AR ARBEIDSRECHT UPDATES

Nieuwsbrief AR Updates - Nummer 40, 2014

Nummer 40, 2014

Redactie: prof. mr. dr. A.R. Houweling, mr. drs. T.J. Post, mr. O.G.M. Arkesteijn, mr. M. Assenberg van Eijsden, mr. M. Barendregt, mr. S.C. Frinking, mr. M.J. van Gils, mr. P.H. de Jongh, mr. C.P. Kuijer, mr. I.J. Schipper, mr. S.A. Slootweg, mr. V. Twilt, mr. R.R.T. van de Ven en mr. S. Wiersma-Helal.

INHOUDSOPGAVE

Hoge Raad

Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2014:2901 03-10-2014
werknemer-verzekerde/DAS Rechtsbijstand
Hoge Raad stelt prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie inzake het recht op vrije keuze van advocaat in BBA-procedure.

Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2014:2895 03-10-2014
Swinkels/Saint-Gobain Weber Beamix BV
Val over de deurmat (thuis) kan in oorzakelijk verband staan met schade opgelopen aan voet bij werkgever. Onbegrijpelijk oordeel van het hof dat een 'slepend been' in een te zeer verwijderd causaal verband staat tot het oorspronkelijke schademoment.

Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2014:2898 03-10-2014
erfgenamen van werknemer/Domijn
Ontbindingsvergoeding blijft verschuldigd bij einde arbeidsovereenkomst wegens overlijden werknemer na ontbindingsbeschikking, maar vóór beoogde tijdstip van ontbinding. Strijd met gesloten stelsel van rechtsmiddelen indien zonder aanwending rechtsmiddel rechtskracht kan worden ontzegd aan onherroepelijke rechterlijke uitspraak.

Hof

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2014:4007 23-09-2014
62 postactieven/ASR Nederland NV
Eenzijdige wijzigingsbevoegdheid ex artikel 7:613 BW blijft van kracht op postactieven wegens niet-uitgewerkte rechtsverhouding.

Rechtbank

Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2014:8042 26-09-2014

Shin Etsu PVC B.V. c.s./FNV Bondgenoten c.s.
Tweede staking bij Akzo Nobel Industrial Chemicals. Uit veiligheidsoverwegingen wordt staking verboden voor zover dit gedurende de eerste zeven dagen na betekening van het vonnis zal leiden tot een daling van de productie beneden 60% van het maximale niveau en daarna 46% van het maximale niveau.

Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2014:6356 22-09-2014

Whermo BV, voorheen geheten Tosca Medisch Interim BV/Stichting Pensioenfonds voor Personeelsdiensten
TMI (detacheringsbureau voor verpleegkundig en paramedisch personeel) vervult allocatiefunctie, waardoor TMI kwalificeert als uitzendonderneming en valt onder de werkingssfeer van de verplichtstellingsbeschikking van StiPP.

Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2014:6357 19-09-2014

Dirk van den Broek Supermarkten B.V./werknemer
Ontslag op staande voet teamleider Dirk van den Broek wegens diefstal. Dringende reden voldoende aannemelijk ondanks het feit dat de beelden van de bedrijfscamera's geen eenduidige diefstal door werknemer laten zien. Voorwaardelijke ontbinding zonder vergoeding.

Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2014:4118 17-09-2014

Export Promotion B.V. c.s./X c.s.
Onrechtmatig handelen voormalig financieel directeur niet komen vast te staan.

Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2014:4291 10-09-2014

Parfumerie Douglas Nederland B.V./werkneemster
Uitleg geografische reikwijdte concurrentiebeding conform Haviltex-maatstaf. Diameter heeft een andere betekenis dan straal, waardoor werkzaamheden in Amsterdam net niet binnen de reikwijdte van het concurrentiebeding vallen.

Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2013:9897 18-11-2013

Tosca Medisch Interim/Stichting Pensioenfonds voor Personeelsdiensten
Geschil over verplichte deelname StiPP. In beginsel is het aan StiPP is om te bewijzen dat TMI (detacheringsbureau voor verpleegkundig en paramedisch personeel) valt onder de werkingssfeer van het verplichtstellingsbesluit. Op TMI rust een verzwaarde stelplicht. Aanhouding zaak.

Uitspraken zonder ECLI

Rechtbank Gelderland 24-09-2014

werkneemster/werkgeefster

Rechtsvermoeden omvang arbeid niet van toepassing indien in arbeidsovereenkomst wordt bepaald dat 20 tot 40 uur per week wordt gewerkt (min/max-contract) en het gemiddeld aantal gewerkte uren per week binnen deze bandbreedte blijft.

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Rechtbank Zeeland-West-Brabant 28-08-2014

werkgeefster/werknemer

Kantonrechter verklaart zich onbevoegd kennis te nemen van ontbindingsverzoek, omdat werknemer zijn woonplaats heeft in Duitsland. Dat een eerder ingediend ontbindingsverzoek wel door de Nederlandse rechter is beoordeeld, maakt dit niet anders.

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Annotatie

Overgang van nawerkende cao-bepalingen: Rode Kruis/Te Riet of Rode Kruis teniet?

A.R. Houweling

AR ARBEIDSRECHT UPDATES

ANNOTATIE

Overgang van nawerkende cao-bepalingen: Rode Kruis/Te Riet of Rode Kruis teniet?

A.R. Houweling

1. Inleiding

De rechten en verplichtingen die voor de vervreemder voortvloeien uit de op het tijdstip van de overgang bestaande arbeidsovereenkomst (of arbeidsbetrekking), gaan door de overgang van onderneming op de verkrijger over. Arbeidsvoorwaarden die voortvloeien uit een collectieve arbeidsovereenkomst bij de vervreemder dienen evenzeer door de verkrijger te worden gerespecteerd. Artikel 3 lid 3 Richtlijn 2001/23 bepaalt dat deze zogenoemde cao-handhavingsplicht eindigt op (1) het tijdstip waarop de collectieve overeenkomst wordt beëindigd of (2) afloopt, of waarop een andere collectieve overeenkomst (3) in werking treedt of (4) wordt toegepast. De lidstaten kunnen het tijdvak waarin de arbeidsvoorwaarden moeten worden gehandhaafd beperken, mits dit tijdvak niet korter is dan één jaar. Zoals bekend heeft de Nederlandse wetgever niet gekozen voor een beperking van deze handhavingsplicht in tijd. Wel heeft de wetgever met artikel 14a WCAO (en art. 2a WAVV) getracht artikel 3 lid 3 Richtlijn 2001/23 te implementeren. Getracht, want 'de wetgever heeft echter met art. 14a lid 2 Wet CAO iets anders bedoeld dan hetgeen er staat', waarschuwde eens de Kantonrechter Utrecht (23 juli 2008, *JIN* 2008/608, m.nt. Beltzer). Daarmee doelde hij op de gevolgen van de cumulatie van artikel 14a WCAO en artikel 7:663 jo. artikelen 9, 12, 13 en 14 WCAO. Kort gezegd: ook al vervalt de handhavingsplicht ex artikel 14a WCAO, dan wil dat niet zeggen dat een overgegane werknemer geen beroep meer kan doen op zijn 'oude rechten' krachtens nawerkende cao-bepalingen. Zoveel werd duidelijk in het arrest Rode Kruis/Te Riet (HR 10 januari 2003, *JAR* 2003/38, UJA_101996). In de onderhavige zaak laat het Hof van Justitie zich – bij mijn weten voor het eerst – uit over 'nawerkende cao-bepalingen' in het licht van artikel 3 lid 3 Richtlijn 2001/23. Houdt onze Rode Kruis/Te Riet-jurisprudentie stand of wordt deze teniet gedaan?

2. Handhavingsplicht geldt ook voor nawerkende cao...

Wat was er aan de hand? Het Oostenrijkse arbeidsrecht kent een wettelijke bepaling die voorziet in de mogelijkheid dat de collectieve overeenkomst, na beëindiging ervan, onder de volgende voorwaarden haar rechtsgevolgen behoudt: 'De rechtsgevolgen van de collectieve overeenkomst blijven na beëindiging ervan voor de arbeidsbetrekkingen die direct vóór de beëindiging ervan daaronder vielen, gelden totdat voor deze arbeidsbetrekkingen een nieuwe collectieve overeenkomst in werking treedt of met de betrokken werknemers een nieuwe individuele overeenkomst wordt gesloten' (§ 13 van het Arbeitsverfassungsgesetz). Voorts kent de Oostenrijkse wet een bepaling die vrijwel identiek is aan de redactie van artikel 3 lid 3 richtlijn. In casu werd vanwege de grote verliezen die het concern van de werkgever had geleden besloten de luchtvaartactiviteiten van de moederonderneming aan de dochteronderneming over te dragen. Daartoe heeft een overgang van onderneming ten gunste van de dochteronderneming plaatsgevonden met als doel dat de bij de luchtvaartactiviteiten betrokken werknemers zouden vallen onder de ongunstigere arbeidsvoorwaarden van de voor deze dochteronderneming geldende collectieve overeenkomst. Per datum overgang van onderneming heeft de werkgeversvereniging de collectieve overeenkomst van de moederonderneming beëindigd. Overeenkomstig de hiervoor genoemde Oostenrijkse wettelijke regeling blijft de beëindigde collectieve overeenkomst de rechtsgevolgen hebben die het vóór de beëindiging ervan had, te weten een zogenoemde 'nawerking' van de collectieve overeenkomst totdat een nieuwe collectieve overeenkomst of een uitdrukkelijke overeenkomst tussen partijen is gesloten. Na de overgang van onderneming en de beëindiging van de collectieve overeenkomst begon de nieuwe werkgever eenzijdig ondernemingsrichtsnoeren toe te passen waardoor het salaris van de overgegane werknemers significant verslechterde (tussen 40 en 54% in hun salaris achteruitgegaan). De centrale vraag die door de verwijzende rechter aan het Hof wordt voorgelegd is of artikel 3 lid 3 richtlijn ook geldt voor een 'nawerkende cao'. Het antwoord op deze vraag is nodig, omdat per datum overgang de initiële collectieve overeenkomst was beëindigd, zodat naar de letter van artikel 3 lid 3 richtlijn er geen handhavingsplicht meer bestaat. Ingeval nawerking ook onder artikel 3 lid 3 richtlijn valt, dan blijft de handhavingsplicht gelden.

3. Advocaat-generaal

De advocaat-generaal (Cruz Villalón) overweegt het volgende. Hij wijst erop dat Richtlijn 2001/23 de *gevolgen* en niet de *totstandkoming* van arbeidsvoorwaarden regelt. De vraag of sprake is van een arbeidsovereenkomst, een arbeidsbetrekking of een collectieve arbeidsovereenkomst, is aan de lidstaten te beantwoorden. Het Hof concentreert zich, aldus de A-G, op de meer praktische aspecten van de richtlijn, zonder al te zeer stil te staan bij begripsvragen. Bepalend is dat er een recht of een verplichting bestaat, niet wat de formele oorsprong daarvan is (r.o. 38 en 40). Artikel 3 lid 3 richtlijn legt vooral de nadruk op de

handhaving van de 'arbeidsvoorwaarden' die voortvloeien uit een collectieve overeenkomst. Ook hier benadrukt de richtlijn het 'behoud' van de rechten. De specifieke oorsprong van die rechten is minder belangrijk. De nawerking heeft vóór alles tot doel een waarborg te vormen; zij behoudt slechts de status quo ten behoeve van de rechtszekerheid. In dat geval vormen de rechten en verplichtingen die uit een nawerkende collectieve overeenkomst voortvloeien en die simpelweg een voortzetting zijn van de eerdere situatie, de 'vastgelegde arbeidsvoorwaarden'. De A-G erkent dat de letterlijke tekst van artikel 3 lid 3 richtlijn de handhaving beperkt 'tot op het tijdstip waarop de collectieve overeenkomst wordt beëindigd of afloopt, of waarop een andere collectieve overeenkomst in werking treedt of wordt toegepast'. De A-G is echter van mening dat deze bepaling ziet op situaties van beëindiging of afloop *in enge zin*, waarin het nationale recht niet voorziet in een van tevoren bepaalde vorm van de collectieve overeenkomst ten behoeve van de rechtszekerheid. Oftewel, indien het nationale recht nawerking kent (wettelijk of niet-wettelijk) dan sorteren de beperkingsgronden van artikel 3 lid 3 richtlijn geen effect.

4. Hof van Justitie EU

De conclusie van de A-G vindt weerklank bij het Hof van Justitie EU: 'Zoals de advocaat-generaal in punt 41 van zijn conclusie heeft aangegeven, verlangt artikel 3, lid 3, van die richtlijn dat de bij collectieve overeenkomst vastgestelde arbeidsvoorwaarden worden gehandhaafd, zonder dat de specifieke oorsprong van de toepassing ervan doorslaggevend is. Bij collectieve overeenkomst vastgelegde arbeidsvoorwaarden vallen bijgevolg in beginsel onder artikel 3, lid 3, van richtlijn 2001/23, ongeacht de techniek die wordt gebruikt om die arbeidsvoorwaarden van toepassing te maken op de betrokkenen. In dit verband is het voldoende dat dergelijke voorwaarden in een collectieve overeenkomst zijn vastgelegd en de vervreemder en de overgegane werknemers daadwerkelijk binden.' Het Hof voegt hier – onder verwijzing naar Scattolon (HvJ EU 6 september 2011, AR 2011-0727, m.nt. J.P.H. Zwemmer, 'Anciënniteit, cao en overgang van onderneming': de overgaande werknemer behoudt zijn anciënniteit wanneer deze van belang is voor zijn bezoldiging op basis van de cao van de verkrijger en hij anders wegens de overgang een wezenlijk salarisverlies zou lijden) – aan toe, dat dit oordeel het doel van de richtlijn dient dat erin bestaat te verhinderen dat de bij de overgang betrokken werknemers uitsluitend ten gevolge van deze overgang in een minder gunstige positie komen te verkeren.

Passen we dit oordeel van het Hof van Justitie toe op de Nederlandse rechtssituatie, dan blijkt de veelal door de praktijk als lastig ervaren Rode Kruis/Te Riet-jurisprudentie in overeenstemming met EU-rechtspraak. Nawerking van cao-bepalingen dient namelijk precies hetzelfde doel als de Oostenrijkse wetgeving: voorkoming van het jojo-effect (borgen van rechtszekerheid). Voor zover hierover nog enige discussie bestaat in Nederland, maakt het

Hof duidelijk dat bij een 'getimede' overgang van onderneming, de verkrijger niet met een Juuri-verweer kan betogen dat de cao van de vervreemder ten tijde van de overgang was beëindigd en de verkrijger derhalve vrij is te doen en laten wat hij wil. Ter toelichting: in het Juuri-arrest viel de datum van de overgang en de expiratie van de cao samen, waarna de werknemer bij de verkrijger aan een andere cao gebonden raakte die aanmerkelijk slechter was. Het betrof in Juuri evenwel een afloop 'in enge zin'. Het Finse recht kende geen (wettelijk) recht van nawerking (vgl. HvJ EG 27 november 2008, *JAR* 2009/20. Zie uitvoerig over dit arrest R.M. Beltzer, 'De zaak Juuri: over ontslag en de wil van sociale partners', *ArA* 2010-1). Zodra een lidstaat wel een (wettelijk) recht van nawerking kent, dan gaan de 'nawerkende cao-bepalingen' mee over. Uiteraard alleen de arbeidsvoorwaarden die voortvloeien uit deze cao. Oftewel normatieve bepalingen en op arbeidsvoorwaarden terug te voeren diagonale bepalingen.

5. ...maar geen onbepaalde en onbeperkte nawerking?

Tot nu toe brengt het arrest ons niet veel nieuws, zou men kunnen stellen. Het Hof vervolgt evenwel dat zijn uitlegging ook in overeenstemming is met het andere doel van de richtlijn, dat erin bestaat een billijk evenwicht te verzekeren tussen de belangen van de werknemers en die van de verkrijger, en waaruit met name volgt dat de verkrijger de aanpassingen en veranderingen moet kunnen doorvoeren waartoe de voortzetting van zijn activiteiten noopt (HvJ EU 18 juli 2013, AR 2013-556, m.nt. R.M. Beltzer, 'Het incorporatiebeding als tweederangs contractuele bepaling (Parkwood)'). Volgens het Hof heeft een regel als die in het hoofdgeding, die voorziet in de handhaving van de rechtsgevolgen van een collectieve overeenkomst, *immers een beperkte werking*, aangezien de rechtsgevolgen van een collectieve overeenkomst slechts behouden blijven voor de arbeidsbetrekkingen die direct vóór de beëindiging ervan daaronder vielen, en totdat voor deze arbeidsbetrekkingen een nieuwe collectieve overeenkomst in werking treedt of met de betrokken werknemers een nieuwe individuele overeenkomst wordt gesloten. In die omstandigheden blijkt niet dat een dergelijke regel de verkrijger belet de aanpassingen en veranderingen door te voeren waartoe de voortzetting van zijn activiteiten noopt. De A-G vatte het zo samen: er is sprake van een in duur beperkt en afgezwakt recht. In duur beperkt omdat de nawerking ophoudt zodra er een nieuwe cao in werking treedt. Afgezwakt omdat tijdens de nawerkingsperiode partijen anders kunnen overeenkomen.

Net als in Parkwood plaats het Hof zijn arrest dus in de sleutel van botsende arbeidsrechtelijke grondslagen: enerzijds het ongelijkheidsbeginsel (behoud van rechten en plichten) en anderzijds het organisatiebeginsel (doorvoeren van aanpassingen en veranderingen die nodig zijn). Dit laatste aspect is van meet af aan in de richtlijn aanwezig geweest, maar eigenlijk pas sinds kort door het Hof van Justitie EU als zodanig erkend

(Parkwood). Uiteindelijk komt het dan aan op een belangenafweging, waarbij in het onderhavige geval het behoud van rechten en plichten zwaar weegt.

Tegelijkertijd plaats deze Parkwood-exceptie onze Rode Kruis/Te Riet-jurisprudentie mogelijk in een iets genuanceerder daglicht. Immers, naar Nederlands recht heeft nawerking in beginsel een permanent karakter (HR 8 april 2011, AR 2011-0279, m.nt. A.R. Houweling, 'Permanente nawerking van minimum-cao's: een tijdbom onder het cao-recht?') en is daardoor niet in duur beperkt. Sterker nog, zelfs indien na de overgang van onderneming de overgekomen werknemers aan een nieuwe cao gebonden raken, kunnen cao-bepalingen – tenzij uitdrukkelijk uitgesloten – nog steeds blijven nawerken met alle gevolgen en complicaties van dien (zie uitvoerig J.H. Even, 'Toepasselijke cao bij overgang van onderneming – 10 scenario's', *TAP Special* 2009/2; R.M. Beltzer, 'Overgang van onderneming en cao', *ARBAC* 2011). Een verkrijger is (lang) niet altijd bij machte invloed uit te oefenen op de eventuele redactie van (toekomstige) cao's die de nawerking van cao's uitsluiten of beperken tot het tijdstip van inwerkingtreding van een nieuwe cao. Daar komt bij dat het eenzijdig wijzigen van arbeidsvoorwaarden op grond van artikel 7:613 BW of het forceren van een overeenstemming over gewijzigde arbeidsvoorwaarden op grond van artikel 7:611 BW, niet gemakkelijk voor een verkrijger valt te bewerkstelligen. Dit alles kan hem belemmeren aanpassingen en veranderingen door te voeren waartoe de voortzetting van zijn activiteiten nopen. Daarbij mogen we niet uit het oog verliezen dat het Hof van Justitie in Parkwood benadrukt dat artikel 3 richtlijn, gelezen in samenhang met artikel 8 daarvan, niet aldus kan worden uitgelegd dat het de lidstaten toestaat maatregelen te nemen die weliswaar gunstiger zijn voor de werknemers, maar de vrijheid van ondernemerschap (art. 16 Handvest Grondrechten EU) van de verkrijger in de kern kunnen aantasten. Kortom, als we na de overgang de verkrijger te veel belemmeren in zijn ondernemingsvrijheid, dan handelen we in strijd met de richtlijn.

Men zou de jurisprudentie van het Hof van Justitie aldus kunnen samenvatten:

– ongeacht de techniek van de doorwerking van arbeidsvoorwaarden uit een cao, dient de werknemer bij een overgang van onderneming zijn oude arbeidsvoorwaarden te behouden (Gewerkschaftsbund);

– de richtlijn beoogt de werknemer niet in gunstigere positie te brengen dan voor de overgang (Scattolon);

– bij de handhaving van de arbeidsvoorwaarden dient steeds een billijk evenwicht gevonden te worden tussen enerzijds werknemersbescherming en anderzijds het belang van de ondernemer (Parkwood en Gewerkschaftsbund).

Zouden we deze rechtspraak niet zo mogen uitleggen dat het onverkort vasthouden aan nawerkende cao-bepalingen van de vervreemder (al dan niet in combinatie met 'cherry picking' van betere arbeidsvoorwaarden uit de cao van de verkrijger) op enig moment in strijd kan zijn met de vrijheid van ondernemerschap? Volgens mij geven zowel Parkwood als Gewerkschaftsbund verkrijgers (iets) meer manoeuvreerruimte te harmoniseren dan wel wijzigingen door te voeren na een overgang van onderneming. Deze ruimte moet niet worden overschat. Het louter wijzigen vanwege de overgang is niet toegestaan, althans het kan niet zo zijn dat werknemers er (sterk) op achteruitgaan bij een overgang van onderneming omdat de sociale partners (toevallig) de expiratie van de cao laten samenvallen met de datum overgang van onderneming (zie Juuri in combinatie met Scattolon). Dat de sociale partners wel aan zet zijn, blijkt uit beide arresten: 'het is aan sociale partners te bepalen wanneer de cao expireert.' Kortom, er zullen voor de uitvoering van de bedrijfsactiviteiten benodigde veranderingen en wijzigingen ten grondslag moeten liggen aan een (kort) na de overgang door te voeren wijziging. Een te ruime toepassing van de vrijheid van ondernemerschap als correctie op het behoud van rechten en plichten, zou dit (hoofd)doel van de richtlijn immers teniet doen. De vrijheid van ondernemerschap (waaronder de contractsvrijheid) komt mij evenwel weer ruimer voor dan een in de jurisprudentie en literatuur veelal gepleegd beroep op ETO-redenen (die in beginsel slechts zien op ontslag, maar naar analogie worden toegepast bij wijziging na de overgang). Een harmonisatie van arbeidsvoorwaarden ten behoeve van de voortzetting van de activiteiten van de werkgever, waarbij de overgekomen werknemers er per saldo niet op achteruitgaan, zou met een beroep op Parkwood en Gewerkschaftsbund eerder de rechterlijke toets kunnen doorstaan. In die zin nuanceren de arresten Parkwood en Gewerkschaftsbund in zekere zin de rechtspraak van Daddy's Dance Hall (een zekere pakketvergelijking zou mogelijk moeten zijn na de overgang en zelfs een verslechtering is niet uitgesloten). Bij dit alles lijkt het 'collectieve aspect', en daarmee het belang van het onderscheid of sprake is van een artikel 3 lid 1- (individuele arbeidsovereenkomst) of een artikel 3 lid 3- (collectieve rechten) overgang, groot. Is sprake van een artikel 3 lid 3-overgangsrecht, dan lijkt een beroep op Parkwoord eerder aan de orde dan wanneer het 'harde individuele rechten' betreft.

6. Een collectieve arbeidsvoorwaarde blijft een collectieve arbeidsvoorwaarde, ongeacht de techniek van doorwerking

Met deze slotopmerkingen in de vorige paragraaf, intrigeert ten slotte de overweging van het Hof dat bij collectieve overeenkomst vastgelegde arbeidsvoorwaarden in beginsel onder artikel 3 lid 3 richtlijn vallen, *ongeacht de techniek* die wordt gebruikt om die arbeidsvoorwaarden van toepassing te maken op de betrokkenen. In dit verband is het voldoende dat dergelijke voorwaarden in een collectieve overeenkomst zijn vastgelegd en de

vervreemder en de overgegane werknemers daadwerkelijk binden (r.o. 25). Dit betekent dat *alle arbeidsvoorwaarden die uit de cao voortvloeien*, onder het bereik van artikel 3 lid 3 richtlijn vallen en niet van artikel 3 lid 1 richtlijn. Vertaald naar de Nederlandse situatie zou men kunnen betogen dat een arbeidsvoorwaarde die krachtens artikel 9, 12 of 13 WCAO onderdeel is gaan uitmaken van de individuele arbeidsovereenkomst, niet krachtens artikel 7:663 BW overgaat (als een recht en plicht die voortvloeit uit de arbeidsovereenkomst), maar uitsluitend krachtens artikel 14a WCAO (inclusief de mogelijke beperkingsgronden). Immers, de arbeidsvoorwaarde is en blijft er een die voortvloeit uit de cao. Dat het nationale recht deze voorwaarde onderdeel laat zijn van de individuele arbeidsovereenkomst, doet niet ter zake (dat is techniek). Bij een overgang dient het collectieve en niet het individuele contract leidend te zijn. Deze benadering sluit ook aan bij de handelwijze van het Hof in Parkwood, waarin een 'incorporatiebeding', als zijnde een artikel 3 lid 1-bepaling, werd behandeld in het licht van artikel 3 lid 3 richtlijn (zie J.H. Even, 'Incorporeren na Parkwood', *TAP* 2013/8, p. 316-325; N. Jansen, 'Parkwood: (vooral) oude wijn in nieuwe zakken', *ArA* 2014-1). Ook hier geldt dat de techniek van de doorwerking niet ter zake doet; het gaat om het behoud van de rechten die uit de collectieve arbeidsovereenkomst voortvloeien.

Hoewel deze benadering past binnen de systematiek van de richtlijn en de uitlegging van het Hof, staat zij op gespannen voet met de doorwerkingsleer van ons cao-recht. Immers, in Nederland geldt de doorwerking (en niet de nawerking) van de cao in de individuele arbeidsovereenkomst (zie daarover het hierboven genoemde arrest en de annotatie bij Unieke Kinderopvang, HR 8 april 2011, *JAR* 2011/135). Toch roept dit arrest de vraag op of artikel 14a WCAO en de al dan niet permanente doorwerking van arbeidsvoorwaarden uit een cao in de individuele arbeidsovereenkomst geen herijking behoeven. Wellicht dat we dan opnieuw de Kantonrechter Utrecht in herinnering moeten roepen: wat er staat is niet wat er wordt bedoeld. Zolang wij in Nederland nawerking van cao-bepalingen accepteren (en waarom zouden we dat niet doen?) en de wetgever artikel 14a WCAO ongewijzigd laat, zal dit onderscheid tussen een overgang krachtens artikel 7:663 BW of 14a WCAO geen of nauwelijks materieel effect hebben. Het geeft hooguit iets meer ruimte wijzigingen door te voeren na de overgang van onderneming, mits een succesvol beroep op vrijheid van ondernemerschap wordt gedaan. In een voorkomend geval zou de verkrijgende werkgever kunnen betogen dat hoewel de voorwaarden in Nederland voortvloeien uit de individuele arbeidsovereenkomst, men de collectieve origine van deze voorwaarden niet uit het oog mag verliezen hetgeen met zich brengt dat indien er nieuwe collectieve afspraken zijn gemaakt dat een aspect van enige betekenis is in de afweging tussen behoud van rechten en plichten en vrijheid van ondernemerschap. Wordt Rode Kruis met dit arrest teniet gedaan? Geenszins. Het Hof lijkt onze Rode Kruis/Te Riet-jurisprudentie eerder te bevestigen, met de nuancering van het billijke evenwicht dat zal moeten worden gevonden tussen enerzijds werknemersbescherming

en anderzijds het organisatiebeginsel (de Parkwood-exceptie).

RECHTSPRAAK

erfgenamen van werknemer/Domijn

Ontbindingsvergoeding blijft verschuldigd bij einde arbeidsovereenkomst wegens overlijden werknemer na ontbindingsbeschikking, maar vóór beoogde tijdstip van ontbinding. Strijd met gesloten stelsel van rechtsmiddelen indien zonder aanwending rechtsmiddel rechtskracht kan worden ontzegd aan onherroepelijke rechterlijke uitspraak.

(Zie ook AR 2010-0751 en AR 2013-0691.) Werknemer is op 1 juni 1983 in dienst getreden van (de rechtsvoorganger van) Domijn. Wegens het functioneren van werknemer heeft Domijn in juni 2009 te kennen gegeven de arbeidsovereenkomst te willen beëindigen. Na overeenstemming hebben partijen een pro-formaontbindingsverzoek ingediend bij de Kantonrechter Enschede, waarbij de ontbindingsdatum is bepaald op 1 april 2010 met toekenning van een vergoeding ad € 66.000. De beschikking is op 31 augustus door de kantonrechter afgegeven. Op 30 december 2009 is werknemer overleden. Domijn heeft voor de erven van werknemer diverse financiële voorzieningen getroffen krachtens de cao. De erfgenamen hebben onder meer gevorderd dat Domijn wordt veroordeeld tot betaling van het bedrag van € 65.952 bruto, primair op grond van de tussen partijen (erflater en Domijn) gesloten beëindigingsovereenkomst en subsidiair op grond van de door de kantonrechter afgegeven ontbindingsbeschikking. De kantonrechter heeft de vordering toegewezen. Het hof heeft de vorderingen afgewezen.

De Hoge Raad oordeelt als volgt. Bij de beoordeling van het voorgestelde onderdeel wordt vooropgesteld dat aan een ontbindingsbeschikking als bedoeld in artikel 7:685 BW niet slechts rechtskracht, althans rechtsgevolg toekomt indien de arbeidsovereenkomst op het in de beschikking bepaalde tijdstip van ontbinding nog steeds bestaat, want dan zou aan een onherroepelijke rechterlijke uitspraak zonder aanwending van enig rechtsmiddel rechtskracht kunnen worden ontzegd door in een volgend geding te doen vaststellen dat deze uitspraak geen rechtskracht heeft verkregen of dat de rechtskracht daaraan is ontvallen omdat de grondslag waarop de uitspraak berustte, is weggevallen. Dat is onverenigbaar met het gesloten

stelsel van de in de wet geregelde rechtsmiddelen (vgl. HR 21 maart 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2308, NJ 1997/380 en HR 1 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP2312, NJ 2011/220). Indien het hof heeft geoordeeld dat een ontbindingsvergoeding slechts verschuldigd is indien de arbeidsovereenkomst op het in de ontbindingsbeschikking bepaalde tijdstip van ontbinding nog bestaat, heeft het, gelet op hetgeen hiervoor is overwogen, blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Als het hof heeft bedoeld dat de ontbindingsbeschikking zo moet worden begrepen dat geen ontbindingsvergoeding behoeft te worden betaald indien de arbeidsovereenkomst voor 1 april 2010 door een andere oorzaak is geëindigd, geeft dat oordeel evenzeer blijk van een onjuiste rechtsopvatting. In dat geval heeft het hof miskend dat de eis van rechtszekerheid meebrengt dat een dergelijke uitleg alleen gerechtvaardigd is indien in de ontbindingsbeschikking is bepaald dat de daarin toegekende vergoeding slechts verschuldigd zal zijn indien de arbeidsovereenkomst op de datum met ingang waarvan wordt ontbonden nog bestaat, dan wel indien die beschikking in die zin moet worden begrepen omdat in de daaraan ten grondslag liggende beëindigingsovereenkomst een voorwaarde van die strekking is opgenomen. Het onderdeel slaagt dus. De Hoge Raad kan zelf de zaak afdoen. Nu noch in de ontbindingsbeschikking, noch in de beëindigingsovereenkomst is bepaald dat de vergoeding slechts verschuldigd zal zijn indien de arbeidsovereenkomst op 1 april 2010 nog bestaat, is de vergoeding verschuldigd, ook al is de arbeidsovereenkomst door het overlijden van erflater eerder dan op die datum geëindigd. Het vonnis van de kantonrechter dient dan ook te worden bekrachtigd.

Instantie: Hoge Raad
Datum uitspraak: 03-10-2014
ECLI: ECLI:NL:HR:2014:2898
Zaaknummer: 13/05851
Rechters: E.J. Numann, G. Snijders, A.M.J. van Buchem-Spapens, G. de Groot en T.H. den Tanja-van Broek
Advocaten: E.H. van Staden Ten Brink
Wetsartikelen: 7:685 BW en 7:674 BW

RECHTSPRAAK

Shin Etsu PVC B.V. c.s./FNV Bondgenoten c.s.

Tweede staking bij Akzo Nobel Industrial Chemicals. Uit veiligheidsoverwegingen wordt staking verboden voor zover dit gedurende de eerste zeven dagen na betekening van het vonnis zal leiden tot een daling van de productie beneden 60% van het maximale niveau en daarna 46% van het maximale niveau.

Akzo Nobel Industrial Chemicals B.V. (hierna: Akzo) produceert in haar Membraanelectrolysebedrijf (MEB) chloor. Shin Etsu en Momentive Specialty Chemicals (hierna: Shin Etsu c.s.) zijn chemiebedrijven en afnemers van chloor bij Akzo, dat zij als halffabricaat gebruiken. Begin september hebben FNV Bondgenoten, CNV Vakmensen en De Unie (hierna: de vakbonden) een staking aangekondigd. De voorzieningenrechter heeft het de vakbonden verboden om hun voorgenomen stakingsacties tegen Akzo ten uitvoer te brengen voor zover dit zal leiden tot een daling van productie van het MEB bij Akzo tot beneden 40% van het maximale niveau (zie AR 2014-0771). Deze staking heeft de ontstane impasse niet doorbroken. De vakbonden zijn op 24 september 2014 om 14.00 uur, met inachtneming van het in het kortgedingvonnis gegeven verbod, een nieuwe collectieve actie gestart tegen Akzo. Shin Etsu c.s. vorderen de vakbonden te verbieden om hun (voorgenomen) stakingsacties tegen Akzo ten uitvoer te brengen voor zover dit zal leiden tot een daling van de productie bij Akzo tot beneden 45 ton chloor per uur gedurende de eerste zeven dagen na aanvang van de staking en voor zover dit zal leiden tot een daling van de productie bij Akzo tot beneden 49 ton chloor per uur gedurende de periode na zeven dagen na aanvang van de staking.

De voorzieningenrechter oordeelt als volgt. Het vorige kort geding had betrekking op een eerdere, weliswaar vergelijkbare, staking. Momentive was geen partij in de vorige procedure. Shin Etsu c.s. zijn ontvankelijk in hun vordering. In beginsel is de aangekondigde staking rechtmatig, omdat deze onder het bereik van artikel 6 lid 4 ESH valt. De vraag die voorligt is of het recht om collectieve actie te voeren op grond van artikel G ESH (verder) beperkt kan worden omdat de staking onacceptabel groot gevaar oplevert voor de nationale veiligheid en/of de volksgezondheid. Ter beoordeling ligt wederom de vraag voor of de door de vakbonden voorgenomen beperking van de productiecapaciteit van MEB (ditmaal tot 40% van

de maximale capaciteit) moet worden verboden vanwege dreigend gevaar voor de nationale veiligheid en/of de volksgezondheid. Drie omstandigheden spelen bij deze beoordeling een belangrijke rol. In de eerste plaats is gebleken dat Momentive tijdens de eerste staking in staat is geweest om op korte termijn haar planning zodanig te wijzigen dat een niet voor dat moment geplande onderhoudsstillegging toch plaatsvond. Desgevraagd heeft Momentive bevestigd dat een stillegging zonder dat onderhoudswerkzaamheden behoeven plaats te vinden minder bewerkelijk zal zijn. Ten tweede is in deze procedure genoegzaam vast komen te staan dat het al dan niet gepland stilleggen van het productieproces bij bedrijven zoals van Shin Etsu c.s. behoort tot de normale bedrijfsuitoefening. Het standpunt van Shin Etsu c.s. komt erop neer dat verhoogde veiligheidsrisico's wel aanvaardbaar zijn indien zij worden veroorzaakt door technische (en dus in wezen bedrijfseconomische) oorzaken maar niet als zij worden veroorzaakt door een collectieve actie. Dit miskent echter dat het recht op collectieve actie een grondrecht is en dat het zich voordoen van een dergelijke actie evenzeer onderdeel van de normale bedrijfsuitoefening geacht moet worden te zijn als de andere genoemde oorzaken die nopen tot stillegging van de productie. Dat wil vanzelfsprekend niet zeggen dat stillegging van de productie als gevolg van collectieve acties gezien de daaraan verbonden risico's niet tot een minimum moeten worden beperkt, maar wel dat niet uitgesloten is dat enig toegenomen risico daardoor aanvaard zal moeten worden. In dat licht beantwoordt de voorzieningenrechter de vraag of de toename van de kans op een incident bij Momentive aanvaardbaar is in het licht van het belang van de vakbonden bij vermindering van de productie van chloor bij MEB tot minder dan 65% van de maximale capaciteit, bevestigend. De derde omstandigheid die hier ten slotte een rol speelt is dat een ontkennende beantwoording van de geformuleerde vraag ertoe zou leiden dat uiteindelijk de productie van MEB niet verder teruggebracht zou kunnen worden dan tot circa 70% van de maximale capaciteit. Het stakingsmiddel zou daarmee een belangrijk deel van haar kracht verliezen. Daarbij wordt mede in ogenschouw genomen dat de eerste stakingsperiode niet tot enig constructief overleg in het arbeidsgeschil lijkt te hebben geleid. Akzo zal een minimale hoeveelheid chloor aan haar afnemers moeten leveren zodat zij veilig kunnen blijven produceren, waarbij de beperkte voorraad van Akzo in aanmerking moet worden genomen. Rekening houdend met het aanspreken van de eigen voorraad van Akzo betekent dit gedurende de eerste zeven dagen na betekening van dit vonnis een minimale productie van 43 ton chloor per uur (60% van de maximale capaciteit) en daarna van 33 ton chloor per uur (46% van de maximale capaciteit).

Instantie: Rechtbank Rotterdam
Datum uitspraak: 26-09-2014
ECLI: ECLI:NL:RBROT:2014:8042
Zaaknummer: C/10/460215 / KG ZA 14-927
Rechters: J.W. van den Hurk
Advocaten: R.E.N. Ploum, Th.P. ten Brink, R.A. Severijn en H. Aydemir
Wetsartikelen: 6 lid 4 ESH, G ESH en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/werkgeefster

Rechtsvermoeden omvang arbeid niet van toepassing indien in arbeidsovereenkomst wordt bepaald dat 20 tot 40 uur per week wordt gewerkt (min/max-contract) en het gemiddeld aantal gewerkte uren per week binnen deze bandbreedte blijft.

Werkneemster is sinds 2011 op basis van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd in dienst als kapster. In de arbeidsovereenkomst is bepaald dat zij in dienst is voor 20 tot 40 uur per week. Werkneemster heeft de arbeidsovereenkomst tegen 1 december 2013 opgezegd. In 2013 heeft werkneemster elke maand een wisselend aantal uren gewerkt. Werkneemster vordert betaling van achterstallig loon. Zij stelt dat vanaf september 2013 het aantal door haar gewerkte uren zonder opgaaf van redenen drastisch is teruggebracht en dat op grond van de drie voorliggende maanden kan worden geconstateerd dat sprake is van een arbeidspatroon van gemiddeld 152,60 uur per maand. Werkneemster beroept zich op het rechtsvermoeden van artikel 7:610b BW. Werkgeefster stelt dat deze bepaling niet van toepassing is omdat dient te worden gekeken naar het in de arbeidsovereenkomst overeengekomen aantal uren, namelijk 20 tot 40 uur per week.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Volgens de wetsgeschiedenis is met de invoering van artikel 7:610b BW beoogd houvast te bieden indien de arbeidsomvang niet eenduidig is overeengekomen en in de situatie waarin de feitelijke omvang van de arbeid zich structureel op een hoger niveau bevindt dan oorspronkelijk overeengekomen. In de schriftelijke arbeidsovereenkomst is de arbeidsomvang bepaald op 20 tot 40 uren per week. Daarmee is de arbeidsomvang door partijen voldoende duidelijk bepaald, hetgeen ook verband houdt met de aard van de (kappers)werkzaamheden, waarbij de vraag naar en de omvang van die werkzaamheden kunnen fluctueren. De gemiddelde arbeidsduur bedraagt 35,2 uur per week en blijft aldus binnen de bandbreedte van het overeengekomen aantal. Deze zaak verschilt aldus met de situatie van een nuluren- of oproepcontract, die in meerdere door werkneemster genoemde rechterlijke uitspraken voorkomt. Het stond werkgeefster dan ook vrij om vanaf september 2013 het aantal uren wegens verminderde omzet te verminderen. Volgt afwijzing van de vordering.

Instantie: Rechtbank Gelderland
Datum uitspraak: 24-09-2014
Zaaknummer: 3047628 CV 14-3601

RECHTSPRAAK

62 postactieven/ASR Nederland NV

Eenzijdige wijzigingsbevoegdheid ex artikel 7:613 BW blijft van kracht op postactieven wegens niet-uitgewerkte rechtsverhouding.

Post-actieven zijn allen voormalig werknemer van AMEV, rechtsvoorganger van ASR. Het dienstverband van appellanten is op verschillende tijdstippen geëindigd. Postactieven zijn op verschillende data met leeftijdsverlof, VUT, prepensioen of pensioen gegaan. Postactieven namen als postactieven deel aan een (collectieve) particuliere ziektekostenverzekering van ASR (hierna: de ziektekostenverzekering). Vanaf de datum van hun leeftijdsverlof, VUT, prepensioen of pensioen, tot 1 januari 2006 ontvingen appellanten van ASR een bijdrage in de premie voor de ziektekostenverzekering, laatstelijk 60% van de premie behorende bij het pakket Uitgebreid 3e klasse zonder eigen risico. ASR heeft bij brief van 25 november 2005 aan de postactieven meegedeeld dat, evenals dit het geval was ten aanzien van actieve medewerkers, ook voor gepensioneerden, degenen die met prepensioen of de VUT waren gegaan daaronder begrepen, de bijdrage van ASR in de premie voor de ziektekostenverzekering met ingang van 1 januari 2006 kwam te vervallen, met dien verstande dat de postactieven over 2006 nog een tegemoetkoming zouden blijven ontvangen. ASR heeft vervolgens in haar brief van 10 juli 2006 (aan de postactieven) meegedeeld de tegemoetkoming in de premie voor de ziektekostenverzekering niet met ingang van 1 januari 2007 te zullen stopzetten, maar deze geleidelijk te zullen afbouwen tot 1 januari 2010. Postactieven hebben niet ingestemd met de beëindiging van de bijdrage in de ziektekostenverzekering. Postactieven hebben in eerste aanleg (primaire, subsidiaire en meer subsidiaire) vorderingen tegen ASR ingesteld, die er – kort gezegd – toe strekken dat ASR de laatstelijk voor hen (en hun levensgenoten) geldende bijdrage in de ziektekostenverzekering na 1 januari 2006, gedurende hun leven en dat van hun gerechtigde levensgenoten zal blijven betalen. De kantonrechter heeft bij het bestreden vonnis de vorderingen van appellanten afgewezen en appellanten veroordeeld in de proceskosten.

Het hof oordeelt als volgt. Bij tussenarrest (ECLI:NL:GHAMS:2013:5246) is bepaald dat een ziektekostenregeling een onderwerp beslaat dat betrekking heeft op (een regeling omtrent) arbeidsvoorwaarden, zoals vermeld in artikel 1 lid 1 WCAO. Aan het slot van artikel 1 lid 1

WCAO is bepaald dat een dergelijk bij een cao te regelen onderwerp op het gebied van arbeidsvoorwaarden bij arbeidsovereenkomsten in acht moet worden genomen en dat op grond van artikel 9 lid 1 WCAO voor een eventuele gebondenheid aan een cao naast de eis van het lidmaatschap van een vereniging (van werkgevers of werknemers) ook is vereist dat de werkgever of de werknemer bij de overeenkomst (hof: bedoeld is de cao) betrokken zijn. Ook de artikelen 12 en 14 WCAO duiden erop dat voor de gebondenheid aan een cao sprake moet zijn van een werkgever/werknemer-relatie. Gesteld noch gebleken is dat de tussen appellanten en ASR gesloten arbeidsovereenkomsten na de pensionering van appellanten hebben voortgeduurd. Dit betekent dat de cao's juni 2004 (waarin is bepaald dat de aanvulling van 60% komt te vervallen) niet meer dwingend konden doorwerken ten aanzien van appellanten wier arbeidsovereenkomst met ingang van 1 juni 2004 was geëindigd en evenmin de – per die datum geëindigde – arbeidsovereenkomsten konden aanvullen. In die zin kan ook worden gesproken van een 'bevroren' rechtsverhouding tussen partijen op de datum van het einde van het dienstverband, die een 'levenslange' aanspraak op de op dat moment bestaande rechten, te weten een bijdrage in de premie ziektekostenverzekering, meebrengt. Voorts oordeelde het hof dat het eenzijdig wijzigingsbeding uit het personeelshandboek geen grondslag kon bieden voor wijziging van de arbeidsvoorwaarde van postactieven.

Bij tussenarrest (ECLI:NL:GHAMS:2014:4015) wordt de hiervoor genoemde 'bevroren rechtstoestand van postactieven' aangevallen. De Hoge Raad heeft in zijn uitspraak van 6 september 2013 (ECLI:NL:HR:2013:CA0566) onder andere het volgende overwogen: 'Onderdeel III van het middel betoogt onder meer dat de onvoorwaardelijke aanspraak op indexatie niet meer kan worden gewijzigd na het einde van de arbeidsovereenkomst omdat de rechtsverhouding tussen werkgever en werknemer dan is "uitgewerkt". Volgens het onderdeel heeft het hof zijn oordeel ten onrechte gericht op het einde van de pensioenovereenkomst in plaats van op het einde van de arbeidsovereenkomst. Het onderdeel faalt in zoverre. Indien sprake is van pensioenaanspraken, brengt het einde van de arbeidsovereenkomst nog niet mee dat de rechtsverhouding tussen de betrokken partijen als "uitgewerkt" moet worden aangemerkt. In dat geval wordt die rechtsverhouding, zij het met gewijzigde hoedanigheid van partijen, voortgezet in de pensioenovereenkomst. Nu het in dit geding erom gaat wat in de aldus voortgezette rechtsverhouding geldt, valt niet in te zien waarom de enkele omstandigheid dat de arbeidsovereenkomst is geëindigd, zou moeten meebrengen dat de aanspraak op indexatie in de pensioenfase onaantastbaar zou zijn.'

Bij dit eindarrest oordeelt het hof als volgt. Het recht van postactieven op een bijdrage in de premie ziektekostenverzekering na hun pensionering en na het einde van de arbeidsovereenkomst heeft met pensioen gemeen dat het om afspraken gaat die ASR en appellanten aanvankelijk als werkgever en werknemers in het kader van de tussen hen

gesloten arbeidsovereenkomst hebben gemaakt en die na de pensionering van appellanten en na het einde van hun arbeidsovereenkomst zijn blijven voortduren. In die zin kan worden gesproken van een tussen partijen voortgezette – dat wil zeggen niet uitgewerkte – rechtsverhouding. Daarbij is van belang in welke hoedanigheid partijen in die voortgezette rechtsverhouding tegenover elkaar staan. Het hof is van oordeel dat hier twee varianten mogelijk zijn. In de eerste plaats kan het gaan om een rechtsverhouding waarin de werkgever ex-werkgever en de werknemer ex-werknemer is geworden en waarbij een arbeidsvoorwaarde wordt voortgezet (hierna: variant 1). In de tweede plaats kan het gaan om een (zelfstandige) verbintenisscheppende overeenkomst waarbij partijen zich over een weer jegens elkaar verbinden (art. 6:213 lid 1 BW in verbinding met art. 6:216 BW) in die zin dat voor de ene partij een recht ontstaat (in dit geval het recht op een bijdrage in de premie ziektekostenverzekering na pensionering) en voor de andere partij een verplichting in het leven wordt geroepen om die bijdrage te voldoen (hierna: variant 2). De vraag die vervolgens moet worden beantwoord is of, en zo ja in hoeverre, de hiervoor vermelde aanspraak van appellanten in die voortgezette rechtsverhouding – in variant 1 en variant 2 – kan worden aangetast. Dit is afhankelijk van eventuele wettelijke regels, alsmede van de inhoud van hetgeen partijen zijn overeengekomen. Anders dan ten aanzien van pensioen, zijn er geen specifieke wettelijke regels die betrekking hebben op een wijziging van de eerdergenoemde aan postactieven toegekende bijdrage in de ziektekostenverzekering na hun pensionering. Voor zover ASR tijdens het dienstverband met appellanten bevoegd was de bijdrage in de premie ziektekosten te wijzigen op grond van een eenzijdig wijzigingsbeding als bedoeld in artikel 7:613 BW is het hof van oordeel dat bij de beantwoording van de vraag of de aanspraak van appellanten na hun pensionering kan worden gewijzigd in variant 1 aanleiding is aansluiting te zoeken bij de wettelijke bepalingen met betrekking tot een arbeidsovereenkomst, in dit geval bij artikel 7:613 BW, omdat dit het meest recht doet aan de rechtsbescherming van de gepensioneerden. In het eerdergenoemde arrest van de Hoge Raad van 6 september 2013 zijn geen, althans onvoldoende, aanknopingspunten te vinden dat het hiervoor vermelde door de Hoge Raad in zijn arrest omschreven toetsingskader (art. 3:13 BW) – dat geldt in geval van een wijziging van een pensioenreglement en voor zover het pensioenreglement de bevoegdheid tot wijziging gaf – ook zou moeten gelden in andere voortgezette rechtsverhoudingen, zoals de onderhavige, waarin sprake is van een wijziging van de bijdrage in de ziektekostenverzekering, althans dat toetsing aan artikel 7:613 BW in een geval als het onderhavige zou zijn uitgesloten. Als dat anders zou zijn, dan zou dat betekenen dat appellanten in hun voortgezette rechtsverhouding aanzienlijk minder rechtsbescherming zouden genieten dan tijdens hun dienstverband (tijdens hun dienstverband zou wijziging van de bijdrage slechts mogelijk zijn in geval van een eenzijdig wijzigingsbeding, na hun pensionering zou wijziging mogelijk zijn op grond van een – lichtere – toets, te weten art. 3:13

BW). Dit acht het hof een dusdanig onaannemelijk en onbillijk rechtsgevolg, dat in het onderhavige geval in variant 1 toetsing aan artikel 7:613 BW dient plaats te vinden. In zoverre volgt het hof de stelling van ASR dat artikel 7:613 BW in de voortgezette rechtsverhouding is blijven bestaan. Het hof overweegt dat het in deze zaak gaat om de verhouding tussen een (ex-)werkgever en (ex-)werknemers en niet om de verhouding tussen een pensioenfonds en een vereniging van gepensioneerden, zoals in de uitspraak van de Hoge Raad van 8 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1134, waarin de Hoge Raad met toepassing van artikel 81 lid 1 Wet RO het cassatieberoep tegen de uitspraak van het Gerechtshof Amsterdam van 12 juni 2012 (ECLI:NL:GHAMS:2012:BW8050), waarin het hof had geoordeeld dat in die verhouding artikel 7:613 BW toepassing miste, heeft verworpen. Naar het oordeel van het hof mist ASR een zwaarwichtig belang tot wijziging.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam
Datum uitspraak: 23-09-2014
ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2014:4007
Zaaknummer: 200.076.663/01
Rechters: E.B. Knottnerus, G.P.M. van den Dungen en W. Duitemeijer
Advocaten: H. de Graaf en M.I. van Dijk
Wetsartikelen: 7:613 BW en Pensioenwet

RECHTSPRAAK

Export Promotion B.V. c.s./X c.s.

Onrechtmatig handelen voormalig financieel directeur niet komen vast te staan.

X was vanaf 1 januari 1991 tot en met 31 december 2006 als werknemer in dienst bij Export Promotion. Met ingang van 1 januari 2007 is X in dienst getreden bij Derbri, een zustervennootschap van Export Promotion, als financieel directeur. Derbri heeft X op 11 november 2010 op staande voet ontslagen. Derbri is bij vonnis van de (toenmalige) Rechtbank Arnhem op 23 december 2010 in staat van faillissement verklaard. Bij verstekvonnis in kort geding van 25 februari 2011 is Derbri – samengevat – veroordeeld om achterstallig loon aan X te betalen vanaf 1 december 2010 en door te gaan met betaling van loon tot aan het moment waarop de dienstbetrekking rechtsgeldig zou worden beëindigd. In het vonnis is overwogen dat van de nietigheid van het ontslag op staande voet dient te worden uitgegaan omdat geen verweer is gevoerd tegen de stelling van X dat niet aan de vereisten voor ontslag op staande voet is voldaan. De curator in het faillissement van Derbri heeft de arbeidsovereenkomst tussen Derbri en X opgezegd. De kern van het geschil dat Export Promotion en X verdeeld houdt, wordt gevormd door het antwoord op de vraag of X op onrechtmatige wijze gelden heeft onttrokken aan Export Promotion en of X (daardoor) ongerechtvaardigd is verrijkt ten koste van Export Promotion.

De rechtbank oordeelt als volgt. Waar Export Promotion haar vorderingen jegens X grondt op de stelling dat deze laatste onrechtmatig heeft gehandeld in de periode 2001 tot aan zijn ontslag in 2010, dient de rechtbank artikel 7:661 BW zo nodig ambtshalve toe te passen. Export Promotion ageert immers op basis van een onrechtmatige daad begaan door haar werknemer X bij de uitvoering van de arbeidsovereenkomst. De rechtbank is van oordeel dat het deel van de vordering van Export Promotion dat betrekking heeft op vermeend te veel betaalde loonheffing dient te worden afgewezen. Enige grondslag voor dit deel van haar vordering heeft Export Promotion niet gesteld en evenmin blijkt deze – ook met ambtshalve aanvulling van rechtsgronden – uit de feiten en omstandigheden die zij wel heeft gesteld. Bovendien staat het Export Promotion, zoals hiervoor reeds is overwogen, niet vrij op de hoogte en verschuldigdheid van deze vastgestelde tantièmes terug te komen, zodat van te veel

afgedragen loonheffing geen sprake kan zijn, Export Promotion geen schade heeft geleden en dit deel van de vordering, alsook de daarover gevorderde wettelijke rente, daarom niet voor toewijzing in aanmerking komt. Er zijn geen goede gronden om voorshands opzet of bewuste roekeloosheid van X aan te nemen die zijn aansprakelijkheid meebrengen jegens Export Promotion. De vorderingen van Export Promotion jegens X stranden.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland
Datum uitspraak: 17-09-2014
ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2014:4118
Zaaknummer: C/16/344332 / HA ZA 13-370
Rechters: J.K.J. van den Boom
Advocaten: R.S. Schouten en L.A. van Kooten-Hendriks
Wetsartikelen: 7:661 BW

RECHTSPRAAK

werkgeefster/werknemer

Kantonrechter verklaart zich onbevoegd kennis te nemen van ontbindingsverzoek, omdat werknemer zijn woonplaats heeft in Duitsland. Dat een eerder ingediend ontbindingsverzoek wel door de Nederlandse rechter is beoordeeld, maakt dit niet anders.

Werkgeefster verzoekt de arbeidsovereenkomst van werknemer te ontbinden. Werknemer voert verweer en stelt dat de Nederlandse kantonrechter op grond van de EEX-Verordening niet bevoegd is om kennis te nemen van de vordering, nu hij in Duitsland woonachtig is. Werkgeefster voert aan dat werknemer gedurende zijn dienstverband steeds woonachtig is geweest in Nederland en het voor de rechtsmacht van de Nederlandse rechter geen gevolgen heeft dat werknemer na zijn ziekmelding naar Duitsland is vertrokken en sindsdien daar verblijft. Bovendien voert werkgeefster aan dat het verschijnen in rechte in het kader van een eerder gevoerde ontbindingsprocedure, waarbij het ontbindingsverzoek is afgewezen, dient te worden beschouwd als een forumkeuze. Naar mening van werkgeefster valt het immers niet te rechtvaardigen waarom de Nederlandse rechter toen wel maar nu geen rechtsmacht zou hebben.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Op grond van artikel 20 van de verordening kan de vordering van een werknemer slechts worden gebracht voor de gerechten van de lidstaat op het grondgebied waarvan de werknemer woonplaats heeft. Op grond van artikel 30 aanhef en onder 1 EEX-Verordening is het moment waarop het verzoekschrift bij het gerecht wordt ingediend bepalen voor het antwoord op de vraag naar welk tijdstip de bevoegdheidsvraag dient te worden beoordeeld. In dit geval is het verzoekschrift op 7 juli 2014 door de griffie ontvangen, terwijl werknemer sinds 15 januari 2014 op een adres in Duitsland staat ingeschreven. Vervolgens dient de vraag beantwoord te worden wat heeft te gelden als ‘woonplaats’ van werknemer (art. 1:10 BW). Werknemer voert ter zitting aan dat hij sinds een jaar geleden een appartement huurt in Duitsland. Hij voert voorts aan dat hij zijn inboedel heeft verplaatst van Etten-Leur, alwaar hij voorheen woonachtig was, naar zijn appartement in Duitsland en dat hij sindsdien in zijn woning in Duitsland verblijft. Dit is door werkgeefster niet betwist. Geoordeeld wordt dat werknemer zijn woonplaats heeft in Duitsland, zodat het

verzoek van werkgeefster slechts kan worden gebracht voor de Duitse rechter. Dat werknemer zich heeft beroepen op de onbevoegdheid van de Nederlandse rechter kan niet worden aangemerkt als misbruik van recht. De kantonrechter verklaart zich onbevoegd van de vordering kennis te nemen.

Instantie: Rechtbank Zeeland-West-Brabant
Datum uitspraak: 28-08-2014
Zaaknummer: 3214868 AZ VERZ 14-84

RECHTSPRAAK

werknemer-verzekerde/DAS Rechtsbijstand

Hoge Raad stelt prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie inzake het recht op vrije keuze van advocaat in BBA-procedure.

Tropenzorg B.V., de werkgever van verzekeringsnemer (hierna: werknemer), heeft op 14 januari 2014 op de voet van artikel 6 van het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen (BBA) het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen (hierna: UWV) verzocht om toestemming tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst met werknemer wegens bedrijfseconomische redenen. Werknemer heeft DAS op 17 januari 2014 verzocht om kostendekking voor rechtsbijstand in de ontslagprocedure door een externe advocaat. DAS heeft werknemer meegedeeld dat hij in deze geen recht heeft om zelf een advocaat te kiezen en dat, indien hij toch ervoor kiest om zijn belangen door een externe advocaat te laten behartigen, de hieraan verbonden kosten voor zijn rekening komen. Bij brief van 21 januari 2014 heeft de advocaat van werknemer DAS nogmaals verzocht de redelijke en noodzakelijke advocaatkosten van werknemer te vergoeden. Bij e-mail van 22 januari 2014 heeft DAS, de advocaat van werknemer onder meer het volgende meegedeeld: 'In een procedure bij het (...) UWV (...) is er geen sprake van een gerechtelijke of administratieve procedure zoals is bedoeld in de Europese Richtlijn voor Rechtsbijstands-verzekeraars, de Wet op het financieel toezicht (en de uitspraak van het Europese Hof van Justitie van 7 november 2013, C-442/12, Sneller/DAS). Reden hiervoor is dat er uitsluitend besluitvorming aan de orde is ten aanzien van de toestemming ex artikel 6 BBA. Het UWV neemt als overheidsinstelling een eindbeslissing. (...) Het UWV is daarbij een overheidsorgaan, geen gerecht of overheidsrechter met de daarbij passende waarborgen (...) Tegen deze achtergrond past het dan ook dat er na van het UWV verkregen toestemming tot opzegging van de arbeidsovereenkomst een KOO-procedure [de Hoge Raad leest: kennelijk-onredelijkontslagprocedure] kan worden gestart, die wel de waarborgen en mogelijkheden kent van een reguliere gerechtelijke procedure.' De vraag die partijen verdeeld houdt is dan ook of de procedure bij het UWV een administratieve procedure is als bedoeld in artikel 4:67 Wft en de richtlijn. Laatstgenoemd begrip was volgens de voorzieningenrechter nog niet in de Europese en Nederlandse rechtspraak uitgelegd, terwijl deze uitleg voor de rechtspraktijk in veel geschillen relevant zal zijn. De voorzieningenrechter heeft vervolgens op de voet van artikel 392 Rv een prejudiciële vraag aan

de Hoge Raad gesteld, met de kanttekening dat de Hoge Raad dan kan beoordelen of het nodig is om een prejudiciële vraag aan het HvJ EU te stellen.

De Hoge Raad oordeelt als volgt. Het Nederlandse civielrechtelijke arbeidsrecht kent een wettelijk stelsel van ontslagbescherming voor de werknemer. In de praktijk zijn de belangrijkste wijzen waarop een werkgever een arbeidsovereenkomst met een werknemer kan beëindigen (1) ontbinding door de rechter, en (2) opzegging, waarvoor de werkgever dient te beschikken over een ontslagvergunning. Het BBA strekt ter bescherming van de sociaal-economische verhoudingen in Nederland, waarbij met name het in artikel 6 BBA gestelde vereiste van een ontslagvergunning, in het belang zowel van de betrokken werknemers als van de Nederlandse arbeidsmarkt, een sociaal ongerechtvaardigd ontslag beoogt te voorkomen. Van belang is voorts dat de regering bij de wijziging van artikel 6 BBA in de jaren '90 heeft opgemerkt dat zij het noodzakelijk achtte de in deze bepaling opgenomen preventieve bestuurlijke ontslagtoets te handhaven en dat deze ontslagtoets belangrijke functies vervult, niet alleen als waarborg tegen een onredelijk ontslag, maar ook als overheidsinstrument om zwakke groepen op de arbeidsmarkt, zoals (gedeeltelijk) arbeidsongeschikten en ouderen, tegen sociaal ongerechtvaardigd ontslag te beschermen. De ontslagtoets is tevens een belangrijk overheidsinstrument om oneigenlijke instroom in de sociale zekerheid tegen te gaan. (Vgl. HR 24 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU8512, *NJ* 2012/274). De Hoge Raad is voorshands van oordeel dat de procedure bij het UWV moet worden aangemerkt als een administratieve procedure als bedoeld in artikel 4 lid 1 aanhef en onder a richtlijn (en daarmee tevens als een administratieve procedure als bedoeld in art. 4:67 Wft). De omstandigheid dat de procedure bij het UWV niet plaatsvindt ten overstaan van een rechterlijke instantie, staat niet eraan in de weg dat deze procedure wordt aangemerkt als een administratieve procedure in de zin van artikel 4 lid 1 aanhef en onder a richtlijn. In dit verband verdient nog opmerking dat de verlening van een vergunning door de overheid naar Nederlands recht niet wordt aangemerkt als een (administratieve) procedure. De betekenis van de ontslagvergunning en de wijze waarop deze wordt verleend (Ontslagbesluit), kunnen echter aanleiding zijn de verlening hiervan wel aan te merken als een administratieve procedure in de zin van artikel 4 lid 1 aanhef en onder a richtlijn. De verlening van een ontslagvergunning door het UWV heeft verstrekkende gevolgen voor de werknemer, die diens burgerlijke rechten en plichten in de zin van artikel 6 EVRM betreffen. Die verstrekkende gevolgen brengen mee dat de werknemer belang erbij heeft dat zijn standpunt op adequate wijze ter kennis wordt gebracht van het UWV. Met het oog daarop kan de werknemer redelijkerwijs behoefte hebben aan rechtsbijstand door een advocaat of een andere gekwalificeerde persoon. Naar het voorlopig oordeel van de Hoge Raad rechtvaardigt de ruime bescherming van de belangen van de verzekerde die de richtlijn, en met name artikel 4 ervan, beoogt te bieden, daarom dat de procedure bij het UWV door die bepaling wordt bestreken. Alleen langs die weg kan worden

bereikt dat de werknemer die voor rechtsbijstand is verzekerd, aanspraak erop kan maken dat hij in de procedure bij het UWV, die voor het voortbestaan van zijn dienstverband verstrekkende gevolgen kan hebben, is voorzien van rechtsbijstand door een advocaat of een andere gekwalificeerde persoon.

Niettemin kan redelijkerwijs twijfel bestaan over de vraag of artikel 4 lid 1 aanhef en onder a richtlijn moet worden uitgelegd op de hiervoor geschetste wijze. Daartoe wijst de Hoge Raad op het navolgende. In de eerste plaats bevat de totstandkomingsgeschiedenis van de richtlijn aanwijzingen dat de opstellers hebben beoogd om onderscheid te maken tussen de buitengerechtelijke (preprocessuele) fase en de gerechtelijke (processuele) fase van een geschil, teneinde alleen laatstgenoemde fase onder het bereik van de richtlijn te brengen. In de tweede plaats biedt de wijze waarop de richtlijn in sommige lidstaten is omgezet, steun voor de opvatting dat het begrip 'gerechtelijke of administratieve procedure' van artikel 4 lid 1 aanhef en onder a richtlijn slechts ziet op procedures ten overstaan van een rechterlijke instantie. In de derde plaats kan ruime uitleg van artikel 4 richtlijn aanzienlijke financiële en bedrijfseconomische gevolgen hebben voor de in de lidstaten bestaande stelsels van rechtsbijstandverzekering, en voor de toegankelijkheid van die stelsels voor huidige en toekomstige verzekeringnemers. Om deze redenen stelt de Hoge Raad prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie EU.

Instantie: Hoge Raad
Datum uitspraak: 03-10-2014
ECLI: ECLI:NL:HR:2014:2901
Zaaknummer: 14/01472
Rechters: F.B. Bakels, A.M.J. van Buchem-Spapens, G. Snijders, M.V. Polak en T.H. den Tanja-van Broek
Advocaten: K.T.B. Salomons en J.W.H. van Wijk
Wetsartikelen: 6 BBA, 4:67 Wft en 4 lid 1 aanhef en onder a Richtlijn 87/344/EEG

RECHTSPRAAK

Swinkels/Saint-Gobain Weber Beamix BV

Val over de deurmat (thuis) kan in oorzakelijk verband staan met schade opgelopen aan voet bij werkgever. Onbegrijpelijk oordeel van het hof dat een 'slepend been' in een te zeer verwijderd causaal verband staat tot het oorspronkelijke schademoment.

(Cassatieberoep van AR 2013-0514.) Werknemer werkt sinds 1 juli 2004 als heftruckchauffeur/orderpicker op de afdeling kleinverpakking bij Maxit, de rechtsvoorganger van Saint-Gobain. Saint-Gobain is een groothandel in bouwmaterialen. Op 10 mei 2006 is werknemer tijdens zijn werkzaamheden gewond geraakt doordat hij is aangereden door een heftruck (stapelaar) bestuurd door een collega. Daarbij heeft werknemer onder andere vier gebroken tenen van zijn rechtervoet opgelopen. De aansprakelijkheid voor de schade als gevolg van dit ongeval op de werkvloer is door Saint-Gobain erkend. Op 28 juni 2006 heeft werknemer (weer) enige tijd op de heftruck gewerkt. Eenmaal thuis gekomen die dag is werknemer naar eigen zeggen gestruikeld over een deurmat ten gevolge waarvan hij ernstig knieletsel heeft opgelopen. Werknemer heeft gevorderd dat voor recht wordt verklaard dat Saint-Gobain aansprakelijk is voor alle gevolgen van het hem op 10 mei 2006 overkomen ongeval. Aan zijn vordering heeft werknemer ten grondslag gelegd dat zijn voet nog niet geheel was genezen, dat hij door de werkzaamheden op de heftruck op 28 juni 2006 weer (meer) last heeft gekregen van zijn voet als gevolg waarvan zijn rechterbeen is gaan 'slepen', met als direct gevolg dat hij bij thuiskomst over een deurmat is gestruikeld. Saint-Gobain heeft, voor zover in cassatie van belang, betwist dat zij aansprakelijk is voor de gevolgen van de val van werknemer bij hem thuis op 28 juni 2006. Daartoe heeft zij primair aangevoerd dat werknemer op 28 juni 2006 reeds volledig was genezen, subsidiair dat eventueel restletsel van het ongeval op 10 mei 2006 niet de oorzaak is geweest van de val op 28 juni 2006, en meer subsidiair dat toerekening aan haar van de gevolgen van die val thuis bij werknemer niet redelijk is gezien de aard van de schade en het ver verwijderde causaal verband. Het hof heeft uiteindelijk geoordeeld dat de valpartij thuis over de deurmat, in niet toe te rekenen causaal verband staat tot het ongeval op het werk.

De Hoge Raad oordeelt als volgt. De klacht van werknemer dat het oordeel van het hof

onbegrijpelijk is, slaagt. Het hof heeft namelijk eerst aangegeven dat het alleszins begrijpelijk is dat iemand met voetletsel een ‘slepend been’ kan overhouden aan een dag werken. Dat daardoor gemakkelijk een valpartij kan ontstaan. Het oordeel dat een val over de deurmat ‘zeer ver verwijderd’ is van het ongeval op 10 mei, is in dat licht onbegrijpelijk.

Instantie: Hoge Raad
Datum uitspraak: 03-10-2014
ECLI: ECLI:NL:HR:2014:2895
Zaaknummer: 13/04551
Rechters: F.B. Bakels, C.A. Streefkerk, A.H.T. Heisterkamp, C.E. Drion en M.V. Polak
Advocaten: K. Aantjes, F.I. van Dorsser en F.E. Vermeulen
Wetsartikelen: 7:658 BW en 6:98 BW

RECHTSPRAAK

Dirk van den Broek Supermarkten B.V./werknemer

Ontslag op staande voet teamleider Dirk van den Broek wegens diefstal. Dringende reden voldoende aannemelijk ondanks het feit dat de beelden van de bedrijfscamera's geen eenduidige diefstal door werknemer laten zien. Voorwaardelijke ontbinding zonder vergoeding.

Werknemer (46 jaar) is sinds 1999 in dienst van Dirk van den Broek. Laatstelijk was hij werkzaam als teamleider kruidenierswaren. Dirk van den Broek heeft voor de interne beveiliging van de filialen en ten behoeve van interne fraudeopsporing een eigen dienst, geheten SecMan. SecMan heeft tijdens een observatie op 6 mei 2014 geconstateerd dat de achterbak van de auto van werknemer door een medewerker met de autosleutels werd geopend en dat er twee dozen met goederen in werden geplaatst. De goederen waren uit het filiaal afkomstig en waren niet afgerekend. Bovendien is bij een uitgangscontrole gebleken dat in de tas van werknemer zich goederen van Dirk van den Broek bevonden, waarvan werknemer geen aankoopbewijs kon tonen. Op 14 mei 2014 is werknemer op staande voet ontslagen wegens het zonder toestemming meenemen van producten die aan Dirk van den Broek toebehoren en betrokkenheid bij het plegen van diefstal door collega's. Werknemer heeft de nietigheid van het ontslag ingeroepen. Thans verzoekt Dirk van den Broek voorwaardelijke ontbinding.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Dirk van den Broek heeft de dringende reden ruimschoots aannemelijk gemaakt, ondanks het feit dat de beelden van de bedrijfscamera's geen eenduidige diefstal door werknemer laten zien. Werknemer heeft voor de aanwezigheid van de twee dozen niet afgerekende goederen in de achterbak van zijn auto geen redelijkerwijs afdoende verklaring kunnen geven en voor de goederen in zijn tas, waarvan hij geen aankoopbewijs kon tonen, evenmin. Bovendien heeft een collega verklaard in opdracht van werknemer de goederen in de kantine te hebben gelegd en dat werknemer die in zijn tas heeft gestopt. Ook voor de beelden van de bedrijfscamera's van 30 maart 2014 en 7 april 2014 heeft werknemer geen geloofwaardige verklaring kunnen geven. De gedragingen van de medewerkers op de beelden sterken de kantonrechter dan ook in haar oordeel dat gedurende langere tijd op grote schaal diefstal in het filiaal heeft plaatsgevonden en dat werknemer

daarin een (grote) rol heeft gespeeld. Of hij zelf de diefstallen heeft gepleegd dan wel zijn medewerkers dat feitelijk liet doen, is van ondergeschikt belang. Maar ook in het geval dat werknemer geen betrokkenheid bij de diefstallen heeft gehad, dient de arbeidsovereenkomst te worden ontbonden. In dat geval namelijk heeft werknemer door onvoldoende verklaring te geven voor de constateringen op 6 mei 2014, het over zich afgeroepen dat Dirk van den Broek geen vertrouwen meer heeft in zijn functioneren. Het feit dat werknemer een lang dienstverband heeft, waarbinnen hij goed functioneerde, doet hieraan niet af. Dirk van den Broek kon en mocht haar vertrouwen in werknemer verliezen. Volgt voorwaardelijke ontbinding.

Instantie: Rechtbank Amsterdam
Datum uitspraak: 19-09-2014
ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2014:6357
Zaaknummer: EA 14-740
Rechters: M.V. Ulrici
Advocaten: R.J. Stoop en T. van Leeuwen-Brinks
Wetsartikelen: 7:677 BW, 7:678 BW en 7:685 BW

RECHTSPRAAK

Parfumerie Douglas Nederland B.V./werkneemster

Uitleg geografische reikwijdte concurrentiebeding conform Haviltex-maatstaf. Diameter heeft een andere betekenis dan straal, waardoor werkzaamheden in Amsterdam net niet binnen de reikwijdte van het concurrentiebeding vallen.

Werkneemster is op 1 januari 2012 bij Douglas in dienst getreden voor de duur van één jaar in de functie van trainingsassistente. De arbeidsovereenkomst bevat een concurrentiebeding. Werkneemster heeft haar arbeidsovereenkomst opgezegd en heeft laten weten bij Rituals Cosmetics Nederland B.V. als trainingsmanager in dienst te willen treden. Douglas vordert dat werkneemster veroordeeld zal worden tot nakoming van het concurrentiebeding.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Onvoldoende aannemelijk is geworden dat werkneemster erop mocht vertrouwen dat zij niet aan het concurrentiebeding zou worden gehouden. Bovendien zijn Douglas en Rituals twee gelijksoortige dan wel aanverwante organisaties, die wel degelijk concurrerend (kunnen) zijn. Ten aanzien van de geografische reikwijdte van het beding wordt het volgende overwogen. Kort na zitting hebben de kantonrechter en de griffier geconstateerd dat partijen het beding kennelijk zo hebben begrepen dat de werknemer niet werkzaam mag zijn binnen een straal van 50 kilometer rondom de vestiging van de werkgever, terwijl het concurrentiebeding gewag maakt van diameter. De kantonrechter heeft hierover vragen aan partijen voorgelegd. Voor de uitleg van het concurrentiebeding wordt de Haviltex-maatstaf door de kantonrechter toegepast. Daarbij wordt onder meer in aanmerking genomen dat er taalkundig/meetkundig geen enkel misverstand over kan bestaan dat ‘diameter’ een andere betekenis heeft dan ‘straal’: de diameter is de doorsnee of middellijn van een cirkel, de straal is de afstand van het middelpunt tot de cirkel; de diameter is dus tweemaal de straal. De vestiging van Rituals in Amsterdam valt bij de ene uitleg net wel en bij de andere uitleg net niet onder het verbod. De kantonrechter houdt het erop dat partijen het beding (nadien) onzorgvuldig hebben gelezen dan wel uitgelegd. Onder voormelde omstandigheden betekent dat echter niet dat Douglas werkneemster aan de door haar bepleite evident onjuiste uitleg van het beding kan houden. Dit betekent feitelijk dat werkneemster wel vanuit de vestiging te Amsterdam zou mogen werken, met dien verstande dat zij geen trainingen mag geven op een

locatie die binnen de geografische reikwijdte van het concurrentiebeding valt.

Het belang van werkneemster om het concurrentiebeding zoals dat er nog ligt te doorbreken, moet onevenredig groot zijn en dat is niet gebleken. Douglas heeft haar belang om werkneemster aan het concurrentiebeding te houden voldoende aannemelijk gemaakt, waarbij met name belang wordt gehecht aan het feit dat zij vergelijkbaar werk doet op een concurrentiegevoelige plek. Het feit dat de geografische reikwijdte van het concurrentiebeding beperkter is dan aanvankelijk tussen partijen is bepleit heeft consequenties voor de vorderingen van Douglas. Werkneemster heeft het beding immers niet overtreden enkel door het feit dat zij is gaan werken vanuit de vestiging van Rituals in Amsterdam, omdat Amsterdam buiten de reikwijdte van het beding valt. De stelling van Douglas dat werkneemster het concurrentiebeding overtreedt omdat zij trainingen geeft in het gehele land is onvoldoende onderbouwd. Het wordt werkneemster verboden werkzaamheden te verrichten voor of bij Rituals binnen een tijdvak van één jaar, binnen een kring met als middelpunt de vestiging van Douglas te Utrecht waar werkneemster werkzaam was en met een diameter van 50 kilometer, zulks op verbeurte van een dwangsom van € 250 per overtreding, met een maximum van € 10.000 in totaal.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland
Datum uitspraak: 10-09-2014
ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2014:4291
Zaaknummer: 3255112 UV EXPL 14-325
Rechters: P. Krepel
Advocaten: A.M.P.J.H. Sauvé en K.P.D. Vermeulen
Wetsartikelen: 7:653 BW

RECHTSPRAAK

Whermo BV, voorheen geheten Tosca Medisch Interim BV/Stichting Pensioenfonds voor Personeelsdiensten

TMI (detacheringsbureau voor verpleegkundig en paramedisch personeel) vervult allocatiefunctie, waardoor TMI kwalificeert als uitzendonderneming en valt onder de werkingssfeer van de verplichtstellingsbeschikking van StiPP.

(Vervolg AR 2014-0832.) Kern van het geschil tussen partijen is de vraag of de activiteiten van TMI geschaard kunnen worden onder de verplichtstellingsbeschikking tot deelneming in StiPP. Meer specifiek is aan de orde of TMI een uitzendonderneming is als beschreven onder artikel 1 van de beschikking tot verplichtstelling tot deelneming in het bedrijfstakpensioenfonds voor personeelsdiensten, zoals laatstelijk gewijzigd op 30 januari 2009 (hierna: de verplichtstellingsbeschikking).

Ten aanzien van de vraag of tussen TMI en haar werknemers een uitzendovereenkomst wordt overeengekomen, wordt het volgende overwogen. TMI stelt dat zij geen uitzendovereenkomsten met haar medewerkers sluit, maar arbeidsovereenkomsten voor bepaalde of onbepaalde tijd. Er wordt immers geen uitzendbeding als bedoeld in artikel 7:691 lid 2 BW overeengekomen, aldus TMI. Hiermee miskent TMI echter dat ook een uitzendovereenkomst een arbeidsovereenkomst is. Het sluiten van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd brengt niet mee dat van een uitzendovereenkomst geen sprake meer kan zijn. Uit de wettekst volgt dat ook zonder het uitzendbeding van het tweede lid van artikel 7:691 BW een uitzendovereenkomst kan worden gesloten. Voorts wordt overwogen dat niet in geschil is dat TMI bedrijfsmatig werknemers ter beschikking stelt aan derden. TMI stelt voorts dat geen sprake is van een uitzendovereenkomst, nu het werkgeversgezag bij haar is blijven berusten. Ook deze stelling van TMI moet worden gepasseerd. Hoewel een deel van het werkgeversgezag over de werknemer – zoals de beoordeling, vakantie en ziekte – onmiskenbaar bij TMI is gebleven, is een relevant deel van de instructiebevoegdheid aan de inlener overgedragen. Deze geeft immers de dagelijkse leiding aan, en houdt toezicht op de werknemer, die hetzelfde werk verricht als de werknemers van de opdrachtgever met een

gelijke opleiding en van een gelijk niveau.

Ten aanzien van de vraag of TMI een uitzendonderneming is, wordt het volgende overwogen. TMI heeft in dit verband gesteld dat zij geen allocatiefunctie vervult en dus niet aangemerkt kan worden als een uitzendonderneming als bedoeld in artikel 7:690 BW. De kantonrechter is met TMI van mening dat voor het zijn van een uitzendonderneming als bedoeld in artikel 7:690 BW het vervullen van een allocatiefunctie op de arbeidsmarkt noodzakelijk is (zie *Kamerstukken II* 1996/97, 25263, 6). Allocatie valt te definiëren als het bij elkaar brengen van vraag en aanbod van (tijdelijke) arbeid en het detacheren van medewerkers is een vorm daarvan. Detacheren is immers nog steeds het al dan niet gedurende langere tijd ter beschikking stellen van medewerkers aan een derde. TMI vervult dan ook een allocatiefunctie op de arbeidsmarkt. Dit leidt tot de conclusie dat TMI kwalificeert als een uitzendonderneming. Geoordeeld wordt dat TMI valt onder de werkingssfeer van de verplichtstellingsbeschikking van StiPP en dat de vordering van TMI moet worden afgewezen.

Instantie: Rechtbank Amsterdam
Datum uitspraak: 22-09-2014
ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2014:6356
Zaaknummer: CV 12-23634.4
Rechters: M.V. Ulrici
Advocaten: E.B. Wits en S. Leurink
Wetsartikelen: 1 verplichtstellingbesluit, 7:690 BW en 7:691 BW

RECHTSPRAAK

Tosca Medisch Interim/Stichting Pensioenfonds voor Personeelsdiensten

Geschil over verplichte deelname StiPP. In beginsel is het aan StiPP is om te bewijzen dat TMI (detacheringsbureau voor verpleegkundig en paramedisch personeel) valt onder de werkingssfeer van het verplichtstellingsbesluit. Op TMI rust een verzwaarde stelplicht. Aanhouding zaak.

StiPP is een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds voor de uitzendbranche. TMI is een detacheringsbureau voor verpleegkundig en paramedisch personeel en heeft bijna 500 werknemers in dienst. Het gaat onder meer om algemeen en gespecialiseerd verpleegkundigen en functies zoals operatieassistenten, laboranten en gipsverbandmeesters. De werknemers worden geplaatst bij opdrachtgevers, voornamelijk ziekenhuizen, maar ook bij klinieken en zelfstandige behandelcentra. Tussen StiPP en TMI is in geschil of TMI een uitzendonderneming is, zijnde de werkgever in de zin van artikel 7:690 BW en of TMI valt onder de verplichtstelling van deelneming in StiPP. TMI vordert voor recht te verklaren dat dat niet het geval is.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Beoordeeld moet worden of TMI een uitzendonderneming is als beschreven onder artikel 1 van het verplichtstellingsbesluit en of de medewerkers van TMI uitzendkrachten zijn die op basis van een uitzendovereenkomst werkzaam zijn voor TMI. Uit de wederzijdse stellingen en tot heden overgelegde stukken is deze vraag niet te beantwoorden. Het enkele feit dat TMI zich afficheert als detacheerder is onvoldoende om de conclusie te trekken dat zij valt onder het verplichtstellingsbesluit. Het moet gaan om werkzaamheden waarbij de werknemer ter beschikking wordt gesteld van een derde om krachtens een door deze aan TMI verstrekte opdracht arbeid te verrichten onder toezicht en leiding van de derde. TMI moet daarbij, om te vallen onder het verplichtstellingsbesluit, een werkgever zijn in de zin van artikel 7:690 BW. De kantonrechter heeft alvorens te beslissen meer feitelijke informatie nodig over (de uitvoering van) de werkzaamheden van de medewerkers van TMI, de concrete en feitelijke invulling van de

arbeidsovereenkomst met TMI en over de inhoud van de overeenkomsten tussen TMI en haar opdrachtgevers. Daarbij wordt overwogen dat het in beginsel aan StiPP is om te bewijzen dat TMI valt onder de werkingssfeer van StiPP, waarbij van TMI verwacht wordt openheid van zaken te geven over haar bedrijf en bedrijfsvoering. Op TMI rust een verzwaarde stelplicht. TMI is weliswaar eisende partij in onderhavige zaak, maar die zaak komt voort uit de (premie)vordering die StiPP stelt te hebben op TMI. Het is dus in oorsprong StiPP die zich beroept op de rechtsgevolgen van de verplichtstelling en niet TMI. TMI wil het – kennelijk en begrijpelijk – niet laten aankomen op een incassoprocedure door StiPP. De beslissing wordt aangehouden.

Instantie: Rechtbank Amsterdam
Datum uitspraak: 18-11-2013
ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2013:9897
Zaaknummer: CV 12-23634
Rechters: M.V. Ulrici
Advocaten: E.B. Wits en S. Leurink
Wetsartikelen: 1 verplichtstellingbesluit en 7:690 BW