lidstaat van vestiging van de onderneming die een dergelijke dienst ontvangt, immers enkel het begrip werkgever ruim te omschrijven – zoals in het hoofdgeding – om de toepassing van de regels van het VWEU inzake de vrijheid van dienstverrichting te doorkruisen en op die manier het in artikel 56 VWEU neergelegde verbod op beperkingen van deze vrijheid zijn werking te ontnemen. Voor zover Essent als opdrachtgever binnen de keten van ondernemingen die betrokken waren bij de dienstverrichting die in het hoofdgeding aan de orde is, als enige door de Nederlandse autoriteiten aansprakelijk is gesteld en een boete opgelegd heeft gekregen, is de vraag of de bepalingen van de regeling in het hoofdgeding die tot die boete hebben geleid verenigbaar zijn met de artikelen 56 VWEU en 57 VWEU, bovendien van rechtstreeks belang voor de beslechting van het bij de verwijzende rechter aanhangige geding, dat betrekking heeft op de rechtmatigheid van die boete. Een nationale regeling op een gebied dat niet op Unieniveau is geharmoniseerd, die geldt voor iedere persoon of onderneming die op het grondgebied van de betrokken lidstaat werkzaam is, kan echter, ondanks het feit dat zij tot een beperking van de vrijheid van dienstverrichting leidt, gerechtvaardigd zijn voor zover zij beantwoordt aan een dwingend vereiste van algemeen belang en dat belang niet reeds wordt gewaarborgd door de regels die voor de dienstverrichter gelden in de lidstaat waar hij is gevestigd, geschikt is om de verwezenlijking van het gestelde doel te waarborgen en niet verder gaat dan ter bereiking van dat doel noodzakelijk is.

Hoewel een lidstaat de bevoegdheid toekomt om na te gaan of een in een andere lidstaat gevestigde onderneming die aan een in de eerste lidstaat gevestigde inlenende onderneming een dienst verstrekt die erin bestaat werknemers die onderdaan zijn van een derde land ter

beschikking te stellen, de vrijheid van dienstverrichting niet gebruikt voor andere doeleinden dan het verstrekken van de betrokken dienst, en om daartoe de vereiste controlemaatregelen te nemen (zie arrest Commissie/Duitsland, ECLI:EU:C:2006:49, punt 36), mag de uitoefening van deze bevoegdheden er niet toe leiden dat deze lidstaat onevenredige vereisten oplegt. Permanente handhaving door een lidstaat van een vergunningsplicht voor de tewerkstelling van onderdanen van een derde land die ter beschikking worden gesteld aan een in deze lidstaat gevestigde onderneming door een in een andere lidstaat gevestigde onderneming, gaat verder dan noodzakelijk om de door de regeling in het hoofdgeding nagestreefde doelstelling te bereiken. In dit verband zou de verplichting voor een dienstverrichter om aan de Nederlandse autoriteiten inlichtingen te verschaffen die bevestigen dat de betrokken werknemers in de lidstaat waar zij door de onderneming worden tewerkgesteld, voldoen aan alle voorschriften, met name inzake verblijf, werkvergunning en sociale zekerheid, die autoriteiten op een minder beperkende en even doeltreffende wijze als het vereiste van een tewerkstellingsvergunning dat in het hoofdgeding aan de orde is de waarborg bieden dat de situatie van die werknemers legaal is en zij hun hoofdactiviteit uitoefenen in de lidstaat waar de dienstverrichter is gevestigd (zie arresten Commissie/Luxemburg, ECLI:EU:C:2004:655, punt 46, en Commissie/Duitsland, ECLI:EU:C:2006:49, punt 41). Een dergelijke verplichting zou kunnen bestaan in een eenvoudige voorafgaande verklaring, waardoor de Nederlandse autoriteiten de verstrekte gegevens kunnen controleren en de nodige maatregelen kunnen treffen wanneer de situatie van de betrokken werknemers niet legaal blijkt te zijn. Met name wanneer een dergelijke controle door de duur van de terbeschikkingstelling niet doeltreffend kan worden verricht, zou die verplichting eveneens kunnen bestaan in een beknopte mededeling van de vereiste documenten (zie arrest Commissie/Duitsland, ECLI:EU:C:2006:49, punt 41). Evenzo zou de verplichting voor een dienstverrichter om de Nederlandse autoriteiten vooraf in kennis te stellen van de aanwezigheid van één of meer ter beschikking gestelde werknemers, de vermoedelijke duur van die aanwezigheid en de dienst of diensten die de terbeschikkingstelling nodig maakt of maken, een even doeltreffende en minder beperkende maatregel zijn dan het vereiste van een tewerkstellingsvergunning in het hoofdgeding. Zij zou die autoriteiten in staat stellen de naleving van de Nederlandse sociale wetgeving gedurende de terbeschikkingstelling te controleren, en daarbij rekening te houden met de verplichtingen waaraan die onderneming reeds moet voldoen krachtens de sociaalrechtelijke regels van de lidstaat van herkomst (zie arresten Commissie/Luxemburg, ECLI:EU:C:2004:655, punt 31, en Commissie/Duitsland, ECLI:EU:C:2006:49, punt 45). Samen met de in punt 57 van het onderhavige arrest bedoelde gegevens die de betreffende onderneming over de situatie van de betrokken werknemers verstrekt, biedt een dergelijke verplichting die autoriteiten de mogelijkheid om in voorkomend geval na afloop van de voorziene duur van de terbeschikkingstelling de nodige maatregelen te treffen. Gelet op een

en ander moet op de prejudiciële vragen worden geantwoord dat de artikelen 56 VWEU en 57 VWEU aldus moeten worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen een regeling van een lidstaat zoals die in het hoofdgeding, op grond waarvan een tewerkstellingsvergunning is vereist voor de terbeschikkingstelling van werknemers die onderdaan zijn van een derde land door een in een andere lidstaat gevestigde onderneming aan een in die eerste lidstaat gevestigde inlenende onderneming, die deze werknemers inzet om werkzaamheden te verrichten voor rekening van een andere onderneming, die ook in die lidstaat is gevestigd.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 11-09-2014

Zaaknummer: C/91/13

RECHTSPRAAK

werknemer/Azur Investments Nederland

Uitleg provisieregeling. Werknemer heeft ook recht op provisie tijdens ziekteverlof (art. 7:628 jo. 7:629 BW).

Partijen verschillen in de onderhavige procedure onder meer van mening over de vraag of werknemer ook recht heeft op provisie over de verkoop van recreatiewoningen op project X.

Het hof oordeelt als volgt. De vraag hoe in een schriftelijk contract de verhouding tussen partijen is geregeld, kan niet worden beantwoord op grond van uitsluitend een zuiver taalkundige uitleg van de bepalingen van het contract. Voor de beantwoording van die vraag komt het immers aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten (HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158). Voorts volgt uit HR 20 februari 2004 (ECLI:NL:HR:2004:AO1427) dat bij de uitleg van een dergelijk geschrift telkens van beslissende betekenis zijn alle omstandigheden van het concrete geval, gewaardeerd naar hetgeen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen, alsmede dat in praktisch opzicht vaak van groot belang is de taalkundige betekenis van de bewoordingen van het geschrift, gelezen in de context ervan als geheel, die deze in (de desbetreffende kring van) het maatschappelijk verkeer normaal gesproken hebben. Verder komt bij de uitleg betekenis toe aan de aard van de transactie, de omvang en gedetailleerdheid van de contractsbevestiging, de wijze van totstandkoming ervan – waarbij van belang is of partijen werden bijgestaan door (juridisch) deskundige raadslieden – en de overige bepalingen ervan (HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA4909 en HR 19 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3178). Bij dit alles heeft te gelden dat indien bij de uitleg van een overeenkomst groot gewicht toekomt aan de taalkundige betekenis van de gekozen bewoordingen, de overige omstandigheden van het geval kunnen meebrengen dat een andere (dan de taalkundige) betekenis aan de bepalingen van de overeenkomst moet worden gehecht. Beslissend blijft immers de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Partijen hebben niet of nauwelijks over de invulling en uitleg van het contract onderhandeld. Onder deze omstandigheden ligt het voor

de hand veel gewicht toe te kennen aan de tekst van artikel 5. Bij lezing van die tekst valt op dat onderscheid wordt gemaakt tussen de categorieën ‘verkochte recreatiewoning’ (ten aanzien van het project X) en ‘door werknemer zelf verkochte recreatiewoning’ (ten aanzien van de overige projecten in Nederland). Dit onderscheid is alleen zinvol indien op het project X, anders dan op de andere projecten, ook aanspraak op provisie bestaat wanneer werknemer de recreatiewoning niet zelf heeft verkocht. Het ligt dan ook voor de hand artikel 5 zo uit te leggen dat werknemer ook aanspraak heeft op provisie over de op het project X verkochte recreatiewoningen wanneer hij de woningen niet zelf heeft verkocht. Voor zover Azur stelt dat in afwijking van deze uitleg van het contract een andere uitleg de juiste is, heeft zij deze stelling onvoldoende onderbouwd.

Voor wat betreft de aanspraken op provisie over gedurende zijn ziekte verkochte recreatiewoningen overweegt het hof dat het gelet op hetgeen hiervoor is overwogen over het verband tussen de aanspraken op salaris en op provisie dat artikel 5 legt, in de rede ligt dat werknemer ook recht heeft op provisie over recreatiewoningen die gedurende zijn ziekte (tot aan het einde van het dienstverband) zijn verkocht. In dit verband neemt het hof in aanmerking dat een werknemer op grond van het bepaalde in artikel 7:628 lid 3 juncto artikel 7:629 lid 8 BW gedurende ziekte binnen de grenzen van artikel 7:629 BW ook aanspraak houdt op doorbetaling van provisie.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 09-09-2014

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2014:6969

Zaaknummer: 200.118.052/01

Rechters: J.H. Kuiper, H. de Hek en M.E.L. Fikkers

Advocaten: B.P. van der Togt en I.J. Woltman

Wetsartikelen: 7:628 BW

RECHTSPRAAK

werkgever/werknemer

Werknemer die illegaal in Nederland verblijft en niet mag werken op grond van de WAV vormt geen reden voor ontslag op staande voet. Het ontbreken van een WAV-beschikking komt voor rekening van werknemer, zodat het niet verrichten van arbeid leidt tot geen loon. Boetes Inspectie SZW niet op werknemer te verhalen.

Werknemer is, na overgang van de onderneming van bedrijf A waarbij hij sinds 1 september 2009 werkte, voor onbepaalde tijd in dienst gekomen bij werkgever in de functie van schoonmaker. Tijdens controles op de naleving van de Wet arbeid vreemdelingen (WAV) op 26 mei 2011 en 7 juni 2011 heeft de Inspectie SZW vastgesteld dat zich in de personeelsadministratie van bedrijf A een valse Nederlandse identiteitskaart van werknemer bevond. Voorts is in dat onderzoek komen vast te staan dat werknemer niet over de Nederlandse nationaliteit beschikte en evenmin over een geldig Nederlands verblijfsdocument en dat, daarmee samenhangende, bedrijf A niet beschikte over een geldige tewerkstellingsvergunning voor werknemer. Per 19 juli 2011 is werknemer op staande voet ontslagen (volgens werkgever betrof het hier een schriftelijke vastlegging van een ontslag per 7 juni 2011). De reden hiervoor is dat werkgever pas door de inval van de Inspectie SZW had vernomen dat werknemer illegaal in Nederland verbleef. De kantonrechter heeft overwogen dat het ontbreken van een tewerkstellingsvergunning voor risico van de werkgever komt en geen dringende reden oplevert voor ontslag op staande voet.

Het hof oordeelt als volgt. Het ontslag is sowieso niet onverwijld verleend (7 juni-19 juli), zodat reeds om die reden geen sprake kan zijn van rechtsgeldig ontslag op staande voet. Gelet op het voorgaande zou in het midden kunnen blijven of de opgegeven ontslaggrond een ontslag op staande voet rechtvaardigt, maar volledigheidshalve overweegt het hof dat het enkele feit dat een werknemer, die al geruime tijd voor een werkgever werkzaam is, illegaal in Nederland verblijft, geen ontslag op staande voet rechtvaardigt. In de toelichting op haar grieven heeft werkgever aangegeven dat werknemer haar valse papieren heeft verstrekt en heeft verzwegen dat hij illegaal was. Dit heeft zij evenwel niet als reden aan het ontslag ten grondslag gelegd zodat dit ook niet kan meewegen bij de beoordeling van de vraag of het

ontslag op staande voet dan wel gerechtvaardigd was.

De arbeidsovereenkomst is per 1 juni 2012 ontbonden. Dat wil niet zeggen dat de werknemer recht heeft op loon vanaf 7 juni 2011 tot 1 juni 2012. In het onderhavige geval is onduidelijk wie de vervalste Nederlandse identiteitskaart van werknemer, die zich in de administratie van de werkgever bevond, heeft vervaardigd. In ieder geval wist werknemer dat hij niet legaal in Nederland verbleef en dat hij dan ook geen geldig identiteitsdocument kon laten zien waarmee hij kon aantonen dat een tewerkstellingsvergunning niet nodig was. Werknemer heeft niet onderbouwd of te bewijzen aangeboden dat zijn werkgever wist dat hij illegaal in Nederland was en dat zijn werkgever in die wetenschap een vervalst document in de loonadministratie heeft opgenomen, zulks in afwijking van de in het boeterapport opgenomen verklaring van manager X die heeft verklaard dat hij dit van werknemer verkregen document op echtheid heeft gecontroleerd, maar kennelijk onvoldoende. Het is dan ook niet aannemelijk geworden dat de werkgever beter wist en willens en wetens verzuimd heeft een tewerkstellingsvergunning aan te vragen. In de omstandigheden van dit geval komt het ontbreken van de vergunning naar het oordeel van het hof dan ook voor rekening van werknemer.

Werkgever kan kosten opgelegde boete van de Inspectie SZW niet verhalen op werknemer. Niet gesteld kan worden dat werknemer opzettelijk of bewust roekeloos heeft gehandeld ex artikel 7:661 BW.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 09-09-2014

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2014:6966

Zaaknummer: 200.115.687/01

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

Advocaten: M.J.R. Roethof en E. Schermerhorn

Wetsartikelen: 7:677 BW, 7:678 BW, 2 WAV, 7:611 BW en 7:628 BW

RECHTSPRAAK

Regionaal Reinigingsbedrijf Avalex/ondernemingsraad van Avalex

Kantonrechter verleent (hoewel het niet verlenen van toestemming door OR niet onredelijk is) vervangende toestemming voor voorgenomen besluit tot invoering van zesdaagse werkweek, vanwege zwaarwegende bedrijfsorganisatorische, maar vooral zwaarwegende bedrijfseconomische en bovendien bedrijfssociale redenen.

Regionaal Reinigingsbedrijf Avalex heeft de juridische vorm van een gemeenschappelijke regeling als bedoeld in de Wet gemeenschappelijke regelingen. Avalex is een samenwerkingsverband van zes gemeenten. Over 2013 is een verlies van drie miljoen geleden en ook over 2014 is een verlies van miljoenen begroot. Zo'n tien maal per jaar zijn er zaterdagse uitzendkrachten nodig, omdat er onvoldoende vrijwilligers kunnen worden ingezet. Aan de ondernemingsraad van Avalex (hierna: OR) is verzocht in te stemmen met het voorgenomen besluit tot: invoering van een zesdaagse werkweek bij de afdeling Uitvoering per 1 april 2014, vaststelling van een afbouwregeling om de financiële consequenties voor de medewerkers op te vangen en de uitvoering van een (voorgesteld) communicatietraject. De zesdaagse openstelling leidt tot kostenbesparing, omdat geen uitzendkrachten meer te hoeven worden ingeleend en de overwerkvergoeding van 175% van het loon wordt gewijzigd naar een onregelmatigheidstoeslag van 140% van het loon. De OR heeft instemming geweigerd. Werknemers worden verplicht op zaterdag te werken, er zijn andere manieren om kosten te besparen en de inzet van uitzendkrachten is slechts beperkt, aldus de OR. De ondernemer verzoekt de kantonrechter vervangende toestemming te verlenen.

De kantonrechter oordeelt als volgt. De verweren van de OR tegen het verzoek om toestemming te verlenen voor het voorgenomen besluit zijn zeker niet allemaal zonder grond. Met name het verlies aan vrijheid op de zaterdagen maakt het niet verlenen van toestemming door de OR niet onredelijk, maar in dit geval voert Avalex zwaarwegende bedrijfsorganisatorische, maar vooral zwaarwegende bedrijfseconomische en bovendien bedrijfssociale redenen aan. Zo is de wens om ook de zaterdagen te beschouwen als onderdeel

van de normale bedrijfsvoering en niet langer afhankelijk te zijn van de vrijwilligheid van de medewerkers met alle nadelen gedurende vakantieperiodes een zwaarwichtig bedrijfsorganisatorisch belang. Doch veel zwaarder weegt mee dat er evident bezuinigd moeten worden door Avalex nu zij een fors jaarlijks verlies maakt en een voor de hand liggende besparing kan worden gevonden in de hoge overwerkvergoedingen en kosten van uitzendkrachten. Een besparing van € 130.000 per jaar is niet te gering om van belang te zijn. Het beter draaien dan begroot in 2014 betekent nog niet dat er weer winst gemaakt wordt. Dat er andere methoden zijn om kosten te besparen is onvoldoende gebleken, temeer nu Avalex duidelijk heeft gemaakt dat er nauwelijks in de komende jaren nieuwe werknemers voor de afdeling Uitvoering zullen worden aangenomen, zodat het niet uitbetalen van de overwerktoeslag aan nieuwe medewerkers geen soelaas zal bieden en bovendien een ongewenste tweedeling onder het personeel zou veroorzaken. Nu daarnaast nog een zware grond aangevoerd wordt op bedrijfssociaal terrein, te weten het evenwichtiger verdelen van zwaar werk en het niet langer afhankelijk willen laten worden met betrekking tot een aantal medewerkers van het wekelijkse overwerk, is er voldoende aanleiding om de gevraagde toestemming voor het voorgenomen besluit van Avalex te verlenen.

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 01-09-2014

Zaaknummer: 3133773 / 14-50356

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgever

Ontslagbesluit statutair bestuurder dat op grond van statuten buiten vergadering is genomen, is rechtsgeldig. Beroep op opzegverbod tijdens ziekte faalt. Onregelmatige opzegging.

Werknemer is sinds 2008 in dienst van werkgever als statutair bestuurder. Alle aandelen worden gehouden door een stichting. Op 18 maart 2014 is werknemer bericht dat tijdens een vergadering van de RvC en de stichting is besloten dat werknemer moet worden ontslagen. Op 24 april 2014 is werknemer bij besluit buiten vergadering als statutair bestuurder ontslagen. Tussen partijen is in geschil of sprake is van een rechtsgeldig ontslagbesluit. Voorts beroept werknemer zich op het opzegverbod tijdens ziekte en stelt hij dat sprake is van een onregelmatige opzegging.

De voorzieningenrechter oordeelt als volgt. Artikel 37 van de statuten bepaalt dat besluiten van de algemene vergadering in plaats van in een algemene vergadering van aandeelhouders ook schriftelijk kunnen worden genomen, mits met algemene stemmen van alle stemgerechtigde aandeelhouders. Het bepaalde in artikel 32.3 van deze statuten is van overeenkomstige toepassing, zodat bestuurders ten aanzien van besluiten buiten vergadering een raadgevende stem hebben. Besluitvorming buiten vergadering is evenwel niet mogelijk indien er personen met certificaathoudersrechten zijn. Nu de stichting de enige aandeelhouder is en niet gesteld of gebleken is dat er certificaathouders zijn, kan een dergelijk ontslagbesluit op grond van de statuten buiten vergadering worden genomen. Vanaf 18 maart was voor werknemer duidelijk dat er zowel vanuit de RvC als de algemene vergadering een voorgenomen besluit lag om hem als statutair directeur te ontslaan. Werknemer heeft vanaf dat moment tot aan het uiteindelijke besluit ruim de tijd en gelegenheid gehad zijn visie en raadgevende stem kenbaar te maken. Uit de thans overgelegde stukken volgt dat werknemer vijfmaal is uitgenodigd en gevraagd is zijn visie en raadgevende stem te geven. Tevens blijkt dat werknemer van deze gelegenheden geen gebruik heeft gemaakt en dit aan werkgever kenbaar heeft gemaakt. Het ontslagbesluit is rechtsgeldig.

Het vennootschapsrechtelijk ontslag leidt in beginsel ook tot het einde van de

arbeidsovereenkomst. Het beroep van werknemer op het opzegverbod tijdens ziekte faalt. Niet vast is komen te staan dat de arbeidsongeschiktheid van werknemer eerder is ingetreden dan op 20 maart 2014. De verklaring van de huisarts is onvoldoende, omdat deze achteraf is opgesteld en werknemer heeft gesteld dat hij pas op 19 maart de huisarts voor het eerst heeft geraadpleegd. Tot slot wordt geoordeeld dat de arbeidsovereenkomst onregelmatig is opgezegd. In de arbeidsovereenkomst is een opzegtermijn van zes maanden voor ieder der partijen opgenomen. Dit is in strijd met artikel 7:672 lid 3 jo. lid 6 BW. Bij een contactueel vast te leggen verlenging van de wettelijke opzegtermijn dient de opzegtermijn voor de werkgever op zijn minst het dubbele te zijn van de door de werknemer in acht te nemen opzegtermijn. Daar is niet aan voldaan. De bepaling van artikel 7:672 lid 6 BW strekt slechts ter bescherming van de werknemer. Nu niet ten nadele van de werknemer van de contractuele opzegtermijn mag worden afgeweken door terug te vallen op de wettelijke bepalingen ten aanzien van de opzegtermijnen, blijft in casu voor werkgever de contractuele opzegtermijn van zes maanden gelden. Nu een opzegtermijn van twee maanden in acht is genomen, is werkgever op grond van artikel 7:677 lid 2 BW schadeplichtig.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 01-09-2014

Zaaknummer: C/10/453663 / KG ZA 14-594

RECHTSPRAAK

werknemer/G4S Aviation Security

Arbeidsovereenkomst blijft van rechtswege ontbonden, ondanks vernietiging beslissing intrekking Schipholpas na bezwaar werknemer. Risico intrekking toestemming komt voor werknemer (verdenking van strafbaar feit). Herstel arbeidsovereenkomst verhoudt zich niet met einde van rechtswege.

Werknemer is op 18 augustus 1997 in dienst getreden van (de rechtsvoorgangster van) G4S. Hij vervulde laatstelijk de functie van Senior Baggage Screening Agent, op de luchthaven te Schiphol. In de arbeidsovereenkomst is een ontbindende voorwaarde opgenomen. De Koninklijke marechaussee heeft G4S en werknemer bericht dat de toestemming zoals bedoeld in artikel 7 lid 2 Wet particuliere beveiligingsorganisaties en recherchebureaus (Wpbr) ten aanzien van werknemer per 30 januari 2013 is ingetrokken. G4S heeft daarop bij brief van 31 januari 2013 werknemer medegedeeld dat hij derhalve met ingang van 30 januari 2013 van overheidswege zijn functie niet langer meer mag uitoefenen en dat dit betekent dat de arbeidsovereenkomst tussen hem en G4S per die datum van rechtswege eindigt. Werknemer heeft op 11 maart 2013 bezwaar gemaakt tegen de beslissing tot intrekking van de toestemming. Bij beslissing van 7 mei 2013 heeft de Koninklijke Marechaussee op zijn bezwaarschrift beslist. De beslissing houdt in dat de intrekking van de toestemming wordt vernietigd en dat de toestemming opnieuw wordt verleend met toepassing van de hardheidsclausule. G4S heeft vervolgens geweigerd, ondanks verzoeken daartoe van werknemer, het dienstverband te herstellen.

Het hof oordeelt als volgt. De meest verstrekkende stelling van werknemer is dat de ontbindende voorwaarde niet past in het gesloten systeem van het ontslagstelsel. Deze stelling is op zichzelf genomen onjuist. Wel brengt de bescherming van de werknemer, die onder meer tot uiting komt in het wettelijk stelsel van het ontslagrecht, mee dat de geldigheid van een ontbindende voorwaarde in een arbeidsovereenkomst slechts bij uitzondering kan worden aanvaard. Een voorwaarde die redelijkerwijs niet met dat wettelijk stelsel is te verenigen, zal niet tot een beëindiging van rechtswege van de arbeidsovereenkomst kunnen leiden. Van geval tot geval moet worden gezien of een ontbindende voorwaarde in een

arbeidsovereenkomst is te verenigen met dat wettelijk stelsel. Daarbij komt het mede aan op de aard, inhoud en context van de voorwaarde (zie onder meer HR 2 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0348). Het hof overweegt in verband daarmee het volgende. In dit geval is de ontbindende voorwaarde – naar mag worden aangenomen – een uitvloeisel van artikel 7 lid 2 Wpbr zoals hiervoor geciteerd. Werknemer mag de bedongen arbeid niet verrichten zonder toestemming als in deze wet bedoeld. De voorwaarde is voorts in overeenstemming met artikel 12 lid 5 van de cao. Dit artikellid van de cao bepaalt immers dat een werkgever een werknemer slechts in dienst mag houden indien de werknemer in het bezit is van de toestemming van de overheid om de functie van beveiliging uit te oefenen. Dit betekent dat de werkgever bij het intrekken van de toestemming het dienstverband dadelijk dient te beëindigen. Het verkrijgen en behouden van bedoelde toestemming komt in beginsel voor risico van de werknemer, nu dit in belangrijke mate samenhangt met zijn eigen gedrag. Dat is in elk geval bij werknemer het geval. Hij heeft immers de verdenking op zich geladen dat hij zich aan een (relevant) strafbaar feit heeft schuldig gemaakt. Daarvan gaat zelfs de beslissing op bezwaar uit, nu deze onder meer inhoudt dat de verdenking ter zake het misdrijf laat zien dat op goede gronden getwijfeld kan worden of werknemer nog wel de vereiste betrouwbaarheid en geschiktheid heeft voor een goede vervulling van zijn functie. Aldus kan worden geconcludeerd dat werknemer met ingang van 30 januari 2013 als gevolg van een voor zijn risico komende omstandigheid de bedongen arbeid niet meer kon verrichten. Op grond van een en ander kan in dit geval niet worden geoordeeld dat mede gelet op de aard, inhoud en context van de voorwaarde deze redelijkerwijs niet met het wettelijk stelsel van het ontslagrecht is te verenigen. Werknemer voert voorts aan dat vanwege de beslissing op bezwaar achteraf gezien nimmer sprake is geweest van een intrekking van de toestemming. Het hof gaat echter ervan uit dat de arbeidsovereenkomst tussen werknemer en G4S reeds is geëindigd met de intrekking van de toestemming per 30 januari 2013 en dat dit niet anders wordt doordat deze intrekking op een later moment wordt opgevolgd door een andersluidende beslissing op bezwaar. Met de beslissing op bezwaar wordt immers niet ongedaan gemaakt dat de toestemming per 30 januari 2013 was ingetrokken en dat dit vanaf die dag eraan in de weg stond dat werknemer de bedongen arbeid verrichtte. De intrekking van 30 januari 2013 heeft dan ook, naar de letterlijke tekst van de betreffende bepaling maar ook naar de bedoeling daarvan, tot gevolg dat de arbeidsovereenkomst per die datum van rechtswege eindigt.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 26-08-2014

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2014:3532

Zaaknummer: 200.133.672/01

Rechters: D. Kingma, D.J. van der Kwaak en S.F. Schütz

Advocaten: I.M.C.A. Reinders Folmer en H.J. Ulehake-Mink

Wetsartikelen: 6:23 BW, 7:667 BW en Wet particuliere beveiligingsorganisaties en recherchebureaus

RECHTSPRAAK

Connexxion Openbaar Vervoer/werknemers

Uitleg artikel 47 CAO Openbaar Vervoer: de meest gebruikelijke weg is niet steeds de kortste route. Werknemers hebben recht op vergoeding van meer zones.

Werknemers zijn in dienst van Connexxion. Op hun arbeidsovereenkomst is de algemeen verbindend verklaarde CAO Openbaar Vervoer (hierna: de cao) van toepassing. In de onderhavige zaak staat artikel 47 cao centraal, meer in het bijzonder de uitleg van de zinsnede 'de meest gebruikelijke weg' bij de berekening van de forenzenvergoeding. Volgens Connexxion dient steeds de 'kortste route' als uitgangspunt te gelden.

Het hof oordeelt als volgt. De klacht van Connexxion dat de kantonrechter de cao-bepaling niet zou hebben uitgelegd volgens de cao-norm faalt. Volgens die norm zijn de bewoordingen van de bepaling, gelezen in het licht van de gehele tekst van de cao en een eventueel schriftelijke toelichting daarop in beginsel van doorslaggevende betekenis, waarbij het erop aankomt de betekenis vast te stellen die naar objectieve maatstaven uit de bewoordingen van de cao volgt, waarbij naast de taalkundige betekenis, ook moet worden achtgeslagen op de kenbare ratio, strekking en systematiek van de regeling waartoe de bepaling behoort en op de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen waartoe verschillende op zichzelf mogelijke tekstinterpretaties zouden leiden. Geheel terecht merkt de kantonrechter op dat het onaannemelijk is dat de hiervoor gecursiveerde woorden in artikel 47 lid 4 onder a de betekenis hebben die Connexxion bepleit, aangezien lid 2 van artikel 47 reeds de woordcombinatie 'de meest gangbare kortste route' kent. Deze laatste woorden zijn dus kennelijk bewust niet gekozen ter bepaling van de afstand aan de hand waarvan de forenzenvergoeding vastgesteld moet worden. Het argument van Connexxion dat reeds gelet op de grammaticale uitleg van de woorden 'de meest gebruikelijke weg' het duidelijk is dat haar uitleg de juiste is, kan niet worden gevolgd. Waar zij opmerkt dat 'in de meeste gevallen de kortste weg de gebruikte (het hof leest: gebruikelijke) weg is om van huis naar werk te komen', miskent zij immers dat het er niet om gaat hoe 'in de meeste gevallen' de meest gebruikelijke weg kan worden gevonden, maar dat het zaak is vast te stellen wat de meest gebruikelijke weg is in het geval dat voorligt. In het onderhavige geval hebben A met kracht

van argumenten betoogd dat de meest gebruikelijke weg niet de kortste route is (hoe die route ook loopt; Connexxion heeft in de procedure op geen enkel moment duidelijk gemaakt welke route zij voor ogen heeft als zij stelt dat A een afstand van 4-5 zones te overbruggen hebben tussen Almere en Hilversum) omdat die voor hen ernstig bezwaarlijk is aangezien zij dan vier keer zouden moeten overstappen, maar een route is die loopt langs de route die ook door buslijn 156 van Almere naar Hilversum wordt genomen en door 7 zones loopt. Ook het argument van Connexxion dat haar uitleg een duidelijk criterium geeft terwijl het standpunt van A 'onduidelijkheid, onzekerheid en ongelijkheid' oplevert, is door de kantonrechter adequaat weerlegd.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 26-08-2014

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2014:3530

Zaaknummer: 200.111.507/01

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

Advocaten: I.M.C.A. Reinders Folmer en A.A.M. Broos

Wetsartikelen: 47 CAO Openbaar Vervoer

RECHTSPRAAK

werkneemster/Stichting Regionale Omroep Flevoland

Eenzijdige wijziging roostertijden door Omroep Flevoland doorstaat, ondanks aangevoerde privéomstandigheden (zorg voor autistische kinderen), toets arrest Stoof/Mammoet.

Werkneemster is sinds 1 december 2000 in dienst bij Omroep Flevoland in de functie van video editor. Aanvankelijk had zij een fulltime aanstelling, thans werkt zij 24 uur per week verspreid over drie dagen (werkdagen en weekenddagen) tussen 9.00 uur en 18.00 uur. Omroep Flevoland heeft op 16 juli 2013 het beleid 'Omroep Flevoland 3.0' (hierna: 'OF 3.0') vastgesteld, op grond waarvan zij nieuwe roosters heeft geïntroduceerd. Het nieuwe rooster gaat uit van drie ploegendiensten voor alle werknemers met de volgende tijden: 6.00 uur tot 14.30 uur, 9.00 uur tot 17.30 uur en 15.00 uur tot 00.30 uur of later. Werknemers met een werkverband van minder dan 36 uur kunnen één vaste dag aanwijzen waarop zij niet ingeroosterd kunnen worden. De OR heeft ingestemd met het nieuwe rooster. Werkneemster weigert het nieuwe rooster te accepteren en vordert tewerkstelling in haar gebruikelijke werktijden. Werkneemster is gescheiden en heeft twee kinderen die beiden (in ieder geval de oudste) een stoornis hebben in het autistische spectrum. In verband met de motorische ontwikkelingsstoornis (DCD) van haar oudste zoon en de diverse therapieën van de kinderen is het voor werkneemster dan ook onmogelijk om ochtend- en avonddiensten te draaien. Werkneemster is van mening dat Omroep Flevoland de arbeidsovereenkomst niet eenzijdig mocht wijzigen nu onvoldoende rekening is gehouden met haar privébelangen en geen redelijk alternatief is geboden.

De voorzieningenrechter oordeelt als volgt. Nu geen eenzijdig wijzigingsbeding is overeengekomen, wordt deze zaak beoordeeld aan de hand van artikel 7:611 BW en het arrest Stoof/Mammoet (HR 11 juli 2008, NJ 2011/185). Partijen zijn het erover eens dat technische ontwikkelingen, internet en nieuwe media in het bijzonder, nopen tot journalistieke, organisatorische en technische wijzigingen bij Omroep Flevoland teneinde met de tijd mee te kunnen gaan. De aanleiding van de wijziging staat daarmee voldoende vast. Voldoende gebleken is dat OF 3.0 op redelijke wijze met inachtneming van een serieuze belangenafweging en in overleg met de werknemers tot stand is gekomen. Ook wanneer de

positie van werkneemster en haar belang bij het ongewijzigd blijven van de arbeidsvoorwaarden worden meegewogen, is het voorstel van Omroep Flevoland voorshands redelijk. Hoewel de voorzieningenrechter begrijpt dat de impact van het nieuwe rooster voor werkneemster groot is, met name in verband met de zorg voor haar kinderen en de door die kinderen te volgen therapie, moet in aanmerking worden genomen dat werkneemster het recht behoudt op één vaste vrije dag waarop therapie voor de kinderen kan plaatsvinden, dat het team van editors klein is, dat werkneemster niet de enige is in haar team met de zorg voor (kleine) kinderen, en dat Omroep Flevoland met de OR en de redactieraad heeft afgesproken dat er geen uitzonderingen voor bepaalde groepen werknemers in het rooster worden gemaakt. Het belang van werkneemster is dan ook niet anders of groter dan dat van sommige andere werknemers in de groep editors. Tot slot kan aanvaarding van het voorstel in redelijkheid van werkneemster worden geleverd. Werkneemster heeft zelf ter zitting erkend dat andere editors in haar team in dezelfde situatie zitten en dat een ander rooster niet mogelijk is. Volgt afwijzing van de vorderingen.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 16-09-2014

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2014:4203

Zaaknummer: C/16/375007 / KL ZA 14-301

Rechters: J.M. van Jaarsveld

Advocaten: H. den Besten en T.W.M. de Mol

Wetsartikelen: 7:611 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/DAF Trucks N.V.

Dat werknemer na ziekmelding pas na tien dagen een afspraak maakt met de bedrijfsarts, is onvoldoende grond voor loonstop. Vaste werkwijze dat werkgever zelf bedrijfsarts inschakelt.

Werknemer is sinds 1995 in dienst van DAF Trucks als chauffeur. Op 30 oktober 2013 heeft hij zich ziek gemeld. DAF Trucks heeft vervolgens bij brief van 31 oktober 2013 aan werknemer meegedeeld dat zijn salaris per 31 oktober is stop gezet totdat zijn afwezigheid is getoetst en hem met klem verzocht om een afspraak te maken met haar arbodienst. Op 11 november 2013 heeft werknemer een afspraak gemaakt met de bedrijfsarts. Per 13 november 2013 is werknemer als arbeidsongeschikt beoordeeld. Kern van het geschil is de vraag of werknemer over de periode 31 oktober 2013 tot 11 november 2013 recht heeft op loondoorbetaling.

De kantonrechter is met werknemer van oordeel dat DAF Trucks in het onderhavige geval de ziekmelding niet had mogen weigeren. Een werkgever zal een ziekmelding in beginsel dienen te accepteren, tenzij er voldoende zwaarwegende gronden aanwezig zijn om de ziekmelding te weigeren. De weigering van werknemer om bij gelegenheid van de ziekmelding medische informatie te verstrekken, kan hoe dan ook geen grond opleveren voor een dergelijke weigering, nu een werknemer door een werkgever niet kan worden verplicht om medische informatie te verstrekken. Die grond kan ook niet gelegen zijn in de twijfel die bij de leidinggevende was gerezen naar aanleiding van eerdere voorvallen. DAF Trucks mocht het loon over de periode 31 oktober 2013 tot 11 november 2013 niet weigeren op grond van artikel 6:627 BW [red: 7:627 BW], nu moet worden aangenomen dat zich over die periode de situatie heeft voorgedaan als bedoeld in de artikelen 6:228 en 6:229 BW [red: 7:628 BW en 7:629 BW]. De omstandigheid dat werknemer eerst op 11 november 2013 en daarmee, dat staat wel vast, te laat gevolg heeft gegeven aan de aanwijzing van DAF Trucks om een afspraak te maken met de bedrijfsarts leidt niet tot een ander oordeel. Zijdens werknemer is voldoende aannemelijk gemaakt dat het de vaste werkwijze is van DAF Trucks dat zij bij ziekmeldingen de bedrijfsarts inschakelt. DAF Trucks heeft ter comparitie als reden voor afwijking van de vaste werkwijze aangevoerd dat, indien zij de bedrijfsarts zou inschakelen, zij daarmee zou erkennen dat werknemer arbeidsongeschikt was. De kantonrechter kan DAF Trucks hierin

niet volgen. Een bedrijfsarts wordt ingeschakeld omdat de werkgever zelf niet in staat is om te beoordelen of en in hoeverre de werknemer wegens ziekte tot het verrichten van arbeid in staat is. Uit het inschakelen van de bedrijfsarts kan dan ook noch een ontkenning noch een erkenning door de werkgever van de arbeidsongeschiktheid worden afgeleid. Volgt toewijzing van de loonvordering.

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 11-09-2014

ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2014:5233

Zaaknummer: 2982460 / 14-4621

Rechters: W.M. Callemeyn

Advocaten: S.G.C. van Ingen en E.P.H. Verdeuzeldonk

Wetsartikelen: 7:627 BW, 7:628 BW en 7:629 BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/Stichting Openbare Bibliotheek Gelderland Zuid

Afwijzing verzoek herroeping ontbindingsbeschikking. Dat werkgever met betrekking tot de financiële positie een verkeerde voorstelling van zaken heeft gegeven, is niet komen vast te staan.

De arbeidsovereenkomst van werkneemster is op 7 maart 2014 op verzoek van Stichting Openbare Bibliotheek Gelderland Zuid (hierna: OBGZ) ontbonden wegens een verstoorde arbeidsrelatie. Geoordeeld werd dat het sociaal plan niet van toepassing was. De door OBGZ aangeboden vergoeding van € 12.000 bruto werd billijk geacht en is aan werkneemster toegekend. Thans verzoekt werkneemster herroeping van de beschikking. Zij stelt dat zij na de ontvangst van de ontbindingsbeschikking, op 10 mei 2014, jaarrekeningen van OBGZ heeft ontvangen over 2012 en 2013 naar aanleiding van een ingediend WOB-verzoek. Volgens werkneemster zijn deze stukken van beslissende aard in het kader van de ontbindingsprocedure en zijn deze door OBGZ gedurende de procedure achtergehouden. Werkneemster heeft naar eigen zeggen stukken gevonden waaruit blijkt dat OBGZ in de procedure met betrekking tot de financiële positie een verkeerde voorstelling van zaken heeft gegeven en feiten heeft verzwegen die tot een voor werkneemster gunstiger afloop van de procedure hadden kunnen leiden.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Voor zover de stellingen van werkneemster doel treffen, dienen deze slechts te leiden tot een heropening van het geding voor wat betreft de vaststelling van de hoogte van de ontbindingsvergoeding. De stellingen van werkneemster zien namelijk niet op de verstoorde arbeidsrelatie. In hetgeen werkneemster heeft aangevoerd, wordt echter geen aanleiding gezien tot heropening. De stelling van werkneemster dat zij onder meer ten tijde van de ontbindingsprocedure psychische klachten had, levert geen grond op in de zin van artikel 382 Rv. Bovendien had (de gemachtigde van) werkneemster dit in de ontbindingsprocedure moeten aanvoeren. In de ontbindingsprocedure heeft OBGZ gesteld dat zij wegens fors teruglopende subsidies in een dermate slechte financiële positie verkeert dat zij zich genooddaakt ziet de komende tijd het personeelsbestand met 23 fte's in te krimpen. De kantonrechter heeft deze stelling betrokken bij haar oordeel inzake de ontbindingsvergoeding.

Niet is komen vast te staan dat deze stellingname van OBGZ onjuist is. Volgt afwijzing van het verzoek.

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 09-09-2014

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2014:5825

Zaaknummer: 3184266 \ AZ VERZ 14-51 \ 572

Rechters: E. Horsthuis

Advocaten: J.S. Wurfbain en A.M. Breedveld

Wetsartikelen: 7:685 BW en 382 Rv

RECHTSPRAAK

X/Johnsol B.V.

Bestuurder is niet op grond van arbeidsovereenkomst in dienst van vennootschap, omdat geen loon is betaald. Ontslag als bestuurder leidt niet tot wanprestatie of onrechtmatige daad.

X is in 2008 tot bestuurder van Johnsol benoemd. De BV van de stiefvader van X is enig aandeelhouder van Johnsol. Tijdens de buitengewone aandeelhoudersvergadering van 4 oktober 2013 is X ontslagen als bestuurder. X stelt dat Johnsol schadeplichtig is, primair op grond van wanprestatie en subsidiair op grond van onrechtmatige daad. Volgens X ontbreekt een deugdelijke grondslag voor het ontslag en lijdt hij als gevolg daarvan schade.

De rechtbank zal eerst de vraag beantwoorden of tussen partijen – naast de vennootschapsrechtelijke verhouding – een arbeidsovereenkomst bestaat of heeft bestaan. Vaststaat dat partijen geen schriftelijke arbeidsovereenkomst hebben gesloten. Tussen partijen staat vast dat Johnsol nooit loon heeft betaald aan X. Volgens X is afgesproken dat hij, zodra Johnsol een rendabel bedrijf zou zijn, met terugwerkende kracht een vergoeding voor de door hem verrichte werkzaamheden zou ontvangen. De rechtbank ziet geen aanleiding X toe te laten tot bewijslevering. Nog daargelaten de vraag of de gestelde afspraak voldoende feitelijk geconcretiseerd is, heeft te gelden dat het salaris van de directeurs ingevolge artikel 12 lid 3 van de statuten (en ingevolge art. 2:245 BW) dient te worden vastgesteld door de algemene vergadering. Ook indien het vereiste bewijs van de gestelde afspraak zou worden geleverd, is dus een bezoldigingsbesluit nodig om te kunnen concluderen dat sprake is van het element loon. Niet in geschil is dat een bezoldigingsbesluit met betrekking tot het salaris van X ontbreekt. Er is derhalve geen arbeidsovereenkomst ex artikel 7:610 BW tot stand gekomen. Er wordt niet toegekomen aan de beoordeling van de vraag of sprake is van een uitzondering op de hoofdregel dat het vennootschapsrechtelijk ontslag in beginsel tevens de beëindiging van de arbeidsovereenkomst impliceert (HR 5 april 2005, *JOR* 2005/144 en 145), zoals namens X is bepleit. Nu geen sprake is van een arbeidsovereenkomst en gesteld noch gebleken is dat een andersoortige overeenkomst is aangegaan, kan geen sprake zijn van wanprestatie.

Voorts is de gestelde onrechtmatige daad niet komen vast te staan. X heeft aangevoerd dat het

aan zijn jarenlange werkzaamheden en inspanningen te danken is dat Johnsol een stabiele marktpositie heeft weten te verwerven. Hij verkeerde gerechtvaardigd in de veronderstelling dat zijn inzet en bijdrage op enig moment zouden worden beloond en Johnsol heeft hem dat ook jarenlang voorgehouden, aldus X. Johnsol heeft echter op rechtsgeldige wijze gebruik gemaakt van haar wettelijke en statutaire bevoegdheid X te ontslaan. X heeft zijn stellingen ten aanzien van onrechtmatig handelen onvoldoende feitelijk onderbouwd, zodat aan bewijslevering op dit punt niet wordt toegekomen. Daarbij komt dat ook de verdere vereisten voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad na het verweer van Johnsol onvoldoende concreet en specifiek zijn uitgewerkt, met name op het punt van het vermeende causaal verband en de omvang van de schade.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 03-09-2014

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2014:7265

Zaaknummer: C/10/445555 / HA ZA 14-231

Rechters: C. Sikkel

Advocaten: M.C.V. Dornstedt en G.J.S. Bouwens

Wetsartikelen: 12 lid 3 statuten, 2:244 BW, 2:245 BW, 6:74 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Highlite International B.V./werknemer

Uit onderzoek deskundige volgt dat disfunctioneren geen verband houdt met gezondheidsklachten. Ontbinding arbeidsovereenkomst.

(Vervolg AR 2014-0792.) Bij tussenbeschikking heeft de kantonrechter geoordeeld dat voldoende aannemelijk geworden is dat werknemer vanaf augustus 2012 (aanmerkelijk) minder is gaan functioneren. Voor de beantwoording van de vraag of sprake is van een verandering in de omstandigheden die een ontbinding van de arbeidsovereenkomst rechtvaardigt, achtte de kantonrechter doorslaggevend het antwoord op de vraag of het disfunctioneren van werknemer verband houdt met diens gezondheidsklachten. Uit het door de deskundige uitgebrachte rapport blijkt dat er geen medische aandoening (gevonden) is die een verklaring vormt voor de door werknemer gemaakte fouten en dat ook de gebruikte medicatie het disfunctioneren niet verklaart. De deskundige concludeert tot het ontbreken van een aanwijsbare medische oorzaak voor disfunctioneren in weerwil van de door de betrokkene geuite gezondheidsklachten. De deskundige heeft zijn bevindingen gebaseerd op een uitgebreide anamnese en op een beperkt gericht lichamelijk onderzoek en hij heeft acht geslagen op de verkregen medische informatie van geheugenpoli, internist, huisarts en arboarts. De kantonrechter neemt de bevindingen en de conclusies van de deskundige over en maakt deze tot de zijne. Het opzegverbod wegens ziekte staat niet aan ontbinding in de weg.

Gebleken is van gerichte maatregelen van de kant van Highlite om het functioneren van werknemer te verbeteren. Highlite heeft meermaals aan werknemer kenbaar gemaakt dat zijn functioneren onvoldoende werd bevonden. Zij heeft in dat kader voortgangs-, evaluatie- en functioneringsgesprekken met werknemer gevoerd en de inhoud van deze gesprekken in verslagen vastgelegd. Voorts heeft Highlite een met waarborgen omkleed verbetertraject ingezet. De geboden begeleiding en het verbetertraject hebben niet het beoogde resultaat opgeleverd. De arbeidsovereenkomst wordt derhalve ontbonden. Het feit dat werknemer vanaf 28 februari 2014 met behoud van loon vrijgesteld is van het verrichten van werkzaamheden, komt in overwegende mate voor risico van Highlite. Ook had Highlite zelf voorafgaand aan of in de loop van deze procedure met een beroep op de eigen arboarts/bedrijfsarts de oordeelsvorming over eventuele medische belemmeringen bij

werknemer kunnen versnellen, althans het inschakelen van externe deskundigheid overbodig kunnen maken. Bedacht dient verder te worden dat Highlite niet aangetoond heeft dat het disfunctioneren aan opzet of onwil van werknemer te wijten was. De arbeidsovereenkomst wordt ontbonden per 1 oktober 2014. Aan werknemer wordt nog een beperkte vergoeding (€ 7500 bruto) toegekend ter overbrugging naar nieuw werk dan wel tijdelijke inkomensaanvulling.

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 27-08-2014

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2014:7966

Zaaknummer: 2883802 AZ VERZ 14-70

Rechters: H.W.M.A. Staal

Advocaten: R.L.A. Neven en E.V.C. Savelkoul

Wetsartikelen: 7:685 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgever

Ontslag op staande voet wegens werkweigering vooralsnog niet rechtsgeldig. Schade als gevolg van ongeval met bedrijfsauto kan niet op werknemer worden verhaald, omdat werknemer niet is verzekerd. Geen geldige afwijking van artikel 7:661 BW in arbeidsovereenkomst.

Werknemer is sinds 15 november 2013 voor bepaalde tijd in dienst getreden als algemeen medewerker/chauffeur. In de arbeidsovereenkomst is onder artikel 14 opgenomen 'Indien een chauffeur niet verhaalbare schade veroorzaakt en/of boetes ontvangt, zijn deze schade en boetes voor rekening van de werknemer. Bij onverhaalbare schades is (lees: zijn) € 300 voor zijn rekening.' Op 3 maart 2014 is werknemer betrokken geraakt bij een ongeval met een bedrijfsauto van werkgever. Werknemer is op 4 maart 2014 niet op zijn werk verschenen. Op 4 maart 2014 is werknemer op staande voet ontslagen wegens werkweigering. Werknemer beroept zich op de vernietigbaarheid van het ontslag.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Alhoewel vast is komen te staan dat werknemer op 4 maart 2014 niet op zijn werk is verschenen, is daarmee nog niet gezegd dat dan ook sprake is van werkweigering en daarmee een grond voor een ontslag op staande voet. De lezingen die partijen geven over de gang van zaken zowel op 3 als op 4 maart 2014, waaronder met name ten aanzien van de onderlinge (telefonische) contacten en het daarin besprokene, lopen dermate ver uiteen dat de vraag of het ontslag op staande voet naar voorlopig oordeel onterecht is gegeven niet zonder meer bevestigend kan worden beantwoord. Dat, naar de stelling van werkgever, gedurende het dienstverband met werknemer 'meer is voorgevallen' doet in dezen niet ter zake. De loonvordering wordt toegewezen.

Omtrent de inhoudingen op het loon wordt als volgt geoordeeld. Voor zover werkgever met verwijzing naar hetgeen in artikel 14 van de arbeidsovereenkomst is opgenomen, wil betogen dat hij op basis van dat artikel de geleden schade op werknemer kan verhalen, heeft hij echter niet gesteld en is ook anderszins niet gebleken dat werknemer te dier zake verzekerd is. Gezien het voorgaande is niet voldaan aan de voorwaarden die afwijking van artikel 7:661 lid 1 BW mogelijk maken en is voornoemd artikel onverkort van toepassing. Derhalve is

werknemer slechts aansprakelijk voor ontstane schade indien vast komt te staan dat de schade het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid. Daarvan is in dit geval geen sprake.

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 21-08-2014

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2014:7380

Zaaknummer: 3292580 CV EXPL 14-8496

Rechters: J.F.W. Huinen

Advocaten: G.J. Bordes en M.M.M. Otermans

Wetsartikelen: 7:661 BW, 7:677 BW en 7:678 BW

RECHTSPRAAK

X/Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen

Besluit UWV tot schorsing ZW-uitkering heeft formele rechtskracht gekregen. Verzekerde niet-ontvankelijk in vordering uit hoofde van onrechtmatige daad.

Met ingang van 8 maart 2010 heeft het UWV aan X een uitkering krachtens de Ziektewet toegekend. Bij besluit van 2 juni 2010 heeft het UWV de uitkering van X geschorst, omdat X zonder bericht van verhindering niet op het spreekuur van de verzekeringsarts was verschenen. X heeft bezwaar gemaakt tegen dit besluit. Bij beslissing op bezwaar van 8 oktober 2010 heeft het UWV het bezwaar van X ongegrond verklaard. X heeft het door hem daartegen ingestelde beroep ingetrokken. Ingevolge besluit van 9 november 2010 is de uitkering van X hervat. De uitkering over de periode van 2 juni 2010 tot 9 november 2010 is vervolgens alsnog, met vergoeding van wettelijke rente, uitgekeerd. X heeft bezwaar ingesteld tegen het besluit van het UWV omtrent de vergoeding van de wettelijke rente. Bij beslissing op bezwaar van 10 maart 2011 is dit bezwaar afgewezen. X heeft tegen de beslissing op bezwaar van 10 maart 2011 beroep ingesteld. De bestuursrechter heeft geoordeeld dat X in het besluit van 8 oktober 2010 heeft berust, zodat de schorsing van de ZW-uitkering per 3 mei 2010 rechtmatig is. X stelt het UWV op grond van onrechtmatige daad aansprakelijk voor de door hem geleden schade als gevolg van de schorsing van de uitkering per 2 juni 2010.

De rechtbank oordeelt als volgt. X heeft tegen het besluit van 2 juni 2010 bezwaar gemaakt, welk bezwaar is afgewezen bij beslissing op bezwaar van 8 oktober 2010. Vervolgens is door X beroep ingesteld tegen de beslissing op bezwaar, maar dit beroep is later door hem ingetrokken. Dat betekent dat het besluit van 2 juni 2010 door X is aangevochten, maar in stand is gebleven. Daarmee heeft dit besluit formele rechtskracht gekregen. In de bestuursrechtelijke beroepsprocedures is bovendien geoordeeld dat er voldoende grond was om tot het besluit van 2 juni 2010 te komen en dat het besluit van 2 juni 2010 in rechte vaststaat. Tegen deze uitspraken is X niet opgekomen. De omstandigheid dat X op 28 juli 2014 bij het UWV een verzoek tot herziening van (onder meer) het besluit van 2 juni 2010 heeft ingediend doet niet af aan de formele rechtskracht van het besluit en geeft evenmin aanleiding om de onderhavige procedure aan te houden totdat op dat verzoek is beslist. X wordt niet-

ontvankelijk verklaard in zijn vordering.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 13-08-2014

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2014:6136

Zaaknummer: C/13/561170 / HA ZA 14-284

Rechters: W.M. de Vries

Advocaten: R. Kiewitt en I.M.C.A. Reinders Folmer

Wetsartikelen: 6:162 BW, 45 ZW en 47a ZW

RECHTSPRAAK

Highlite International B.V./werknemer

Hoewel niet gebruikelijk in een ontbindingsprocedure, wordt een deskundige benoemd ter beantwoording van de vraag of het disfunctioneren van werknemer wordt veroorzaakt door gezondheidsklachten. Aanhouding zaak.

Werknemer is sinds 2005 in dienst van Highlite, laatstelijk in de functie van medewerker magazijn. Werknemer is, ten gevolge van diabetes, van 15 augustus 2011 tot 17 januari 2012 arbeidsongeschikt geweest. Highlite verzoekt ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Zij stelt dat werknemer zijn taken als magazijnmedewerker niet op juiste wijze vervult, zich ongemotiveerd en non-coöperatief opstelt en een negatieve werkhouding en traag werktempo heeft. Ten gevolge van het disfunctioneren is er sprake van een verstoorde arbeidsrelatie, heeft Highlite geen enkel vertrouwen meer in een redelijk functioneren van werknemer en acht zij een verdere vruchtbare samenwerking in de toekomst niet meer mogelijk. Werknemer voert verweer en verzoekt het ontbindingsverzoek af te wijzen. Hij zoekt de verklaring voor zijn sedert augustus 2012 verslechterd functioneren en de met enige regelmaat terugkerende fouten in zijn medische historie en – recentelijk – in zijn vermoeden of ontdekking dat hij een stoornis in zijn denk- en concentratievermogen heeft.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Op basis van de stukken en het verhandelde ter zitting is voldoende aannemelijk geworden dat werknemer vanaf augustus 2012 (aanmerkelijk) minder is gaan functioneren. Echter, nu werknemer zijn disfunctioneren geheel of voor een belangrijk deel wijt aan zijn gezondheidsklachten, dient beoordeeld te worden of het functioneren van werknemer beïnvloed wordt door zijn gezondheidssituatie, omdat werknemer dan extra bescherming tegen opzegging en – via reflexwerking – tegen ontbinding verdient. Uit een daarvan opgemaakt verslag blijkt dat werknemer in zijn functioneringsgesprek van 12 juni 2013 zijn bezorgdheid geuit heeft over zijn ziekte en medische klachten maar ook gezegd heeft dat zijn ziektebeeld na het dotteren sterk verbeterd was en dat hij zich prettiger voelde (hetgeen zou bijdragen aan betere prestaties). Nu tijdens de evaluatie op 1 augustus 2013 gebleken is dat er geen verbetering in het functioneren opgetreden was en werknemer als een gesloten persoon overkomt die niet al te communicatief vaardig is, had het in het kader van

goed werkgeverschap op de weg van Highlite gelegen om door te vragen naar de gezondheidsklachten van werknemer en na te gaan of deze in de weg staan aan een goede uitoefening van zijn werkzaamheden.

Nu werknemer zich niet ziek gemeld heeft en zich evenmin tot de bedrijfsarts gewend heeft, is er geen (medisch) oordeel over de arbeids(on)geschiktheid van werknemer. Er zijn geen objectieve medische gegevens in het geding gebracht die de stelling van werknemer ondersteunen dat het disfunctioneren verband houdt met zijn medische klachten. Toch valt allerm minst uit te sluiten dat het disfunctioneren van werknemer verband houdt met diens gezondheidsklachten. Hoewel het gelet op de aard van de procedure niet gebruikelijk is dat nader feitenonderzoek via bijvoorbeeld inschakeling van deskundigen geschiedt, ziet de kantonrechter in deze zaak toch aanleiding een deskundigenonderzoek te bevelen. Aan de te benoemen verzekeringsgeneeskundige of arts voor arbeid & gezondheid zal de vraag voorgelegd worden of het disfunctioneren van werknemer verband houdt met diens gezondheidsklachten. Volgt aanhouding van de zaak.

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 28-04-2014

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2014:7976

Zaaknummer: 2883802 AZ VERZ 14-70

Rechters: H.W.M.A. Staal

Advocaten: R.L.A. Neven en B.M. van Kerkvoorden

Wetsartikelen: 7:611 BW, 7:670 BW en 7:685 BW