

Nieuwsbrief AR Updates - Nummer 05, 2014

Nummer 5, 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

Hoge Raad

Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2014:218 31-01-2014

werknemer/Schadeverzekering Metaal en Technische Bedrijfstakken

Hoge Raad, ECLI:NL:PHR:2013:1145 01-11-2013

Stichting Raad van Overleg in de Metalektro en Stichting Pensioenfonds van de Metalektro/Adimec Advanced Image Systems B.V.

Hof

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2014:175 28-01-2014

werknemer/EMA X B.V.

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2014:168 28-01-2014

werknemster/Basic-It Professional Service B.V.

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2014:172 28-01-2014

werknemer/Aluminium Techniek BV

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2014:568 28-01-2014

Stichting Het Poortje Jeugdinrichtingen/werkneemster

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2014:164 28-01-2014

Mondial Milk/werknemer

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2014:183 28-01-2014

werknemer/Agro BV

Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2014:72 28-01-2014

De Staat der Nederlanden (ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid)/werkneemster

Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2013:4811 24-12-2013

werknemers/Bios Ambulancezorg BV

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2013:9721 17-12-2013

X BV/werknemer

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2013:9683 17-12-2013

werknemster/Stichting X

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2013:4180 26-11-2013

werkgever/werknemer

Rechtbank

Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2014:742 29-01-2014

Waterleiding Maatschappij Limburg N.V./werknemer

Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2014:873 29-01-2014

werknemster/Apotheek Straver B.V.

Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2014:576 28-01-2014

werkgeefster/werknemer

Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2014:287 23-01-2014

werknemer/The Albus B.V.

Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2014:285 23-01-2014

The Albus B.V./werknemer

Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2014:292 23-01-2014

werknemer/Flow Traders BV

Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2014:880 23-01-2014

Kobelco Welding of Europe B.V./werknemster

Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2014:274 22-01-2014

SW B.V./werknemer

Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2014:251 22-01-2014

Staat der Nederlanden/X

Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2014:396 22-01-2014

Koopmans Bouw B.V./werknemer

Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2014:207 16-01-2014

werkgeefster/werknemer

Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2013:8019 18-12-2013

erven werknemer/werkgeefster

Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2013:7259 26-11-2013

werknemster/werkgeefster

Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2013:9233 09-10-2013

werknemster/Stichting GGZ Noord-Holland Noord

Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2013:8269 12-09-2013

werknemer/Y

Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2013:7988 05-09-2013

Tosca Medisch Centrum Interim B.V. c.s./Excellus B.V. c.s.

Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2013:8270 04-09-2013

werkneemster/werkgeefster

Uitspraken zonder ECLI

Rechtbank Midden-Nederland 23-01-2014

werkgever/werknemer

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Annotatie

HvJ EU 15 januari 2014, C-176/12 (AMS), Franse zaak over medezeggenschapsrechtelijke getalscriteria werpt nieuw licht op het Küçükdeveci-correctief

prof. mr. dr. S.S.M. Peters

RECHTSPRAAK

werkneemster/Apotheek Straver B.V.

Assistente nachtapotheek raakt ernstig gewond als zij tijdens een nachtdienst wordt overvallen en uit het raam springt. Werkgeefster heeft voldoende aan zorgplicht voldaan en is niet aansprakelijk voor schade. De onderhavige overval ligt buiten de normale te verwachten risico's.

Werkneemster is in dienst van Straver als apothekersassistente. Tijdens een nachtdienst is bij de apotheek ingebroken. Werkneemster was op dat moment het enige personeelslid in het pand. Nadat twee van de vermomde inbrekers de verdieping waar werkneemster zich bevond hadden betreden en een vuurwapen op haar hadden gericht, is zij uit angst uit een raam gesprongen. Ten gevolge van de sprong is haar rechterenkel verbrijzeld, heeft zij een fractuur aan haar stuitje opgelopen en heeft zij twee wervels gebroken. Zij stelt Straver op grond van artikel 7:658 BW aansprakelijk voor haar schade. Daartoe voert zij aan dat Straver haar zorgplicht heeft geschonden. De achterzijde van de apotheek was niet adequaat beveiligd en er zijn geen instructies verleend hoe te handelen in dergelijke situaties. Pas na de overval heeft Straver extra beveiligings- en instructiemaatregelen getroffen.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Het debat van partijen spitst zich toe op de vraag of Straver heeft voldaan aan haar zorgverplichtingen zoals bedoeld in artikel 7:658 lid 1 BW. Niet vast is komen te staan dat er (vergelijkbare) overvallen bij andere Mediq-apotheken zijn geweest vóór deze overval. De ten tijde van de overval getroffen veiligheidsmaatregelen waren toereikend. Zo is er aan de voorzijde van het pand een rolluik, is contact met klanten na 18.00 uur alleen mogelijk via een loket met gepantserd glas, is een mobiel overvalalarm aanwezig en is er in de apotheek camerabewaking. Aan de achterzijde van het pand bevond zich ten tijde van de inbraak aan de buitenkant verlichting, die door de inbrekers onklaar is gemaakt. Straver is een apotheek, geen juwelier of bank. De normale veiligheidsrisico's waarmee zij vanwege de aard van de werkzaamheden wordt geconfronteerd, liggen in de klantcontacten. De klanten betreden het pand via de voorzijde. Aan de voorzijde had Straver toereikende veiligheidsmaatregelen getroffen. Het pand ligt aan de achterzijde niet afgelegen en in het donker, maar naast een woonwijk en is de hele nacht aan de buitenzijde verlicht. Straver en

werkneemster in het bijzonder zijn het slachtoffer geworden van een overval die buiten de normale te verwachten risico's voor Straver lag. Haar kan dan ook niet verweten worden dat zij van het pand geen vesting had gemaakt met prikkeldraad en hekwerk op het platte dak van de aanbouw en camerabewaking aan de achterzijde. Dat zij omwille van het veiligheidsgevoel van haar medewerkers na de overval besloten heeft aan de achterzijde overal tralies voor de ramen met veiligheidsglas te plaatsen – waardoor het pand er thans uitziet als een gevangenis – wil niet zeggen dat zij op het moment van de overval niet aan haar zorgplicht voldaan had. Straver heeft na de overval het nachtpersoneel opgedragen de alarmpieper altijd bij zich te dragen. Er is geen aanleiding om te veronderstellen dat als werkneemster de alarmpieper bij zich gehad had op de bovenverdieping en zij de politie wel had kunnen alarmeren via de alarmcentrale de overvallers niet het pand binnengedrongen zouden zijn. Gelet op de snelheid waarmee zij boven waren, is aannemelijk dat werkneemster ook dan geen andere uitweg had gezien dan uit het raam te springen. Door werkneemster is niet betwist dat Straver het personeel een training omgaan met verbale agressie en geweld heeft laten volgen. Deze training past binnen de gebruikelijke risico's die voor het personeel van Straver gelden. Ook op dat punt heeft Straver derhalve aan haar zorgverplichting voldaan. Volgt afwijzing van de vorderingen.

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 29-01-2014

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2014:873

Zaaknummer: 508213 \ CV EXPL 13-216

Rechters: I.M. Etman

Advocaten: F.C. Schirmeister en R. Gruben

Wetsartikelen: 7:658 BW

RECHTSPRAAK

Mondial Milk/werknemer

***Ontslag op staande voet wegens wegnemen van zaken werkgever.
Schadevergoeding wegens ongerechtvaardigde verrijking werknemer.
Uit feitelijke uitvoering van vermeende afspraak volgt dat werknemer
heeft ingestemd met eerdere loonsverlaging.***

Werknemer is sinds 1 september 1991 in dienst getreden van – het mede door hem opgerichte – Mondial Milk. Hij verdiende toen het minimumloon. Bij arbeidsovereenkomst van 1999 zijn partijen overeengekomen dat werknemer Nfl. 15.000 per maand verdient en daarnaast recht heeft op toeslagen en aanvullingen. Werknemer is van 2001 tot 2005 als statutair bestuurder benoemd geweest. In september 2005 is werknemer op staande voet ontslagen wegens diefstal en bedrog. Werknemer wordt verweten dat hij voor privédoeleinden goederen en materialen besteld en afgehaald zou hebben, werknemers van Mondial Milk voor hem liet werken en andere eigendommen van de werkgever zich zou hebben toegeëigend. Werknemer stelt zich op het standpunt dat het ontslag nietig is en vordert mede achterstallig loon. Volgens Mondial Milk heeft werknemer ingestemd met een verlaging van zijn loon per 1 januari 2004 tot € 4.125 bruto, omdat het een forfaitaire onkostencomponent betrof die werknemer op basis van werkelijke kosten kon declareren. Voorts vordert Mondial Milk schadevergoeding wegens onbehoorlijk gedrag van werknemer.

Het hof oordeelt als volgt. Nu Mondial Milk correspondentie heeft overgelegd waaruit een voorstel tot salarisverlaging blijkt en gedurende een periode van ruim twee jaar aldus heeft gehandeld, acht het hof op voorhand bewezen dat werknemer heeft ingestemd met de verlaging van het salaris, behoudens tegenbewijs. Werknemer is niet in het leveren van dit tegenbewijs geslaagd. De loonvordering faalt derhalve.

Wat het ontslag op staande voet betreft en het loon vanaf 6 september 2005 oordeelt het hof als volgt. Werknemer is in totaal meer dan vijftig verwijten gemaakt. Een aantal gedragingen heeft werknemer erkend (zoals het laten (ver)bouwen van zijn aanhangwagen, werkzaamheden voor een Jeep, verschillende zaken onder zich hebben, deelname van niet-medewerkers aan bedrijfsuitjes, enz.). Naar het oordeel van het hof levert dit op voorhand een

dringende reden op. De enkele omstandigheid dat werknemer in strafrechtelijke zin is vrijgesproken, doet hieraan niet af. Enkel wanneer werknemer slaagt in het bewijs van zijn stelling dat de werkgever op de hoogte was van al zijn gedragingen, kan het ontslag op staande voet geen stand houden (ontbreken subjectieve dringendheid). Naar het oordeel van het hof is werknemer hierin niet geslaagd, zodat het ontslag op staande voet geldig is. De stelling dat het ontslag niet onverwijld is verleend, omdat Mondial Milk eerder toch had moeten vermoeden dat er iets mis was, faalt. De werkgever wist pas kort voor het ontslag dat er iets mis was en heeft daarna voortvarend gehandeld.

Mondial Milk vordert schadevergoeding wegens ongerechtvaardigde verrijking van werknemer. Naar het oordeel van het hof kan van een deel van de gedragingen worden gezegd dat deze bewust roekeloos dan wel opzettelijk zijn verricht. De daaruit voortvloeiende schade dient werknemer te vergoeden. Het hof zal opnieuw rechtdoende de schadevergoedingsvordering toewijzen tot een totaalbedrag van € 16.400.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 28-01-2014

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2014:164

Zaaknummer: HD 200.011.475/01

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

Advocaten: J.J. Versluijs en G.B. Oberman

Wetsartikelen: 7:661 BW, 7:677 BW en 7:611 BW

RECHTSPRAAK

**De Staat der Nederlanden (ministerie van Sociale Zaken en
Werkgelegenheid)/werkneemster**

Nederlandse Staat aansprakelijk voor schade ten gevolge van onjuiste implementatie van Richtlijn 2003/88/EG (vakantieverlof: Schultz-Hoff-arrest). Beroep van Staat op eventueel eerder vervalrecht faalt (causaliteitsverweer). Onder vakantieloon valt ook werkgeversdeel pensioenpremie.

In deze zaak staat de vraag centraal of de Staat aansprakelijk is wegens het niet juist omzetten van Richtlijn 2003/88/EG (vakantieverlof). Werkneemster heeft de Staat bij brief van 5 maart 2010 aansprakelijk gesteld voor de door haar geleden schade ad € 3.994,56. Aan deze vordering legt zij ten grondslag dat de Staat onrechtmatig jegens haar heeft gehandeld door artikel 7 van de richtlijn niet binnen de daarvoor bepaalde termijn te implementeren. Zij stelt daartoe dat zij op 1 november 2006 in dienst is getreden bij [...] B.V. (hierna: H), dat zij op 27 februari 2008 wegens ziekte is uitgevallen en dat in verband daarmee haar arbeidsovereenkomst per 26 februari 2010 is geëindigd. Van haar werkgever heeft zij overeenkomstig het toen geldende artikel 7:635 lid 4 BW alleen vergoeding ontvangen voor de twaalf vakantiedagen (96 uur) die zij heeft opgebouwd gedurende de laatste zes maanden van haar dienstverband, terwijl zij recht had op vier weken vakantie per jaar, zijnde in twee jaar veertig vakantiedagen (320 uur). Zij is aldus 28 dagen (224 uur) vakantie misgelopen, hetgeen overeenkomt met een bedrag van € 3.106,88, aldus nog steeds werkneemster.

Het hof oordeelt als volgt. Naar Nederlands recht levert het uitvaardigen en handhaven van een met hogere regelgeving strijdige regeling een onrechtmatige daad op. Met het uitvaardigen en handhaven van een dergelijke regeling, staat niet alleen de onrechtmatigheid, maar ook de schuld in beginsel vast (vgl. HR 9 mei 1986, NJ 1987/252, ECLI:NL:HR:1986:ACo867). Nu niet bestreden is dat de in geding zijnde Nederlandse wetgeving betreffende de opbouw van vakantieaanspraken bij ziekte niet in overeenstemming was met hogere regelgeving, te weten de richtlijn, volgt dááruit – uit de toetsing aan de hogere regelgeving en dus niet aan artikel 6:162 BW – dat de Staat onrechtmatig heeft gehandeld. Dit is niet anders nu de getoetste

regelgeving een wet in formele zin is, die de rechter ingevolge artikel 120 Grondwet niet mag toetsen aan de Grondwet. Krachtens artikel 94 Grondwet is toetsing van wetten in formele zin aan een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties (zoals de richtlijn) immers wel mogelijk. Wanneer die toets tot de conclusie leidt dat sprake is van wetgeving die buiten toepassing moet blijven, levert dat een onrechtmatige daad op die de Staat tot schadevergoeding ex artikel 6:162 BW verplicht. Omdat op basis van het nationale recht minder zware eisen gelden voor aansprakelijkheid dan op basis van de Europese normen, behoeft de vraag of sprake is van een gekwalificeerde schending waaraan de Staat schuld heeft, niet te worden beantwoord.

Met betrekking tot het causaliteitsverweer overweegt het hof dat het weliswaar aan werkneemster is te bewijzen dat zij door de onrechtmatige daad schade heeft geleden, maar dat hiervoor voldoende is dat aannemelijk is dat werkneemster, de onrechtmatige daad van de Staat weggedacht, wel aanspraak zou hebben kunnen maken op uitbetaling van de door haar gevorderde niet-genoten vakantiedagen. Het wegdenken van de onrechtmatige daad (de fictieve situatie) betekent in dit geval dat ervan uit moet worden gegaan dat het bepaalde in artikel 7:635 lid 4 BW niet geldt. Hoewel het hof niet uitsluit dat de wetgever, indien hij op een eerder moment zou zijn overgegaan tot aanpassing van de wet aan de richtlijn, zou hebben gekozen voor enige vervaltermijn, acht het hof het te speculatief om ervan uit te gaan dat in de fictieve situatie enige vervaltermijn zou hebben gegolden. Het hof volgt de Staat dan ook niet in zijn stelling dat er in de fictieve situatie van uit moet worden uitgegaan dat de (huidige) vervaltermijn in de wet zou zijn opgenomen. Naar het oordeel van het hof moet in de fictieve situatie de onrechtmatige daad worden weggedacht en moet er in beginsel van worden uitgegaan dat andere regelgeving hetzelfde zou zijn gebleven.

Het hof oordeelt voorts dat werkneemster alleen recht heeft op vergoeding van de wettelijke vakantiedagen (dat is wat de richtlijn aan bescherming biedt). Ook komt werkneemster vergoeding van werkgeversdeel van de pensioenpremie toe (vgl. HvJ EG 15 september 2011, JAR 2012/195, LJN BT6327 en de uitleg die de kantonrechter Amsterdam daaraan heeft gegeven in zijn uitspraak van 29 juni 2012, JAR 2012/195, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX1486).

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 28-01-2014

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2014:72

Zaaknummer: 200.105.950/01

Rechters: V. Disselkoen, M.J. van der Ven en A.V. van den Berg

Advocaten: S. van Heukelom-Verhage en M.A.H. Faassen

Wetsartikelen: 6:162 BW, 7:635 BW en Richtlijn 2003/88/EG

RECHTSPRAAK

werknemer/Aluminium Techniek BV

Betrokkenheid aandeelhouder oude en nieuwe werkgever na doorstart uit faillissement leidt tot ‘zodanige banden’. Niet overnemen van leidinggevend personeel niet van belang. Bewijsvoering of sprake is van ‘wezenlijk dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden’.

Werknemer is sinds 1987 in dienst geweest van (verschillende onderdelen van) Y Engineering BV. Y Engineering BV is op 22 juli 2009 in staat van faillissement verklaard. De curator heeft de arbeidsovereenkomst met werknemer opgezegd tegen 3 september 2009. De curator heeft een beperkte doorstart gerealiseerd. Een indirect aandeelhouder, Bergrust BV, heeft activa gekocht, twintig werknemers in dienst heeft genomen en de activiteiten elders voortgezet onder de naam X Aluminium Techniek. Werknemer is op 1 oktober 2009 bij X Aluminium Techniek B.V. in dienst getreden op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd tot 1 oktober 2010 als kwaliteitsmanager (in de arbeidsovereenkomst wordt vermeld keurmeester). Deze arbeidsovereenkomst wordt niet verlengd. Werknemer stelt zich op het standpunt dat sprake is van opvolgend werkgeverschap ex artikel 7:668a BW.

Het hof oordeelt als volgt. Voor zover X Aluminium Techniek B.V. in hoger beroep bedoelt te stellen dat artikel 7:668a BW toepassing mist vanwege het enkele feit dat slechts 30% van de functie bij Y Engineering BV vergelijkbaar is met de functie bij X Aluminium Techniek B.V., faalt die stelling. Het gaat er immers om of wezenlijk dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden waren vereist. Daarbij kan de omvang van het kwaliteitsaspect in de functie bij Y Engineering BV mogelijkserwijs van invloed zijn op de vraag wat de vaardigheden en verantwoordelijkheden waren en in hoeverre inzicht bestond in de geschiktheid van werknemer voor dat werk, bij Y Engineering BV en/of bij X Aluminium Techniek B.V. De zaak wordt aangehouden om tot nadere bewijsvoering te komen of sprake is van ‘wezenlijk dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden’.

Wat de ‘zodanige banden’ betreft uit het arrest van 11 mei 2012 (ECLI:NL:HR:2012:BV9603 (Van Tuinen/Wolters)), oordeelt het hof als volgt. Als onbetwist staat vast dat aandeelhouder Z voormalig (mede)aandeelhouder was van Y Engineering BV en dat aandeelhouder Z

aandeelhouder is van Bergrust BV. Voorts heeft de kantonrechter vastgesteld dat aandeelhouder Z actief betrokken was bij het reilen en zeilen van X Aluminium Techniek B.V. en dat de brief aan werknemer van 7 september 2010 waarmee wordt meegedeeld dat de arbeidsovereenkomst niet wordt verlengd, afkomstig is van aandeelhouder Z en dat aandeelhouder Z dit met werknemer heeft besproken. Dat heeft naar het oordeel van het hof tot gevolg dat het door Y Engineering BV verkregen inzicht in de hoedanigheden en geschiktheid van werknemer, in redelijkheid moet worden toegerekend aan X Aluminium Techniek B.V. Om die reden is niet relevant of aandeelhouder Z feitelijk leiding gaf aan Y Engineering BV en op de werkvloer aanwezig was (stelling werknemer) of dat de heren A en B de leiding hadden bij Y Engineering BV (stelling X Aluminium Techniek B.V.) en deze laatstgenoemde heren niet bij X Aluminium Techniek B.V. betrokken zijn.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 28-01-2014

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2014:172

Zaaknummer: HD 200.107.887/01

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

Advocaten: B.J.F. Hofmans en M.M.C. van de Ven

Wetsartikelen: 7:668a lid 2 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Agro BV

Groen/Schoevers-casus: werker die zelf fiscale constructie opzet en VAR aanvraagt. Bedoeling van partijen en feitelijke uitvoering. Albron-arrest leidt niet tot bescherming van opdrachtnemers of overgang van BBA-werknemer.

X is van beroep senior belastingadviseur/jurist en directeur van Fiscaal en Juridisch Adviesburo B.V. (hierna: NFJA). Eind 2007 is werknemer door BNR benaderd om werkzaamheden te verrichten als manager voor haar businessunit Advies en Specialismen (hierna: BUE) met de bedoeling dat X uiteindelijk tot de maatschap van BNR zou toetreden. BNR en NFJA hebben op 1 juli 2008 een managementovereenkomst gesloten. Aan deze overeenkomst is reeds in 2009 een einde gekomen. Partijen hebben tussen 2009 en 2011 gezocht naar een nieuwe samenwerkingsvorm, ondertussen is X gewoon werk blijven verrichten. Er is uiteindelijk een nieuwe managementovereenkomst tot stand gekomen. BNR heeft de nieuwe overeenkomst op 23 december 2012 opgezegd per 1 juni 2013. Per 1 januari 2013 heeft Agro de economische activiteiten van BNR (althans deels) overgenomen. Partijen zijn het erover eens dat de werknemers van BNR die werkzaam waren voor de afdeling of unit waarvoor X werkzaamheden verrichtte, van rechtswege bij Agro in dienst zijn gekomen in de zin van de artikelen 7:662 en 7:663 BW. Kern van het geschil is de vraag hoe de nieuwe overeenkomst dient te worden gekwalificeerd: als een arbeidsovereenkomst tussen X en BNR, of als een overeenkomst van opdracht tussen NFJA en BNR. Indien sprake is van een arbeidsovereenkomst, dan heeft dat tot gevolg dat X op grond van artikel 7:663 BW van rechtswege bij Agro in dienst is gekomen per 1 januari 2013.

Het hof oordeelt als volgt. Het hof is voorshands van oordeel dat hier geen sprake is van een situatie waarin de rechtsverhouding tussen partijen zich langzamerhand is gaan ontwikkelen naar een verhouding met meer elementen die kenmerkend zijn voor een arbeidsovereenkomst. Op 31 december 2009 is de oude overeenkomst door BNR opgezegd. Partijen zijn het erover eens dat de oude overeenkomst als een overeenkomst van opdracht kwalificeerde. De tekst van de nieuwe overeenkomst duidt eveneens op een overeenkomst van opdracht. Het hof is van oordeel dat het om die reden niet voor de hand ligt dat de wijze

waarop de werkzaamheden door X aansluitend zijn voortgezet, als een arbeidsovereenkomst gekwalificeerd moet worden, tenzij de feitelijke gang van zaken vanaf dat moment zodanig anders werd, dat daarin een duidelijke breuk kan worden gezien met het verleden. Uit diverse e-mails van X blijkt overigens dat hij uitdrukkelijk geen arbeidsovereenkomst wenste.

Voorts valt niet in te zien waarom een Verklaring Arbeidsrelatie (VAR, art. 6a Wet LB) noodzakelijk zou zijn, wanneer het juist de bedoeling van partijen was een arbeidsovereenkomst aan te gaan. Volgens X is uitsluitend om fiscale redenen een side letter overeengekomen. Volgens hem is dat gebeurd omdat de mogelijkheid bestond dat de Belastingdienst op basis van fiscale criteria zou oordelen dat sprake was van een arbeidsovereenkomst, terwijl partijen hadden afgesproken dat er fiscaal gezien geen sprake was van een arbeidsovereenkomst. Het hof is van oordeel dat dit risico inderdaad kan bestaan, hetgeen een reden is om over een VAR te beschikken. De gevolgtrekking die X daaraan verbindt, namelijk dat partijen dus civielrechtelijk een arbeidsovereenkomst hebben gesloten, kan het hof niet volgen. Begrijpt het hof het goed, dan meent X dat het mogelijk is om civielrechtelijk een arbeidsovereenkomst aan te gaan zonder de fiscale gevolgen daarvan. Het hof is van oordeel dat de contractsvrijheid van partijen niet zo ver reikt. Indien partijen civielrechtelijk een arbeidsovereenkomst voor ogen stond en daar feitelijk ook uitvoering aan hebben gegeven, dan is loonbelasting verschuldigd. Die verplichting kan niet weggecontracteerd worden. Anders gezegd, indien partijen civielrechtelijk een arbeidsovereenkomst wensten aan te gaan, dan was er geen enkele reden om over een VAR te beschikken. Nu X ook nog eens is bijgestaan door een advocaat, acht het hof een overeenkomst van opdracht aannemelijker dan een arbeidsovereenkomst.

Volgens X gaat evenwel ook de 'arbeidsbetrekking' mee over. De bescherming die werknemers wordt geboden bij overgang van de onderneming is volgens Nederlands recht beperkt tot werknemers in de zin van artikel 7:610 BW. Het hof ziet in het arrest van de Hoge Raad van 5 april 2013 (ECLI:NL:HR:2013:BZ1780 (Albron)) geen aanleiding om ervan uit te gaan dat richtlijnconforme interpretatie ertoe dient te leiden dat het begrip 'werknemer' ruimer dient te worden uitgelegd en dat daaronder ook verstaan dienen te worden de werknemers in de zin van artikel 1 aanhef en onder b sub 2° van het BBA, zoals door X bepleit. Het hof leidt dat af uit de volgende overweging van het HvJ EU in zijn arrest van 21 oktober 2010, C-242/09, LJN BO3935, NJ 2010/576 (op prejudiciële vragen in de procedure leidend tot het voornoemde arrest van de Hoge Raad van 5 april 2013): '23 Voorts blijkt uit de bewoordingen zelf van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/23 dat de door die richtlijn aan werknemers geboden bescherming bij verandering van ondernemer betrekking heeft op de rechten en verplichtingen die voor de vervreemder voortvloeien uit het bestaan, op het tijdstip van de overgang van de onderneming, van een arbeidsovereenkomst of een arbeidsbetrekking, met dien verstande dat

de vraag of er al dan niet een arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking bestaat, ingevolge artikel 2, lid 2, van die richtlijn moet worden uitgemaakt aan de hand van het nationale recht.' Gesteld dat X valt onder het bepaalde in artikel 1 aanhef en onder b sub 2° van het BBA, dan heeft dat slechts tot gevolg dat BNR de overeenkomst niet zonder vergunning kon opzeggen. Dat betekent niet dat X daarmee werknemer is geworden in de zin van artikel 7:610 BW. Overigens is het hof voorshands van oordeel dat, anders dan X kennelijk meent, er niet zonder meer van uit kan worden gegaan dat hij onder het werknemersbegrip valt van artikel 1 aanhef en onder b sub 2° van het BBA. Immers, zoals voorshands uit hetgeen hiervoor is overwogen volgt, heeft niet X maar NFJA gecontracteerd met BNR, en Agro heeft onder verwijzing naar artikel 1.4 van de nieuwe overeenkomst betwist dat de werkzaamheden door X persoonlijk uitgevoerd moesten worden.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 28-01-2014

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2014:183

Zaaknummer: HD 200.129.778/01

Rechters: M.G.W.M. Stienissen, M.J.H.A. Venner-Lijten en M. van Ham

Advocaten: M.J.G.A. van Gelder en T. van der Dussen

Wetsartikelen: 7:610 BW en 7:663 BW

RECHTSPRAAK

Stichting Het Poortje Jeugdinrichtingen/werkneemster

Werkgever (een justitiële jeugdinstelling) aansprakelijk voor schade die werkneemster heeft geleden doordat een gedetineerde jongere tijdens het luchten een wedstrijdvoetbal van leer tegen haar hoofd heeft geschoten. Wedstrijdvoetbal niet geschikt voor kleine ruimte.

Werkneemster (geboren 1966) is op 1 juni 2010 als pedagogisch medewerker in dienst getreden bij Juvaïd in Veenhuizen, een onderdeel van de justitiële jeugdinrichting Het Poortje. Juvaïd is een jeugdinrichting voor kort en lang verblijf van strafrechtelijk veroordeelde jongeren van 12 tot en met 23 jaar. Op 23 juli 2010 hield werkneemster met een collega toezicht op een groep van zeven jongeren op de luchtplaats. Enkele jongeren waren aan het voetballen. Werkneemster heeft toen een bal tegen de achterkant van haar hoofd gekregen. Nadat ze haar werk die dag heeft afgemaakt, meldt ze zich de volgende dag bij de arts met hoofdklachten (hersenschudding). Sindsdien heeft ze last van stemmingsklachten. In 2011 laat ze zich vrijwillig opnemen in een psychiatrische inrichting. Op 1 juni 2011 is de arbeidsovereenkomst van werkneemster met Het Poortje van rechtswege geëindigd. Werkneemster stelt thans Het Poortje aansprakelijk voor de schade die zij lijdt.

Het hof oordeelt als volgt. Naar het oordeel van het hof staat voldoende vast dat werkneemster schade heeft geleden als gevolg van de klap met de bal (hersenschudding). De centrale vraag is of Het Poortje haar zorgplicht jegens werkneemster heeft geschonden. Ofschoon in het algemeen niet valt te verwachten dat het geraakt worden door een voetbal tot (ernstige) letselschade leidt, kan dit anders zijn indien een leren wedstrijdvoetbal welbewust en met kracht tegen het hoofd van een ander wordt aangeschoten, zeker wanneer die ander daardoor wordt verrast. Aan het werken met strafrechtelijk veroordeelde jongeren is, anders dan aan het werken met andere jongeren, inherent dat gevaar bestaat van agressie in de richting van het personeel. Uit hetgeen hiervoor is overwogen, volgt dat het beschikbaar stellen van een leren voetbal aan de in Het Poortje ingesloten jongeren niet ongevaarlijk is. De kans bestaat dat de jongeren indien zij agressief zijn de voetbal als projectiel en de medewerkers van Het Poortje als schietschijf gebruiken. Dat gevaar doet zich ook voor indien de medewerkers die toezicht houden op de luchtplaats de normale oplettendheid betrachten. Die oplettendheid gaat niet zo

ver dat de medewerkers onophoudelijk de voetballers en de bal in de gaten dienen te houden, nu zij ook moeten toezien op de jongeren uit de groep die niet voetballen. Het gevaar heeft zich in dit geval ook verwezenlijkt, nadat al eerder een bal hard tegen het lichaam van een collega was geschoten. Het hof oordeelt dat sprake was van een onveilige situatie doordat op de luchtplaats gevoetbald werd met een, voor die situatie niet geschikte, wedstrijdvoetbal. Het was voor Het Poortje eenvoudig de veiligheidssituatie te verbeteren door te bevorderen dat geen gebruik werd gemaakt van een wedstrijdbal, maar van een kleinere bal. Het Poortje heeft dat nagelaten en is om die reden in haar zorgplicht tekortgeschoten.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 28-01-2014

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2014:568

Zaaknummer: 200.119.790/01

Rechters: H. de Hek, L. Groefsema en A.M. Koene

Advocaten: F.A.M. Knuppe en J.S. Visser

Wetsartikelen: 7:658 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/EMA X B.V.

Omzetting arbeidsovereenkomst voor bepaalde in onbepaalde tijd tast – naar vaste rechtspraak – de geldigheid van een concurrentiebeding niet aan. Boetes € 175.000 komen niet in aanmerking voor matiging nu werknemer welbewust in dienst is getreden van concurrent en persisteert in gedrag ondanks waarschuwing.

Werknemer stelt zich onder meer op het standpunt dat het concurrentiebeding is vervallen bij de omzetting van zijn tijdelijke arbeidsovereenkomst naar een vast contract. Voor zover dit niet het geval is, acht werknemer het concurrentiebeding in strijd met de redelijkheid en billijkheid, dan wel zijn de boetes voor matiging vatbaar.

Het hof oordeelt als volgt. EMA heeft bij brief van 30 mei 2002 aan werknemer meegedeeld dat de bestaande arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, die afliep op 1 juni 2002, per 1 juni 2002 zou worden omgezet in één voor onbepaalde tijd. Met andere woorden: een tijdelijke arbeidsovereenkomst wordt omgezet in een overeenkomst voor onbepaalde tijd. De arbeidsvoorwaarden, zoals aard van de werkzaamheden, beloning enzovoort zijn daarbij gelijk gebleven. Tegen deze voortzetting heeft werknemer geen bezwaar aangetekend en hij is de overeengekomen werkzaamheden ook na 1 juni 2002 blijven verrichten. Naar vaste rechtspraak van dit hof, behoeft in een dergelijk geval een concurrentiebeding niet opnieuw te worden overeengekomen, terwijl evenmin een nieuwe schriftelijke vastlegging dient plaats te vinden. Er is immers geen sprake van een nieuwe arbeidsovereenkomst (de ‘oude’ arbeidsovereenkomst loopt gewoon door), terwijl geen functiewijziging heeft plaatsgevonden waarbij sprake zou kunnen zijn van een zwaarder gaan drukken van het betreffende beding.

Met betrekking tot de matiging van de concurrentiebedingboete, oordeelt het hof als volgt. Werknemer is ondanks uitdrukkelijke waarschuwing door EMA toch in dienst getreden van een op steenworp afstand gevestigde concurrent. Het welbewust in dienst treden bij een concurrent van een voormalige werkgever zonder dat daarvoor een gegronde reden is aangevoerd en het persisteren in dat gedrag ondanks waarschuwingen weegt naar het oordeel van het hof zwaar. Voorts kan niet gezegd worden dat de destijds overeengekomen

boetebedragen in geen enkele verhouding staan tot het salaris van werknemer (eenmalige boete ongeveer het dubbele van zijn brutomaandsalaris) dan wel enige relatie ontberen met betrekking tot de ernst van de overtreding (immers werkzaam bij een directe concurrent binnen het reeds alleszins beperkt werkgebied). In aanmerking nemende de kennelijke strekking van het beding, te weten de bescherming van het bedrijfsbelang van EMA tegen afoming van haar bedrijfsdebet door verkoopactiviteiten van voormalig werknemers, ziet het hof in de gegeven omstandigheden dan ook geen reden om over te gaan tot matiging van de inmiddels door eigen toedoen willens en wetens almaar opgelopen boetes. De enkele omstandigheid dat er (uiteindelijk) een grote discrepantie bestaat tussen de hoogte van de aldus verschuldigde boetes (€ 175.000) en het huidige inkomen van werknemer (ongeveer € 4.800 bruto per maand) is, gezien het vorenoverwogene, onvoldoende grond om over te gaan tot matiging.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 28-01-2014

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2014:175

Zaaknummer: HD 200.120.293/01

Rechters: M.G.W.M. Stienissen, A.P. Zweers-van Vollenhoven en A.A.H. van Hoek

Advocaten: R.J.C. Brouwer en M.O. de Bont

Wetsartikelen: 7:653 BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/Basic-It Professional Service B.V.

Werkgever slaagt in bewijs dat partijen arbeidsomvangverlaging zijn overeengekomen, ondanks ontbreken schriftelijke vastlegging.

(Eindarrest van AR 2013-0530.) Werkneemster is op 1 mei 2006 in dienst getreden van Basic-IT als planner/coördinator voor 40 uur per week. Met ingang van 1 oktober 2008 heeft Basic-IT de omvang van de arbeidsovereenkomst van werkneemster en de daaraan gekoppelde salariëring teruggebracht naar 80%, zijnde 32 uur. Kort daarna is werkneemster met zwangerschapsgerelateerde klachten uitgevallen wegens ziekte. Ze heeft toen een uitkering ontvangen gebaseerd op 32 uur per week. Werkneemster stelt zich op het standpunt dat partijen nimmer overeenstemming hebben bereikt over deze arbeidsomvangverlaging. Wel hebben partijen hierover gesproken, maar werkneemster wilde eerst een financieel overzicht ontvangen (hetgeen haar nooit is verstrekt). Derhalve vordert zij betaling van achterstallig loon.

Het hof oordeelt als volgt. Uit diverse getuigenverklaringen volgt dat partijen weldegelijk overeenstemming hadden bereikt over vermindering van uren. Werkneemster wilde vanwege de zwangerschap een dag minder gaan werken. Dit is zowel door de manager bevestigd, als door een derde persoon die destijds op sollicitatiegesprek is geweest wegens vrijgevallen uren, alsook door de werkgever zelf. De loonvordering is derhalve terecht afgewezen door de kantonrechter.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 28-01-2014

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2014:168

Zaaknummer: HD 200.087.444/01

Rechters: M.G.W.M. Stienissen, A.P. Zweers-van Vollenhoven en A.A.H. van Hoek

Advocaten: M.C.B. van der Velden en M.B.M.C. van den Berg

Wetsartikelen: 150 Rv, 7:611 BW en 6:217 BW

RECHTSPRAAK

Kobelco Welding of Europe B.V./werkneemster

Werkneemster, lid van de ondernemingsraad en kaderlid van de vakbond, verspreidt pamflet met onjuistheden over werkgeversstandpunten omtrent ploegentoeslag. Werkneemster komt bescherming artikel 6 lid 4 ESH toe. Reflexwerking opzegverboden. Afwijzing ontbindingsverzoek.

Werkneemster is lid van de ondernemingsraad en kaderlid van de vakbond. Zij heeft een pamflet verspreid waarop onjuistheden zijn vermeld over het standpunt van werkgever(s) omtrent een ploegentoeslag. Werkgever stelt dat dit de druppel is die de emmer doet overlopen en verzoekt ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens een verstoorde arbeidsrelatie.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Ter zitting is komen vast te staan dat geen sprake is van een soloactie van werkneemster, maar dat de tekst van het pamflet tot stand is gekomen en de besluitvorming omtrent de wijze van verspreiding heeft plaatsgevonden in de kadergroep van FNV Bondgenoten waartoe werkneemster behoort. Opstelling en verspreiding van het pamflet hebben plaatsgevonden in het kader van het door (het direct werkende) artikel 6 lid 4 Europees Sociaal Handvest (ESH) gewaarborgde recht van werknemersorganisaties op collectieve onderhandelingen en daaruit voortvloeiende collectieve acties. Een werknemersorganisatie kan dit recht alleen effectueren met behulp van haar leden die tevens werknemers zijn van aan de zijde van de werkgevers(organisaties) bij de onderhandelingen betrokken bedrijven. De bescherming die artikel 6 lid 4 ESH aan FNV Bondgenoten biedt, komt aldus ook toe aan deze werknemer jegens deze werkgever. Reeds op grond hiervan kan (de deelname aan) de opstelling en verspreiding van het pamflet door de werknemer niet gelden als ontslaggrond, en evenmin als gewichtige reden tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Uiteraard kan een zorgvuldig handelend werknemer – zelfs in haar hoedanigheid van lid van de ondernemingsraad of kaderlid van een vakbond – niet zomaar volstrekte onwaarheden over haar werkgever opschrijven en aan de verspreiding daarvan meewerken. Dan komt haar niet de vrijwaring van arbeidsrechtelijke consequenties van zulk handelen toe die artikel 6 lid 4 ESH haar in beginsel biedt. In dit geval kon van werkneemster

niet geveerd worden dat zij in haar kwaliteit van werknemer zou onderzoeken of de tekst van het pamflet in alle opzichten juist was, alvorens aan de verspreiding daarvan mee te werken. De reflexwerking die aan de opzegverboden van artikel 7:670 lid 4 en 5 BW wordt toegekend, staan ook aan ontbinding in de weg. Bovendien is werkgever op grond van de cao verplicht om alvorens over te gaan tot ontslag van een kaderlid over zijn voornemen overleg te voeren met de betrokken vakbond. Van een druppel die de emmer deed overlopen was geen sprake. De gedragingen van werkneemster waarmee als het ware de emmer tot dat moment gevuld was, vormen onvoldoende grond voor ontbinding. Volgt afwijzing van het ontbindingsverzoek.

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 23-01-2014

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2014:880

Zaaknummer: 2484427 EJ VERZ 13-212

Rechters: E.P. van Unen

Advocaten: P.J.A.A. Wassen en R.A. Severijn

Wetsartikelen: 7:670 BW, 7:685 BW en 6 lid 4 ESH

RECHTSPRAAK

Koopmans Bouw B.V./werknemer

Ontbinding arbeidsovereenkomst OR-lid wegens bedrijfseconomische redenen. Werknemer heeft als OR-lid ingestemd met sociaal plan. Kantonrechter wijkt desondanks af van sociaal plan en kent een vergoeding toe met C=1, omdat het sociaal plan niet is overeengekomen met representatieve vakorganisaties.

Werknemer is sinds 2009 als medewerker financiële rapportage in dienst van Koopmans, een aannemingsbedrijf. Werknemer is lid van de ondernemingsraad (hierna: OR). In verband met een reorganisatie is een sociaal plan opgesteld. Werknemer is boventallig verklaard. In het sociaal plan is bepaald dat indien een boventallige werknemer van 59 jaar of jonger binnen tien dagen na het aanzeggesprek en de mededeling van boventalligheid meewerkt en instemt met een beëindigingsovereenkomst, aanspraak wordt gemaakt op een vergoeding met C=0,5 dan wel 1,5 (voor werknemers van 45 tot 55 jaar). De OR heeft met het sociaal plan ingestemd. Koopmans verzoekt de arbeidsovereenkomst wegens bedrijfseconomische redenen te ontbinden. Het UWV heeft toestemming verleend voor opzegging van de arbeidsovereenkomst van werknemer, maar vanwege het lidmaatschap van de OR kan hiervan geen gebruik worden gemaakt. Gesteld wordt dat er geen aanleiding is werknemer een vergoeding toe te kennen. Hij heeft er welbewust voor gekozen niet mee te werken met een beëindigingsovereenkomst en het desalniettemin toekennen van een vergoeding zou hem bevoordelen boven de vele werknemers die wel hebben ingestemd met een dergelijke overeenkomst.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Hoewel de onderbouwing van de noodzaak tot reorganisatie mager is (er zijn geen jaarstukken overgelegd), spreken de omzetsdalingen die de afgelopen jaren hebben voortgeduurd boekdelen. Anders dan werknemer stelt, is zijn functie niet uitwisselbaar. Werknemer onderschrijft dat het ontbindingsverzoek geen verband houdt met zijn OR-lidmaatschap. De arbeidsovereenkomst wordt derhalve ontbonden. In het sociaal plan is vermeld dat in het geval het tot een kantonrechttersprocedure komt, de kantonrechter de hoogte van de beëindigingsvergoeding en de ontslagdatum bepaalt. Een vergoeding conform het sociaal plan ligt niet in de rede, omdat niet is voldaan aan Aanbeveling 3.7. Het

sociaal pan is namelijk niet overeengekomen met representatieve vakorganisaties. Koopmans heeft nagelaten inzicht te geven in haar vermogenspositie en daarom zal werknemer een vergoeding worden toegekend met C=1 (€ 25.264,88 bruto). Werknemer kan de veranderingen van de omstandigheden niet worden verweten, terwijl deze wel geheel liggen in het ondernemersrisico van Koopmans.

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 22-01-2014

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2014:396

Zaaknummer: 2660006 EJ VERZ 7118-13

Rechters: M.H. van Rhijn

Advocaten: E.F.M. van den Biesen en W.J.A. Wijsman

Wetsartikelen: 7:685 BW en Aanbeveling 3.7

RECHTSPRAAK

werkgeefster/werknemer

Hoewel onduidelijk is of Nederlands of Cypriotisch recht van toepassing is, mag werknemer niet-toegekende pensioenvoorziening verrekenen met schuld die hij bij werkgeefster heeft.

Tussen werknemer en werkgeefster is naast een arbeidsovereenkomst een geldleningsovereenkomst overeengekomen. In geschil is of werknemer bevoegd is het bedrag van € 5.632,64 dat hij aan pensioen heeft opgebouwd te verrekenen met zijn schuld jegens werkgeefster. De kantonrechter heeft op 11 juli 2013 een tussenvonnis gewezen waarin onder meer is geoordeeld dat werknemer de vordering van werkgeefster uit hoofde van de geldleningsovereenkomst mag verrekenen. Werkgeefster heeft thans aangevoerd dat op grond van het Europees Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (EVO) op de arbeidsverhouding met werknemer geen Nederlands recht, maar Cypriotisch recht van toepassing is. Ook heeft zij aangevoerd dat zij geen verplichting had om een individuele pensioenvoorziening voor werknemer te treffen.

De kantonrechter stelt voorop dat in het vonnis van 11 juli 2013 uitdrukkelijk en zonder voorbehoud is beslist over het geschilpunt omtrent de mogelijkheid tot verrekening van de nog openstaande geldlening met het opgebouwde pensioen. De kantonrechter is in beginsel in het verdere verloop van het geding aan deze eindbeslissing gebonden (HR 26 november 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN8521). Deze gebondenheid die dient tot beperking van het debat, geldt niet onverkort. De eisen van een goede procesorde brengen mee dat de rechter aan wie is gebleken dat een eerdere door hem gegeven, maar niet in een einduitspraak vervatte eindbeslissing berust op een onjuiste juridische of feitelijke grondslag, bevoegd is om over te gaan tot heroverweging van die beslissing. In dit geval is geen grond voor heroverweging, omdat niet is gebleken dat voornoemde eindbeslissing op een onjuiste juridische of feitelijke grondslag is gebaseerd. Deze beslissing is gebaseerd op artikel 14 van de arbeidsovereenkomst waarin is opgenomen dat de werkgeefster als dat mogelijk is een pensioenvoorziening zal treffen. In het vonnis van 11 juli 2013 is in het midden gelaten of het Nederlands recht dan wel het Cypriotisch recht op de arbeidsovereenkomst van toepassing is. De kantonrechter ziet ook thans geen noodzaak om hierover een knoop door te hakken nu werkgeefster zowel naar

Nederlands als naar Cypriotisch recht gehouden is aan afspraken die in de arbeidsovereenkomst zijn gemaakt omtrent het realiseren van een pensioenvoorziening. Geoordeeld wordt dat werknemer een bedrag van € 5.632,64 (netto) aan pensioenvoorziening met de lening mag verrekenen.

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 16-01-2014

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2014:207

Zaaknummer: 548295 CV EXPL 12-5885

Rechters: S.M. Schothorst

Advocaten: K.S. Suls en R.M.A. Arnoldus

Wetsartikelen: 14 arbeidsovereenkomst, EVO en 6:127 BW

RECHTSPRAAK

werknemers/Bios Ambulancezorg BV

Naleving standaard-cao met als gevolg verlaging maandinkomen, is niet naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar. Werkgever is niet verplicht op grond van artikel 7:611 BW ontheffing te vragen van cao-bepaling voor werknemers.

Werknemers zijn allen in dienst van Bios als ambulancechauffeur resp. ambulanceverpleegkundige. Zij zijn allen voormalige werknemers van X Ziekenvervoer, welk bedrijf in 2003 is samengegaan met Silo en vervolgens – in ieder geval vóór 1 januari 2006 – is opgegaan in Bios. De individuele arbeidsovereenkomsten kennen een zgn. incorporatiebeding voor wat betreft de toepasselijkheid van de cao. In de CAO Ambulancezorg 2011-2012, evenals in de daaraan voorafgaande CAO Ambulancezorg 2005-2008 en in die van 2008-2010, welke cao's steeds van toepassing waren op de arbeidsovereenkomsten van werknemers, werd de verdeling van de pensioenpremie vastgesteld op 50% werkgever en 50% werknemer. Genoemde cao's hebben een standaardkarakter. Tot 1 januari 2006 betaalde Bios voor de werknemers die bij X Ziekenvervoer in dienst waren (geweest) zowel het werkgevers- als het werknemersdeel van de pensioenpremie, zodat door hen bijdragevrij pensioen werd opgebouwd. Met ingang van 1 januari 2006 bouwt Bios dit af en verwijst naar het standaardkarakter van de cao. Werknemers vorderen onverkorte nakoming van de oude afspraken. Zij stellen zich onder meer op het standpunt dat Bios ten onrechte heeft nagelaten om cao-partijen te verzoeken haar zodanige ontheffing van het bepaalde in de cao te verlenen dat zij de bijdragevrije opbouw van pensioen voor werknemers kan continueren.

Het hof oordeelt als volgt. Niet gezegd kan worden dat de werkgever zijn 611-verplichting schendt door geen ontheffing te vragen voor zijn werknemers. Anders dan werknemers hebben betoogd kan naar het oordeel van het hof niet gezegd worden dat het beroep van Bios op het standaardkarakter van de cao's - als verweer tegen de vordering van werknemers een verdere bijdrage in de pensioenpremie te betalen dan zij feitelijk heeft gedaan dan wel waartoe zij zich gehouden acht – naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Daarbij is in aanmerking genomen dat niet is weersproken dat het grootste gedeelte van de werknemers lid is van een van de partijen bij de cao en evenmin dat zij hun

positie bij hun vakbond hebben aangekaart. Niet gezegd kan worden dat bij het cao-overleg daarmee geen rekening kon worden gehouden. Tot slot neemt het hof in aanmerking dat het – door de sector als geheel – reserveren van een eenmalig concreet in de cao 2011-2012 vermeld bedrag ten behoeve van de toepassing van de daarin opgenomen hardheidsclausule door de daartoe in het leven geroepen Commissie Hardheidsclausule kan worden gezien als een onderstreping van het belang dat de sector hechtte aan het standaardkarakter van die cao. Hoezeer werknemers feitelijk door de inhoud van de standaard-cao in hun maandelijkse inkomen worden getroffen – onweersproken is dat tegemoetkoming voor het wegvallen van de helft van de werkgeversbijdrage – uitgaande van de situatie eind 2005 – op jaarbasis in de orde van grootte van een maandinkomen lag – weegt het standaardkarakter van de cao daarvoor te zwaar. Daarbij is in aanmerking genomen dat werknemers nog geruime tijd aanmerkelijk boven het standaardniveau een bijdrage van Bios hebben ontvangen, te weten gedurende de jaren 2006 t/m 2010 de gehele voormelde bijdrage en dat zij ingevolge de beslissing van de Commissie Hardheidsclausule gedurende 2011 nogmaals 100% daarvan en gedurende 2012 50% daarvan zullen ontvangen. Cao's – en onweersproken ook de cao – hebben nu eenmaal niet alleen plussen maar van tijd tot tijd ook minnen en de lat van artikel 6:248 lid 2 BW ligt – ook wanneer het gaat om een standaard-cao – nu eenmaal hoog.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 24-12-2013

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2013:4811

Zaaknummer: 200.111.232/01

Rechters: V. Disselkoen, O.F. Blom en M.H. van Coeverden

Advocaten: D.J.B. de Wolff en L.R.T. Peeters

Wetsartikelen: Stichting Pensioenfonds Zorg&Welzijn, 6:248 BW en 7:611 BW

RECHTSPRAAK

erven werknemer/werkgeefster

Toezegging extra vergoeding van € 1000 per jaar voor timmerman die extra werkzaamheden gaat verrichten, is een arbeidsvoorwaarde.

Slechte financiële situatie van werkgeefster en in de bouwsector vormt onvoldoende grond voor wijziging van deze arbeidsvoorwaarde.

Eisvermeerdering erven werknemer niet in strijd met eisen van goede procesorde.

Werknemer is in dienst geweest als timmerman. Werkgeefster heeft aan werknemer in 2008 de toezegging gedaan om € 1.000 per jaar extra te betalen in veertig wekelijkse termijnen van € 25. Na 2009 is niet volledig aan de betalingsverplichting voldaan. Werknemer is inmiddels overleden. De erven van werknemer vorderen betaling van het niet-betaalde bedrag. De erven betwisten dat sprake was van een bonus waarbij werkgeefster een discretionaire bevoegdheid had die al dan niet toe te kennen.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Ondanks dat de aanspraak op betaling van een extra bedrag van € 1.000 per jaar niet is opgenomen in een schriftelijk vastgelegde arbeidsovereenkomst, is wel sprake van een tussen partijen geldende arbeidsvoorwaarde. De erven van werknemer hebben bij repliek nader gesteld dat die betaling mede bedoeld was voor de genoemde extra taken die werknemer boven op zijn functie als timmerman/metselaar heeft verricht. Werkgeefster heeft gesteld dat sprake is van een bonus, maar zij heeft niet gesteld dat en aan welke criteria de toekenning van die bonus was gerelateerd. Bij ontbreken van afspraken in die zin mocht werknemer ervan uitgaan dat daarmee sprake was van een vaste aanspraak op betaling van een bedrag van € 1.000 per jaar. Er is geen wijzigingsbeding overeengekomen. Op grond van het arrest Stoof/Mammoet is het niet betalen van voormeld bedrag per jaar niet aan te merken als een voorstel tot wijziging van de arbeidsvoorwaarden dat werknemer had dienen te accepteren. Werkgeefster heeft slechts gesteld dat haar financiële situatie mede gelet op de totale situatie in de bouwsector, niet meer toeliet dat zij dit bedrag jaarlijks aan werknemer betaalde. Niet gesteld of gebleken is dat sprake is van een functiewijziging en/of dat de door de erven van werknemer expliciet genoemde extra taken

niet langer door werknemer werden uitgeoefend. Mocht de enkele weigering van werkgeefster al aangemerkt kunnen worden als een voorstel om de betreffende arbeidsvoorwaarde te wijzigen, leveren dergelijke omstandigheden geen voldoende rechtvaardiging op om deze arbeidsvoorwaarde te wijzigen. Werknemer heeft in de inleidende dagvaarding aangegeven dat hij betaling van de openstaande bedragen van 2013 vordert. Na het overlijden van werknemer op 24 juli 2013 hebben de erven van werknemer vervolgens de gestelde aanspraak over 2013 berekend op een bedrag van € 557,69 (29/52 maal € 1.000). Werkgeefster was gelet op het gestelde in de dagvaarding, er dan ook van meet af aan mee bekend dat beoogd werd ook over 2013 de aanspraak op de extra betaling te vorderen. De vermeerdering aan wettelijke verhoging en rente hangt daarmee direct samen. Niet valt in te zien dat de vermeerdering van eis strijd oplevert met de eisen van een goede procesorde. Het had op de weg van werkgeefster, gelet op de door haar gevoerde salarisadministratie, gelegen aan te geven of de aanspraak op € 1.000 per jaar al dan niet netto of bruto was. Werkgeefster heeft echter geen verweer in die zin gevoerd. De gevorderde betalingen aan loon zullen dan ook als nettobedrag worden toegekend.

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 18-12-2013

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2013:8019

Zaaknummer: 580616 \ CV EXPL 13-2981

Rechters: B. van den Bosch

Advocaten: M. Slager en M.C. Lips

Wetsartikelen: 7:611 BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/Stichting X

Indien werkneemster niet bekend was met het feit dat de geluidbelasting door de afwasmachine normoverschrijdend was, dan kan haar niet worden verweten niet eerder de werkgever aansprakelijk te stellen. Geen sprake van verjaring. Eventueel beroep op buiten toepassing laten van verjaring middels artikel 6:248 BW faalt.

In deze zaak staat de vraag centraal of de vordering tot schadevergoeding wegens werkgerelateerde gehoorschade inmiddels is verjaard. De stichting voert aan dat uit het eerst na dit oordeel overgelegde medische dossier blijkt dat werkneemster de vereiste bekendheid met de schade en de aansprakelijke persoon reeds bezat vóór 8 september 1999. Zij wijst met name op het medische dossier als gevoegd achter het deskundigenbericht, op de brief van de bedrijfsarts van 7 juni 1994 en op het huisartsenjournaal. Werkneemster heeft zich tegen het beroep op verjaring verweerd. Zij voert aan dat zij niet vóór 8 september 1999 daadwerkelijk in staat was een vordering in te stellen, omdat zij pas in 2004, na kennisname van het rapport van de Stichting Bedrijfsgezondheidsdienst (hierna: BGD) van 9 april 1990, wist dat de stichting de aansprakelijke persoon was. Zij betwist de brief van de bedrijfsarts van 7 juni 1994 te hebben ontvangen. Voorts stelt zij dat de stichting een zwalkend standpunt inneemt door enerzijds aan te voeren dat werkneemster al voor 1999 bekend was met de aansprakelijke persoon en anderzijds te betwisten dat de gehoorproblematiek van werkneemster aan de blootstelling aan lawaai tijdens het werk is te wijten. Ten slotte voert zij aan dat het beroep op verjaring naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

Het hof oordeelt als volgt. Indien werkneemster niet bekend was met het feit dat de geluidbelasting door de afwasmachine normoverschrijdend was, was zij niet daadwerkelijk in staat een vordering in te stellen. Weliswaar was er in die situatie immers sprake van geleidelijk aan toenemende slechthorendheid, gediagnosticeerd als een lawaaitrauma, maar daar staat tegenover dat werkneemster in 1990 een andere werkplek had gekregen, waarin zij niet aan een dergelijke geluidsbelasting als van de afwasmachine werd blootgesteld, dat haar directe schade als gevolg van de gehoorbeschadiging (de eigen bijdrage voor het hoortoestel) was vergoed, zodat zij op dat moment geen of geringe materiële schade leed, terwijl zij op dat

moment ook niet behoefde te verwachten dat haar gehoorproblemen tot arbeidsongeschiktheid zouden leiden en haar ook niet duidelijk was dat de geluidbelasting zelfs zo hoog was dat deze de normen voor geluid op de werkplek overschreedt. Onder die omstandigheden acht het hof de feitelijke aanknopingspunten voor een aansprakelijkstelling van de werkgever onvoldoende sterk om werkneemster daadwerkelijk in staat te achten een rechtsvordering tegen de stichting in te stellen. Dat zou anders kunnen liggen indien komt vast te staan dat werkneemster al vóór 1999 bekend was met de conclusies van het eerdergenoemde rapport van BGD, te weten dat de geluidbelasting normoverschrijdend is geweest. Stichting X zal worden toegelaten tot het bewijs van feiten en omstandigheden die de conclusie kunnen dragen dat werkneemster al vóór 1999 bekend was met de conclusies van het rapport van BGD. Daaronder zal zijn begrepen de stelling van de stichting dat werkneemster bekend was met de inhoud van de brief van de bedrijfsarts van 7 juni 1994.

Ten slotte heeft werkneemster aangevoerd dat het beroep op verjaring naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is aangezien de stichting jarenlang haar zorgplicht jegens haar heeft geschonden. Ook dat verweer wordt verworpen. De normschending, ook al heeft die geduurd van circa 1981/1982/1983 tot in 1990, is onvoldoende voor het oordeel dat een beroep op verjaring van de daarop gebaseerde vordering naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Van een normschending is immers in alle gevallen, al was het maar veronderstellenderwijs, sprake. Er zijn in dit geval onvoldoende bijzondere omstandigheden om dan tot het oordeel te komen dat juist die normschending het beroep op verjaring naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar maakt.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 17-12-2013

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2013:9683

Zaaknummer: 200.031.556

Rechters: M.G.W.M. Stienissen, M.J.H.A. Venner-Lijten en M. van Ham

Advocaten: J. van Andel en M.J.J. de Ridder

Wetsartikelen: 7:658 BW, 3:310 BW en 6:248 BW

RECHTSPRAAK

X BV/werknemer

Voormalig statutair directeur die als ‘bakker’ in dienst treedt bij rechtsopvolger van zijn bedrijf, komt geen beroep op Ragetlie toe. De te verrichte arbeid is wezenlijk anders geworden. Gezagsverhouding aanwezig ondanks grootaandeelhouderschap.

Werknemer heeft vanaf 1985 bedrijf X geëxploiteerd waarvan hij 50%-aandeelhouder was. In maart 2010 heeft X BV het bedrijf van werknemer overgenomen. Daarbij is bedongen dat werknemer in dienst treedt voor de duur van drie jaar per 1 mei 2010. De centrale vraag is of de arbeidsovereenkomst per 1 mei 2013 is geëindigd. Werknemer stelt zich op het standpunt dat dit niet het geval is, omdat sprake zou zijn van overgang van onderneming en hij een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd had bij X. Voorts beroept hij zich op Ragetlie.

Het hof oordeelt als volgt. X BV stelt zich op het standpunt dat werknemer geen werknemer kon zijn van het bedrijf waarvan hijzelf tevens 50%-aandeelhouder was wegens het ontbreken van een gezagsverhouding. Bij de beoordeling van de vraag of tussen een natuurlijk persoon en een rechtspersoon een gezagsverhouding bestaat, is niet van belang welke personen deel uitmaken van het orgaan van de rechtspersoon dat instructies aan die natuurlijke persoon kan geven. Dit brengt mee dat de statutaire bestuurder van een besloten vennootschap die doorslaggevende zeggenschap heeft (en dus ook de statutaire bestuurder die 50% van de zeggenschap heeft) in de algemene vergadering van aandeelhouders, voor die besloten vennootschap werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst indien hij zich verbonden heeft die werkzaamheden tegen loon te verrichten. Of materieel gezien sprake is van een gezagsverhouding is bij die beoordeling daarom niet relevant. Vast staat dat werknemer, bestuurder en 50% aandeelhouder van X, voor de vennootschap werkzaam was. Ook staat vast dat hij daarvoor loon genoot. Uit die omstandigheden volgt dan dat sprake was van een arbeidsovereenkomst tussen werknemer en X. Dat werknemer directeur-grootaandeelhouder als bedoeld in artikel 6 van de WW, WAO en Ziektewet is, zodat hij ten tijde van zijn werkzaamheden voor X ingevolge deze wetten geen aanspraken op uitkering uit die wetten had, is voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst niet relevant. Ook het feit dat uit de koopovereenkomst niet voortvloeit dat er nog andere werknemers zouden zijn dan de

werknemers in dienst van X, leidt niet tot een ander oordeel.

Wat betreft het beroep op Ragetlie, oordeelt het hof als volgt. Werknemer was bij X werkzaam als statutair bestuurder. Bij X BV was hij dat niet. De arbeidsovereenkomst tussen X BV en werknemer benoemt zijn functie als 'bakker'. Dit is een eerste aanwijzing dat de inhoud van de functie van werknemer bij X BV anders was dan bij X. Voorts is voldoende aannemelijk dat werknemer bij X BV geen leidinggevende functie had, terwijl hij bij X samen met zijn broer verantwoordelijk was voor de algehele leiding en bedrijfsvoering van de onderneming. Het feit dat werknemer ook bij X BV de contacten onderhield met een aantal belangrijke afnemers, is onvoldoende voor het oordeel dat de arbeidsovereenkomsten in voldoende mate gelijk zijn gebleven. De omstandigheid dat werknemer zich zowel bij X als bij X BV bezighield met logistieke werkzaamheden, namelijk het uitsorteren van bestellingen en inpakken per afnemer, is daartoe evenmin voldoende. Het (gestelde) feit dat het aantal uren per week en het salaris (nagenoeg) gelijk zijn gebleven kan daaraan niet afdoen. Hierop stuit het beroep van werknemer op artikel 7:667 lid 4 BW reeds af.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 17-12-2013

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2013:9721

Zaaknummer: 200.131.289

Rechters: D.J. Buijs, A.E.B. ter Heide en A.A. van Rossum

Advocaten: J.P.J. Wessels en F. Kolkman

Wetsartikelen: 7:610 BW en 7:667 BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/werkgeefster

Ontslag 49-jarige administratief medewerkster na dienstverband van 24 jaar kennelijk onredelijk op grond van gevolgencriterium. Werkgeefster heeft werkneemster ten onrechte niet geholpen bij het vinden van een nieuwe betrekking en het bieden van scholing. Schadevergoeding gelijk aan jaarsalaris.

Werkneemster is in dienst als administratief medewerkster. Na verkregen toestemming is haar arbeidsovereenkomst wegens bedrijfseconomische redenen opgezegd. Werkneemster stelt dat de opzegging kennelijk onredelijk is op grond van het gevolgencriterium. Zij stelt dat werkgeefster zich niet heeft ingespannen voor het vinden van passend werk, noch is haar een outplacementtraject, scholing of financiële compensatie aangeboden. Werkneemster vordert een bedrag van € 12.431,93 aan inkomensschade en € 15.000 aan pensioenschade.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Werkneemster was ten tijde van het ontslag 49 jaar en 24 jaar in dienst. Zij heeft naar volle tevredenheid van werkgeefster gewerkt. Aannemelijk is dat de kansen op een andere baan gelet op de leeftijd van werkneemster, haar eenzijdige werkervaring, geringe opleidingsniveau en de slechte arbeidsmarkt als voorzienbaar ongunstig moeten worden ingeschat. Dat blijkt reeds uit de voorafgaand aan het ontslag gepleegde sollicitaties, die zonder succes zijn gebleven. Werkgeefster is tekortgeschoten op het vlak van ondersteuning bij het vinden van een nieuwe betrekking en het bieden van scholing. Werkgeefster heeft niet geprobeerd werkneemster bij andere vergelijkbare werkgevers te plaatsen en geen outplacementbegeleiding aangeboden. Onvoldoende is slechts het aanbieden van positieve referenties bij sollicitaties. Nadat gebleken was dat ontslag van werkneemster onvermijdelijk was, had werkgeefster mogelijkheden van om- of bijscholing moeten onderzoeken. Dat werkneemster niet om scholing heeft gevraagd doet daaraan niet af. Voorts heeft werkgeefster geen financiële compensatie geboden aan werkneemster om de gevolgen van het ontslag te verzachten. De stelling dat dat gelet op de financiële positie van werkgeefster niet van haar kon worden verwacht, wordt niet gevolgd. De opzegging is kennelijk onredelijk. Het onderhavige ontslag had de toets der kritiek wel kunnen doorstaan indien werkgeefster werkneemster nog één jaar, dat wil zeggen tot 1 juli 2014, met behoud van

het dienstverband in de gelegenheid had gesteld ander werk te vinden buiten haar onderneming. De schade van werkneemster door het nalaten van het aanbieden van deze voorziening kan gelijk worden gesteld aan het gederfde loon gedurende dat jaar inclusief vakantietoeslag gedurende dat jaar, zijnde een bedrag van € 16.215,42 bruto. Dit bedrag wordt als schadevergoeding aan werkneemster toegekend.

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 26-11-2013

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2013:7259

Zaaknummer: 2149628 CV EXPL 13-816o

Rechters: R.T. Terpstra

Advocaten: B. Veenema en G.W. Brouwer

Wetsartikelen: 7:681 BW

RECHTSPRAAK

werkgever/werknemer

Werknemer heeft recht op loon wegens situatieve arbeidsongeschiktheid. Werkgever heeft te weinig gedaan om terugkeer naar werk mogelijk te maken na bedreiging door collega-werknemer.

Werknemer (geboren 1969) is op 14 november 2005 bij werkgever in dienst getreden als timmerman. Op 28 juni 2012 heeft zich een incident voorgedaan tussen werknemer en een collega, eveneens timmerman in dienst van werkgever (collega zou werknemer hebben bedreigd). Werknemer is na dat incident van het werk vertrokken. Werknemer heeft het incident gemeld bij zijn leidinggevende Kuit. Hij heeft het incident daarna meermalen besproken met Kuit. Werknemer heeft zich op 27 juli 2012 per e-mail ziek gemeld. Werkgever heeft hem bij brief van 27 juli 2012 voorgesteld om na de bouwvakantie met elkaar een gesprek te hebben over de gang van zaken en hem laten weten dat het een goed moment zou zijn voor werknemer om zich te oriënteren op een andere werkkring. Kuit heeft bij brief van 23 augustus 2012 namens werkgever aan werknemer laten weten dat het na 26 juli 2012 niet meer is gelukt om contact met hem te krijgen, dat ervan wordt uitgegaan dat hij zijn arbeidsovereenkomst heeft opgezegd en dat de salarisbetalingen worden gestopt. De arbeidsovereenkomst is per 1 februari 2013 geëindigd middels ontbinding. De centrale vraag is of werknemer recht op loon heeft ex artikel 7:628 BW over de tussenliggende periode.

Het hof oordeelt als volgt. Werknemer heeft op 10 oktober 2012, kennelijk nadat werkgever hem had opgeroepen om te komen werken, aan werkgever laten weten dat hij niet zou komen werken onder meer omdat hij zich nog steeds bedreigd voelde en vreesde voor een escalatie van de situatie. Hij heeft daarbij aangegeven dat hij wel een gesprek wenste aan te gaan met werkgever en met de collega die bij het incident betrokken was. Werkgever is op dat voorstel niet ingegaan. Werkgever heeft in dit verband weliswaar aangevoerd dat zij reeds vele gesprekken met werknemer had gevoerd over het incident maar zij heeft niet betwist dat zij nimmer een gesprek met werknemer is aangegaan in het bijzijn van de bewuste collega van werknemer. Het hof is op grond van het voorgaande van oordeel dat werkgever is tekortgeschoten in het faciliteren van werknemer in zijn eventuele terugkeer naar het werk.

Gelet op de aard van het incident ligt het immers voor de hand dat werknemer zich niet veilig voelde bij de terugkeer naar zijn werk. Dat het niet voor de hand lag dat werknemer weer aan het werk zou gaan zonder begeleidende maatregelen van de zijde van de werkgever, of in elk geval een nader advies van de bedrijfsarts, wordt voorts ondersteund door de inhoud van de rapportage van de bedrijfsarts en van de verzekeringsgeneeskundige van het UWV. De bedrijfsarts rapporteert dat sprake is van een ernstige verstoring van de arbeidsrelatie waarbij de werkgever al een voorstel heeft gedaan om de arbeidsovereenkomst te beëindigen en dat het daarom niet waarschijnlijk is dat het conflict bemiddelbaar is. Het moet er gelet op een en ander vooralsnog voor gehouden worden dat, mede vanwege het ontbreken van begeleidende maatregelen van de zijde van werkgever hetgeen in redelijkheid voor haar rekening behoort te komen, de arbeidsomstandigheden voor werknemer zodanig waren dat met het oog op de dreiging van psychische of lichamelijke klachten van hem redelijkerwijs niet kon worden gevergd dat hij zijn werkzaamheden zou verrichten. Werknemer heeft dan ook ingevolge artikel 7:628 BW zijn recht op loon behouden.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 26-11-2013

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2013:4180

Zaaknummer: KG 200.124.124/01

Rechters: E. Verhulp, D.J. van der Kwaak en D. Kingma

Advocaten: M.A.M. Timmermans en P.R. Rojer

Wetsartikelen: 7:628 BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/Stichting GGZ Noord-Holland Noord

Ontslag op staande voet ziekenverzorgster wegens diefstal (met camerabeelden vastgelegd), is gelet op de persoonlijke omstandigheden en de vergaande gevolgen voor werkneemster een te zware sanctie. Toewijzing gefixeerde schadevergoeding en schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag.

Werkneemster is sinds 2002 in dienst van GGZ in de functie van ziekenverzorgster. Zij is op staande voet ontslagen wegens diefstal van € 81,60 uit verschillende geldkisten. De diefstal is met camerabeelden vastgelegd. Thans betwist werkneemster de dringende reden en vordert zij gefixeerde schadevergoeding. Ook stelt zij dat het ontslag kennelijk onredelijk is, omdat GGZ ter zake de opgehangen camera niet heeft voldaan aan de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit en het kenbaarheidsvereiste van artikel 139f van het Wetboek van Strafrecht (Sr). Voorts beroept zij zich op het gevolgcriterium.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Het cameratoezicht was geoorloofd. Er was sprake van een concrete verdenking. GGZ heeft gehandeld volgens haar Protocol Cameratoezicht, de camera stond gericht op de geldkist en andere maatregelen, zoals het dagelijks tellen van het geld, hebben niet tot een oplossing geleid. Ook weegt mee dat het vermoeden van diefstal door één of meer werknemers alleen gestaafd kon worden met beeldmateriaal van verborgen camera's en dat gedurende een relatief korte periode opnames zijn gemaakt. Werkneemster heeft zich niet op de nietigheid van het ontslag beroepen. Voor de beoordeling van de gevorderde gefixeerde schadevergoeding is van belang of sprake is van een dringende reden. Diefstal van geld vormt op zich in objectieve zin een reden tot ontslag die in het algemeen als dringend zal worden aanvaard, zoals ook in casu het geval is. Toch is er in dit geval, gelet op de omstandigheden, geen dringende reden voor ontslag op staande voet. Met betrekking tot de persoonlijke omstandigheden wordt overwogen dat werkneemster een dienstverband heeft van ruim tien jaar en altijd goed heeft gefunctioneerd. Werkneemster heeft ter zitting toegelicht dat zij als gevolg van mishandeling en bedreiging door haar ex veel psychische schade heeft geleden, genoodzaakt was met haar kinderen te verhuizen naar het Oranjehuis, zij er vervolgens financieel alleen voor stond en moest rondkomen van leefgeld. Vast staat dat

werkneemster onder grote spanning stond en niet zonder meer kan worden aangenomen dat zij de consequenties van haar handelen kon overzien. Aannemelijk is geworden dat de oorzaak voor het handelen van werkneemster in overwegende mate is gelegen in buiten haar invloedssfeer liggende omstandigheden, hetgeen afdoet aan de mate waarin dit alles haar persoonlijk valt aan te rekenen. Gelet op alle omstandigheden had het op de weg van GGZ gelegen over te gaan op een minder ingrijpend middel, zoals een beëindiging van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden. Naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid, alsmede goedwerkgeverschap levert de gedraging van werkneemster geen dringende reden voor een ontslag op staande voet op. De gefixeerde schadevergoeding ter hoogte van twee maandsalarissen wordt toegewezen.

Voorts wordt geoordeeld dat de opzegging ook kennelijk onredelijk is op grond van het gevolgcriterium. Als gevolg van het ontslag op staande voet en aangifte van de diefstal bij de politie bestaat enerzijds redelijkerwijs de verwachting dat werkneemster niet in staat zal zijn spoedig werk te vinden waarmee zij een inkomen zou kunnen verdienen dat niet wezenlijk afwijkt van het inkomen dat zij genoot in dienst van GGZ. Anderzijds is werkneemster aangewezen op een bijstandsuitkering in plaats van een WW-uitkering. De kantonrechter is van oordeel dat de positie waarin zij thans verkeert voor haar wel zeer nadelig is. Er wordt een schadevergoeding toegewezen die overeenkomt met het verschil tussen de bijstandsuitkering en de WW-uitkering over 22 maanden (€ 10.000).

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 09-10-2013

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2013:9233

Zaaknummer: 438487 \ CV EXPL 13-1870

Rechters: P.G. Vroom

Advocaten: J.H.M. de Boer en P.J.W.J. van der Linden

Wetsartikelen: 7:611 BW, 7:677 BW, 7:678 BW en 7:681 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Y

IJzerwerker treedt in dienst van nieuwe werkgever. Geen overgang van onderneming. Ten aanzien van oordeel dat geen sprake is van opvolgend werkgeverschap wordt meegewogen dat het UWV kennelijk geen aanleiding heeft gezien de nieuwe werkgever op een re-integratieverplichting jegens werknemer aan te spreken of een loonsanctie op te leggen.

Werknemer is in 2011 voor onbepaalde tijd in dienst getreden van X als ijzerwerker. Op 12 maart 2012 is Y opgericht door een tweetal voormalig werknemers van X. Op 1 juli 2012 is werknemer in dienst getreden van Y. De arbeidsovereenkomst is gesloten voor de duur van een halfjaar. Op 24 juli 2012 is werknemer arbeidsongeschikt geworden tijdens het verrichten van zaagwerkzaamheden. Hij heeft daarbij een vinger verloren en het resterende deel van zijn hand is beschadigd geraakt. In verband met de ernst van het letsel was het niet mogelijk om te re-integreren bij Y. Daarom is ingezet op het tweede spoor. Op 21 augustus 2012 is X failliet gegaan. Y heeft werknemer te kennen gegeven de arbeidsovereenkomst niet te verlengen. Tussen werknemer en Y is in geschil of sprake is van een overgang van onderneming en van opvolgend werkgeverschap (op grond waarvan werknemer voor onbepaalde tijd in dienst is van Y).

De kantonrechter oordeelt als volgt. Er wordt niet voldaan aan de vereisten voor een overgang van onderneming. Er is geen sprake geweest van enige overdracht, bijvoorbeeld overdracht van bedrijfsgebouwen, inventaris, bedrijfsmiddelen, klantenkring, vergunningen, kennis, goodwill enzovoort. De omstandigheid dat werknemer na indiensttreding bij Y dezelfde werkzaamheden als ijzervlechter is blijven verrichten voor dezelfde klant(en) als hij voorheen bij X uitvoerde is ingevolge de heersende jurisprudentie (HR 11 mei 2012 (Van Tuinen/Connexxion), AR 2012-0470) onvoldoende om opvolgend werkgeverschap in de zin van artikel 7:668a lid 2 BW aan te nemen. Zulks klemmt temeer nu gesteld noch gebleken is dat er enige zakelijke en/of juridische band bestond tussen X en Y. Verwezen wordt naar hetgeen in het kader van de gestelde overgang van onderneming is overwogen. Daarnaast weegt mee

dat ook het UWV kennelijk geen aanleiding heeft gezien Y op een re-integratieverplichting jegens werknemer aan te spreken dan wel aan haar een loonsanctie op te leggen. Ook los hiervan kan werknemer zich niet met succes op opvolgend werkgeverschap beroepen, aangezien het ervoor moet worden gehouden dat hij de dienstbetrekking met X rechtsgeldig heeft opgezegd, althans dat die dienstbetrekking op zijn initiatief met wederzijds goedvinden is geëindigd, zodat hij geen ontslagbescherming meer behoeft. Volgt afwijzing van de vorderingen.

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 12-09-2013

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2013:8269

Zaaknummer: 583696 CV EXPL 13-4443

Rechters: A. Fokkema

Advocaten: P.J.A. van Kleef en J. Doornbos

Wetsartikelen: 7:662 BW en 7:668a lid 2 BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/werkgeefster

Aanvaarding van voorstel tot functiewijziging met geleidelijke afbouw salaris binnen drie jaar kan niet van werkneemster worden gevergd. Wel wordt bepaald dat loon in een periode van vijf jaar in gelijke jaarlijkse delen van 20% gefaseerd mag worden afgebouwd.

Werkneemster is sinds 1991 in dienst van werkgeefster, die actief is in de thuiszorg. Aanvankelijk bekleedde werkneemster de functie van teamleider met als functiegroep FWG 45. Sinds 1 januari 2002 is zij herplaatst in de functie van planner, waarbij functiegroep FWG 40 behoort. Aan werkneemster is een salarisgarantie gegeven in die zin, dat zij een aanvulling ontvangt die tezamen met het salaris van planner (FWG 40) neerkomt op een salaris op het niveau FWG 45. Met ingang van 1 oktober 2012 is de functie van planner komen te vervallen. In plaats daarvan is de functie van Administratief Ondersteuner Roosteren in het leven geroepen. De daarbij behorende functiegroep is FWG 35. Deze functie is werkneemster aangeboden. Ook is voorgesteld een afbouw van haar salaris te laten plaatsvinden, inhoudende het eerste jaar 100%, het tweede jaar 50% en het derde jaar 25%. Voor de intramurale werkzaamheden is voorgesteld een afbouw te laten plaatsvinden van FWG 45 (inclusief garantieregeling) naar FWG 35 en voor de extramurale werkzaamheden van FWG 45 (inclusief garantieregeling) naar FWG 40. Werkneemster heeft het aanbod niet aanvaard. Kern van het geschil is de vraag of werkneemster in de functie Administratief Ondersteuner Roosteren mag worden geplaatst en of het salaris conform de afbouwregeling mag worden verlaagd. Partijen verzoeken de kantonrechter ex artikel 96 Rv hierover een beslissing te geven.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Gelet op de criteria uit het arrest Stoof/Mammoet kon werkgeefster onder de gegeven omstandigheden als goed werkgeefster onderhavig voorstel doen. Dat voorstel was immers een uitvloeisel van een door werkgeefster en ondernemingsraad noodzakelijk geachte reorganisatie. Dat voorstel kan op zichzelf beschouwd ook als redelijk worden aangemerkt, aangezien een grote organisatie als die van werkgeefster jegens haar werknemers een eenduidig personeelsbeleid in lijn met de CAO VVT heeft te voeren en de nieuwe functie op verantwoorde wijze is ondergebracht in FWG 35. Van

werkneemster kan niet worden gevegd dat zij het voorstel integraal aanvaardt. In aanmerking wordt genomen dat werkneemster gedurende meer dan twintig jaar op loyale wijze invulling heeft gegeven aan haar dienstbetrekking en zij reeds eerder (in 2002) heeft ingestemd met een functiewijziging van teamleider naar planner. Werkneemster is kostwinner en onverkorte doorvoering van het voorstel zou leiden tot een inkomensverlies van minstens € 300 euro per maand, hetgeen gerelateerd aan de hoogte van haar loon substantieel is. Daarnaast heeft een dergelijke loonsverlaging consequenties voor haar pensioenopbouw en de hoogte van het dagloon in het kader van de werknemersverzekeringen en is werkneemster thans 59 jaar oud, waardoor zij redelijkerwijs geen uitzicht meer heeft om (desnoods elders) nog een carrièrestap te maken om haar inkomensverlies (enigszins) goed te maken. Toch kan wel van werkneemster worden gevegd dat zij genoeg neemt met minder loon. Geoordeeld wordt dat het loon in een periode van vijf jaar in gelijke jaarlijkse delen van 20% gefaseerd mag worden afgebouwd van FWG 45 (inclusief garantieregeling) naar FWG 40 voor zowel de intramurale en de extramurale werkzaamheden.

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 04-09-2013

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2013:8270

Zaaknummer: 589943 CV EXPL 13-157

Rechters: A. Fokkema

Advocaten: A.M. Boogaart en H.J. Funke

Wetsartikelen: 7:611 BW en 96 Rv

RECHTSPRAAK

werknemer/Schadeverzekering Metaal en Technische Bedrijfstakingen

Werknemer dient ook bij hernieuwde uitval door dezelfde ziekteoorzaak aangesloten te zijn bij een werkgever in de metaalnijverheid wil hij aanspraak blijven maken op het Aanvullend Invaliditeitspensioen Metaalnijverheid. Artikel 43a WAO leidt niet tot een ander oordeel.

Werknemer was in 1996 werkzaam als heftruckchauffeur bij A B.V. (hierna: de werkgever). Na twee ongevallen op 24 en 25 mei 1996 heeft hij zich ziek gemeld. Met ingang van 21 maart 1998 ontving werknemer een WAO-uitkering op basis van 100% arbeidsongeschiktheid. Vanaf deze datum ontving hij van Schade N.V. een aanvullende arbeidsongeschiktheidsuitkering (hierna: de aanvullende uitkering). De aanvullende uitkering werd aan werknemer verstrekt op basis van een collectieve verzekering die de werkgever bij Schade N.V. had afgesloten overeenkomstig een algemeen verbindend verklaarde cao Aanvullend Invaliditeitspensioen Metaalnijverheid (hierna: cao AVIM). Op de verzekering is een uitkeringsreglement (hierna: het uitkeringsreglement) van toepassing. De werkgever heeft werknemer per 23 april 1998 ontslagen. Schade N.V. heeft de aanvullende uitkering van werknemer beëindigd per 12 juni 2003 omdat vanaf die datum de WAO-uitkering door het UWV werd ingetrokken (werknemer was minder dan 15% arbeidsongeschikt en genoot inkomsten via de Wet REA). In november 2006 valt werknemer opnieuw uit. Bij besluit van 2008 wordt werknemer per december 2006 een WAO-uitkering toegekend. Werknemer stelt zich op het standpunt dat hij recht heeft op aanvulling van Schade NV. De centrale vraag is of werknemer aanspraak heeft op deze aanvulling. Het hof overwoog als volgt. Artikel 3 lid 1 van het uitkeringsreglement beoogt te waarborgen dat de (gewezen) werknemer op de dag van de eerste ziekmelding bij Schade N.V. was verzekerd. De dag van de eerste ziekmelding is in het reglement niet gedefinieerd. Ingevolge artikel 8 lid 1 onder a van het uitkeringsreglement had werknemer zijn recht op de aanvullende uitkering verloren door het besluit van 23 april 2003 van het UWV. Werknemer mocht in redelijkheid niet verwachten dat een latere ziekmelding tot gevolg zou hebben dat de aanvullende uitkering alsnog over een eerdere periode moest worden uitgekeerd. Voor een

hervatting daarvan per datum ziekmelding (6 november 2006) of vier weken nadien (4 december 2006) eist artikel 3 lid 1 van het uitkeringsreglement dat werknemer nog bij Schade N.V. was verzekerd, hetgeen niet het geval was. Werknemer stelt evenwel dat de hernieuwde toekenning van een arbeidsongeschiktheidsuitkering met toepassing van artikel 43a lid 1 WAO is geschied op grond van dezelfde oorzaak als de eerste ziekmelding. Dan herleeft gezien de artikelen 3 en 8 van het uitkeringsreglement tevens de aanvullende uitkering van Schade N.V., aldus werknemer.

De Hoge Raad oordeelt als volgt. Nu het uitkeringsreglement onderdeel is van een algemeen verbindend verklaarde cao, vormt het recht in de zin van artikel 79 Wet RO, zodat de Hoge Raad de uitleg van het hof dienaangaande op juistheid heeft te onderzoeken. In dit verband is bij de uitleg van de in het geding zijnde bepalingen (art. 3 en 8) mede van belang welke betekenis naar objectieve maatstaven volgt uit de bewoordingen waarin de bepalingen zijn gesteld, gelezen in het licht van de gehele tekst van de cao en de eventuele toelichting daarbij (vgl. HR 17 september 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1059, NJ 1994/173; HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1427, NJ 2005/493). In cassatie is niet bestreden dat, zoals het hof heeft vastgesteld, de bepalingen van de aanvullende verzekering niet met zoveel woorden voorzien in de situatie waarin een WAO-uitkering op grond van artikel 43a lid 1 WAO wordt toegekend. Artikel 43a lid 1 WAO houdt onder meer in dat indien degene wiens arbeidsongeschiktheidsuitkering wegens afneming van arbeidsongeschiktheid op grond van artikel 43 lid 1 WAO is ingetrokken, binnen vijf jaar na de datum van die intrekking opnieuw arbeidsongeschikt wordt en deze arbeidsongeschiktheid voortkomt uit dezelfde oorzaak als de arbeidsongeschiktheid ter zake waarvan de uitkering werd ingetrokken, toekenning van een arbeidsongeschiktheidsuitkering steeds plaatsvindt zodra die arbeidsongeschiktheid vier weken onafgebroken heeft geduurd. Het oordeel van het hof komt erop neer dat volgens de artikelen 3 en 8 (in onderling verband en in verband met art. 4) van het uitkeringsreglement voor de hoedanigheid van uitkeringsgerechtigde in de zin van de aanvullende verzekering was vereist dat werknemer op het moment van de toekenning van de WAO-uitkering op grond van artikel 43a lid 1 WAO, verzekerd was bij Schade N.V. via een werkgever in de metaal en techniek, en dat dit volgens die bepalingen toen niet het geval was. De uitleg die het hof hiermee heeft gegeven aan de artikelen 3 en 8 van het uitkeringsreglement, is juist. Aan de aanvullende verzekering via de voormalige werkgever van werknemer is volgens artikel 8 van het uitkeringsreglement een einde gekomen bij de beëindiging van de WAO-uitkering in 2003. Toen aan werknemer op grond van artikel 43a lid 1 WAO opnieuw een WAO-uitkering werd toegekend, was hij, anders dan artikel 3 van het uitkeringsreglement eist, niet via enige werkgever in de metaal en techniek bij Schade N.V. aanvullend verzekerd. Deze eis geldt ook indien wordt meegewogen dat die hernieuwde toekenning geschiedde wegens een toename van de mate van arbeidsongeschiktheid uit dezelfde oorzaak als die van de toekenning van

een WAO-uitkering tot 12 juni 2003. Artikel 4 lid 4 tweede volzin van het uitkeringsreglement verlangt immers dat werknemer op de ingangsdatum van de toekenning bij Schade N.V. was verzekerd.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 31-01-2014

ECLI: ECLI:NL:HR:2014:218

Zaaknummer: 13/01165

Rechters: A.H.T. Heisterkamp, C.E. Drion, E.J. Numann, G. Snijders en G. de Groot

Advocaten: R.A.A. Duk en S.F. Sagel

Wetsartikelen: CAO Aanvullend Invaliditeitspensioen Metaalnijverheid en 43a WAO

RECHTSPRAAK

Waterleiding Maatschappij Limburg N.V./werknemer

Manager Registergoederen is op grond van artikel 7:661 BW aansprakelijk voor schade als gevolg van verkoop van 21 percelen voor veel te lage prijs.

(Vervolg AR 2012-0434.) Werknemer is in 1992 in dienst getreden van Waterleiding Maatschappij Limburg (hierna: WML). Sinds 2008 is hij werkzaam als Manager Registergoederen. Zijn taak bestond er mede in dat hij in het kader van het ‘project Optimalisatie grondbezit’ na zou gaan welke percelen die eigendom waren van WML, niet meer nodig waren in de bedrijfsvoering van WML en – waar zij (nagenoeg) geen toegevoegde waarde hadden in die bedrijfsvoering – konden worden verkocht. Werknemer mocht in dat geval de verkoop in gang zetten. WML stelt dat werknemer 21 percelen voor een veel te lage prijs heeft verkocht aan Mutualis, met wie werknemer banden onderhield. WML stelt werknemer ex artikel 7:661 BW aansprakelijk. Bij tussenvonnis heeft de rechtbank een deskundigenbericht gelast, omdat partijen van mening verschillen over de waarde van de 21 percelen.

De rechtbank oordeelt als volgt. Gelet op de rapporten van de deskundigen wordt vastgesteld dat sprake is van schade als bedoeld in artikel 7:661 BW. Deze schade bestaat uit het verschil tussen de vastgestelde marktwaarde en de verkoopprijs. Voorts is de schade zo niet opzettelijk, dan toch in ieder geval bewust roekeloos veroorzaakt. Dat werknemer grote delen van de administratie betreffende de percelen van WML in fysieke vorm thuis aanwezig had, terwijl hij daartoe ook toegang zou hebben kunnen krijgen via het netwerk waarop hij via zijn werkplek thuis kon inloggen, rechtvaardigt de conclusie dat werknemer met betrekking tot die percelen buiten het zicht van WML wilde houden. Hetzelfde geldt voor het feit dat werknemer geen toestemming heeft gevraagd aan de sectormanager voor de omstreden verkoop. Het moge zo zijn dat het bij WML praktisch gebruikelijk was dat werknemer percelen verkocht zonder toestemming van zijn sectormanager, maar in het licht van de omstandigheden in dit geval ligt het meer voor de hand dat werknemer bij dit omvangrijke en voor de toekomst van WML belangrijke ‘project’ die toestemming niet heeft gevraagd omdat hij zaken wilde verbergen. Gebleken is ook van een innige samenwerking tussen werknemer en de

aandeelhouder en bestuurder van Mutualis, zonder dat daarvan enig relevant voordeel voor WML te verwachten viel. Werknemer is op grond van artikel 7:661 BW aansprakelijk voor de schade. De hoogte van de schade kan, vanwege een door het gerechtshof gewezen arrest tussen Mutualis en WML, in deze procedure niet worden vastgesteld. Onduidelijk is namelijk welke consequenties het arrest van het gerechtshof voor de in de onderhavige procedure voor vergoeding voorgedragen schade heeft. De schade zal nader in een schadestaatprocedure moeten worden vastgesteld.

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 29-01-2014

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2014:742

Zaaknummer: C/03/163575 / HA ZA 11-645

Rechters: J.F.W. Huinen, H.W.M.A. Staal en A.J. Henzen

Advocaten: S.G.J. Habets en P.J.M. Brouwers

Wetsartikelen: 7:661 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Flow Traders BV

Uitleg vaststellingsovereenkomst conform Haviltex-norm leidt tot oordeel dat werkgever gerechtigd is loonbelasting van € 32.760 in te houden op het deel van de overeengekomen ontslagvergoeding dat ziet op restantbonus over 2010.

Werknemer is in dienst van Flow Traders. Partijen zijn in 2011 een beëindigingsovereenkomst overeengekomen. Overeengekomen is dat werknemer een vergoeding ontvangt van in totaal € 90.000, bestaande uit drie componenten: € 9.000 bruto aan ontslagvergoeding, een vergoeding van € 18.000 wegens gebondenheid aan het concurrentiebeding en € 63.000 bruto aan restantbonus over 2010. Op enig moment heeft Flow Traders de restantbonus over 2010 van € 63.000 bruto aan werknemer betaald door op dat bedrag € 32.760 aan loonbelasting in te houden en af te dragen aan de Belastingdienst en het restantbedrag van € 30.240 over te maken op de privébankrekening van werknemer. Werknemer stelt dat Flow Traders op grond van de beëindigingsovereenkomst gehouden is een vergoeding van € 90.000 bruto uit te betalen op de 'GoudenHanddrukSparen rekening' van werknemer en dat op dat bedrag geen loonbelasting in mindering mag worden gebracht.

De kantonrechter oordeelt als volgt. De tussen partijen gesloten beëindigingsovereenkomst is een vaststellingsovereenkomst ex artikel 7:900 e.v. BW. Deze overeenkomst dient conform de Haviltex-norm te worden uitgelegd. Werknemer verlangde een betaling van alle drie bedragen (ontslagvergoeding, vergoeding in verband met concurrentiebeding en restantbonus over 2010) in 2011 om een korting op zijn uitkering te voorkomen en wenste een voor hem zo gunstig mogelijke fiscale regeling. Werknemer heeft voor de fiscale gevolgen zelf advies ingewonnen bij de Rabobank en daarvan aan Flow Traders verslag gedaan. Flow Traders – waarvan onbetwist is gelaten dat zij geen bijstand van een fiscalist had – heeft op de door werknemer gegeven informatie vertrouwd en daaraan uitvoering gegeven. Vervolgens is in de tekst van de beëindigingsovereenkomst opgenomen dat werknemer een ontslagvergoeding van € 90.000 bruto ontvangt en dat hij geen recht (meer) heeft op een bonus. Voorts blijft ook in de definitieve tekst van de beëindigingsovereenkomst staan dat de betaling van € 90.000 aan de (fiscale) regelgeving dient te voldoen. In deze context bezien mochten werknemer en

Flow Traders redelijkerwijs van elkaar verwachten dat Flow Traders bereid was de drie afzonderlijke componenten aan vergoedingen als een totaalbedrag van € 90.000 aan ontslagvergoeding aan te merken voor zover zulks volgens de fiscale regelgeving was toegestaan. Na het sluiten van de beëindigingsovereenkomst is het Flow Traders gebleken dat het fiscaal niet is toegestaan de restantbonus over 2010 als ontslagvergoeding te oormerken, zodat Flow Traders op grond van de wet gehouden is op dat brutobedrag de loonbelasting in te houden. Flow Traders heeft het bedrag aan loonbelasting ingehouden en afgedragen en het nettobedrag aan werknemer overgemaakt. Hiermee heeft Flow Traders uitvoering gegeven aan de beëindigingsovereenkomst zoals die in de rechtsverhouding tussen partijen dient te worden uitgelegd. Volgt afwijzing van de vordering.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 23-01-2014

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2014:292

Zaaknummer: CV 12-29085

Rechters: D.H. de Witte

Advocaten: M.C. Frissart-Kallenbach en C.E. Stratenus

Wetsartikelen: 7:900 BW

RECHTSPRAAK

Staat der Nederlanden/X

Voormalig IT-medewerker Tweede Kamer die medewerkers van de ambtelijke organisatie veelvuldig benadert, krijgt contactverbod opgelegd.

X heeft enige tijd IT-werkzaamheden verricht bij de ambtelijke organisatie van de Tweede Kamer der Staten-Generaal (hierna: de Tweede Kamer). Daarna is tussen X en de Tweede Kamer een conflict ontstaan over de beëindiging van de inzet van X en over door hem gestelde vorderingen, die door de Tweede Kamer niet zijn erkend. X heeft veelvuldig contact gezocht met medewerkers van de Tweede Kamer. Zo heeft hij op 14 oktober 2013 een e-mailbericht verzonden aan twee medewerkers, heeft hij in totaal 21 sms-berichten gestuurd aan twee andere medewerkers en heeft hij een LinkedIn-verzoek gericht tot weer een andere medewerker. X is uitdrukkelijk verzocht hiermee te stoppen. De Staat vordert X te veroordelen om zich te onthouden van het (doen) benaderen van alle medewerkers van de ambtelijke organisatie van de Tweede Kamer, waar en op welke wijze dan ook.

De voorzieningenrechter oordeelt dat uit de stellingen van partijen en de in het geding gebrachte producties voldoende blijkt dat X verschillende medewerkers van de Tweede Kamer zeer frequent heeft benaderd, en dat hij de herhaaldelijk gedane mededeling dat hij zich niet rechtstreeks tot de medewerkers van de Tweede Kamer dient te richten, maar tot de directeur Bedrijfsvoering en/of tot de raadsman van de Staat, opzettelijk in de wind heeft geslagen. Het is begrijpelijk dat de medewerkers van de Tweede Kamer het grote aantal door X verzonden berichten, in combinatie met de gebleken inhoud daarvan, als hinderlijk, intimiderend, bedreigend en beangstigend hebben ervaren, zeker zover X daarbij ook gebruik heeft gemaakt van persoonlijke e-mailadressen en telefoonnummers. Daarmee staat naar het voorlopige oordeel van de voorzieningenrechter genoegzaam vast dat X inbreuk heeft gemaakt op de persoonlijke levenssfeer van de betreffende medewerkers. Daarom moet het ervoor worden gehouden dat X onrechtmatig heeft gehandeld jegens deze medewerkers en jegens de Tweede Kamer. Het gevorderde contactverbod wordt toegewezen. De dwangsom wordt vastgesteld op € 500 per overtreding, met een maximum van € 50.000.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland
Datum uitspraak: 22-01-2014
ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2014:251
Zaaknummer: C/16/358082 / KG ZA 13-940
Rechters: J.M. Eelkema
Advocaten: S.M. Kingma
Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Stichting Raad van Overleg in de Metalektro en Stichting Pensioenfonds van de Metalektro/Adimec Advanced Image Systems B.V.

Uitleg werkingssfeerbepaling cao voor de metalektro. RenD-traject bij ontwikkeling van hoogwaardige camera telt niet mee bij berekening hoofdzakelijkheids criterium. Assemblagetraject telt wel mee. Geen strijd met het Vector-arrest.

(Cassatieberoep van AR 2012-0663.) In deze zaak staat de vraag centraal of Adimec valt onder de werkingssfeer van de algemeen verbindend verklaarde CAO voor de Metalektro en de Verplichtstelling tot deelneming in het bedrijfstakpensioenfonds voor de Metalektro. Adimec is een onderneming die zich richt op het ontwikkelen, vervaardigen dan wel assembleren, alsmede het verkopen van (hightech) camera's voor industriële en medische toepassingen en voor de overheid. Bij haar zijn 78 werknemers werkzaam in 70,64 fte (1 fte = 40 werkuren per week). De algemeen verbindend verklaarde Regeling Werkingssfeer luidt: 'Tot de "Metalektro" behoren (...) ondernemingen waarin, rekening houdende met het in de bedrijfstak geldende normale aantal arbeidsuren, in de regel gedurende ten minste 1.200 uren per week door bij die onderneming in dienst zijnde werknemers als bedoeld in artikel 1 lid 1 van deze overeenkomst, doch met inachtneming van het gestelde onder 5 t/m 14 en 18, werkzaamheden worden verricht en waarin: a. uitsluitend of in hoofdzaak het bedrijf van be- en/of verwerken van metalen wordt uitgeoefend, waaronder onder meer wordt verstaan: 1e het aanleggen, assembleren, construeren, demonteren, (...) samenstellen, (...) vervaardigen (...) van metaal (...) of metalen apparaten, (...) alles in de ruimste zin des woords, zoals (...) instrumenten (waaronder optische apparaten), (...).' Adimec heeft zich op het standpunt gesteld dat haar zwaartepunt op knowhow en R&D rust en niet op de bewerking van metaal. Zodoende dient die taak (R&D) buiten beschouwing gelaten te worden met als gevolg dat zij niet voldoet aan de werkingssfeerbepaling. De kantonrechter en het hof hebben Adimec in het gelijk gesteld.

De Hoge Raad oordeelt als volgt. Het middel klaagt dat het hof heeft miskend dat Adimec haar omzet haalt met het afleveren van door haar geassembleerde metalen apparaten en zij daarom

is aan te merken als een bedrijf dat uitsluitend of in hoofdzaak dergelijke producten assembleert. Daaraan doet volgens het middel niet af dat voor het assembleren de inzet is vereist van haar R&D-afdeling en dat Adimec (aldus) zelf de door haar geassembleerde hightechcamera's ontwerpt en ontwikkelt en dat het zwaartepunt van de bij Adimec gewerkte arbeidsuren op productontwikkeling en onderzoek ligt. Die activiteiten zijn aan te merken als dienstbaar – en niet als nevengeschikt – aan het afzetten van de geassembleerde camera's en moeten (daarom) worden toegerekend aan de assemblage van de camera's, aldus het middel. Het middel doet daartoe een beroep op het Vector-arrest van de Hoge Raad (HR 24 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU9889, NJ 2012/142), dat op de uitleg van dezelfde cao-bepaling betrekking heeft. Het middel faalt. Volgens lid 2 aanhef en onder a van de Regeling Werkingssfeer – welke regeling recht is in de zin van artikel 79 Wet RO, nu zij als onderdeel van de cao algemeen verbindend is verklaard – is beslissend of de bedrijfsuitoefening van de onderneming uitsluitend of in hoofdzaak het 'be- en/of verwerken van metalen' betreft als bedoeld en nader omschreven in die bepaling. De bedrijfsactiviteit van Adimec bestaat in hoofdzaak in het in nauw overleg met de afnemer ontwerpen en ontwikkelen van geavanceerde en gespecialiseerde hightechcamera's. De uiteindelijke assemblage van die camera's – de enige fase van de productie en dienstverlening van Adimec die kan worden aangemerkt als het 'be- en/of verwerken van metalen' in genoemde zin, en welke assemblage uitsluitend plaatsvindt als een uitvloeisel van het ontwerpen en het ontwikkelen van een camera – vormt slechts een ondergeschikt onderdeel van haar activiteiten. De door het hof aan deze feiten verbonden slotsom dat de onderneming van Adimec (dus) niet valt onder de werkingssfeerbepaling van lid 2 aanhef en onder a Regeling Werkingssfeer, is juist. Aan de juistheid van het oordeel van het hof doet niet af dat ontwerp en ontwikkeling in een onderneming vaak ondergeschikt zullen zijn aan of uitsluitend ten dienste zullen staan van de (eigenlijke) bedrijfsactiviteiten. De vaststelling van het hof houdt immers in dat in dit geval ontwerp en ontwikkeling juist kern en zwaartepunt van (en dus) de (eigenlijke) bedrijfsactiviteiten vormen. Die vaststelling is gelet op de door het hof in r.o. 7 vermelde feiten alleszins begrijpelijk. Evenmin doet aan de juistheid van het oordeel van het hof af dat Adimec uitsluitend betaling verlangt voor haar werkzaamheden als het tot levering van een camera komt. Dat brengt immers geen verandering in de aard en het karakter van haar bedrijfsactiviteiten. Gelet op een en ander komt het oordeel van het hof ook niet in strijd met het Vector-arrest. Daarin ging het immers uitsluitend om de toerekening van arbeidsuren van activiteiten die ondergeschikt zijn aan de eigenlijke bedrijfsactiviteiten van de onderneming.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 01-11-2013

ECLI: ECLI:NL:PHR:2013:1145

Zaaknummer: 13/00254

Rechters: F.B. Bakels, C.A. Streefkerk, A.H.T. Heisterkamp, C.E. Drion en G. Snijders

Advocaten: R.A.A. Duk en E.H. van Staden Ten Brink

Wetsartikelen: CAO voor de Metalektro, Verplichtstelling tot deelneming in het bedrijfstakpensioenfonds voor de Metalektro en 79 Wet RO

RECHTSPRAAK

werkgever/werknemer

Afwijzing verzoek tot ontbinding arbeidsovereenkomst werknemer die in dienst is van een gelddistributeur en schulden bij Belastingdienst en DUO niet conform de toepasselijke beleidsnota bij zijn manager heeft gemeld. Werknemer heeft geen kritische functie en heeft zich aangemeld voor schuldhulpverlening.

Werknemer is op 1 juli 2013 in dienst getreden als Device Management Agent. De afdeling waar werknemer werkzaam is, is verantwoordelijk voor het onderhoud en de reparatie van fysieke systemen en apparaten die nodig zijn voor de gelddistributie, zoals geldautomaten. Op de arbeidsovereenkomst is een Gedragscode en de Beleidsnota Financiële Integriteit van toepassing. In de beleidsnota is vermeld dat een werknemer zijn manager moet informeren indien hij in financiële problemen raakt. Thans verzoekt werkgever ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens een vertrouwensbreuk. Aangevoerd wordt dat werknemer drie keer de meldingsplicht bij schulden niet in acht heeft genomen. Zo is er loonbeslag gelegd voor een bedrag van bijna € 29.000 en heeft werknemer een vordering van DUO niet gemeld. Voorts heeft werknemer geweigerd gebruik te maken van een budgetcoach.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Vast staat dat werknemer ten onrechte zijn schuld bij de Belastingdienst en DUO niet heeft gemeld. Van een duidelijke weigering zich tot de budgetcoach te wenden is geen sprake, maar het had wel op de weg van werknemer gelegen zelf contact op te nemen met de budgetcoach over contactgegevens. In de beleidsnota staat niet dat het niet voldoen aan de meldingsplicht leidt tot ontslag. De functie van werknemer is geen kritische functie; hij heeft geen invloed op het transport van en naar geldautomaten. Voor het niet melden van de schuld bij de Belastingdienst en DUO is werknemer officieel gewaarschuwd. Na deze sanctie is duidelijk geworden dat werknemer het klemmende advies om zich tot een budgetcoach te wenden niet heeft opgevolgd. Dit verwijt is onvoldoende van gewicht om de ontbinding te kunnen dragen. Meegewogen wordt dat uit de informatie van werkgever niet duidelijk blijkt wat de budgetcoach kan betekenen, hieraan kosten zijn verbonden en werknemer zich voor schuldhulpverlening bij de gemeente heeft aangemeld (waarmee wordt voldaan aan doel en strekking van het klemmende advies een budgetcoach in

te schakelen). Volgt afwijzing van het ontbindingsverzoek.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 23-01-2014

Zaaknummer: 2564944 UE VERZ 13-839

RECHTSPRAAK

werkgeefster/werknemer

Het benaderen van twee klanten van voormalig werkgeefster kan niet worden aangemerkt als het stelselmatig benaderen van klanten. Geen onrechtmatige concurrentie.

Werknemer is op 20 januari 2013 in dienst getreden als operationeel medewerker. De arbeidsovereenkomst is met ingang van 20 juli 2013 met wederzijds goedvinden geëindigd. Op 12 augustus 2013 heeft werknemer X Shipping en Trading (hierna: X) opgericht. Thans vordert werkgeefster onder meer werknemer te gebieden zich te onthouden van iedere vorm van werving en contact met klanten van werkgeefster. Werkgeefster voert aan dat werknemer in strijd met artikel 7:611 BW handelt en zich schuldig maakt aan onrechtmatige concurrentie.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Vooropgesteld wordt dat het een ex-werknemer die niet gebonden is aan een concurrentie- of een relatiebeding, zoals hier het geval is, vrijstaat om met de voormalige werkgever in concurrentie te treden. In dat kader heeft de voormalige werkgever ook te dulden dat zijn ex-werknemer relaties van hem benadert. Van ongeoorloofde concurrentie is volgens vaste rechtspraak eerst dan sprake wanneer de ex-werknemer met behulp van vertrouwelijke informatie van zijn voormalige werkgever duurzame relaties van die werkgever benadert op een wijze die stelselmatig en substantieel afbreuk doet aan het bedrijfsdebet van de voormalige werkgever. Op grond van twee overgelegde e-mails is voldoende aannemelijk geworden dat werknemer heeft gepoogd twee bedrijven binnen te halen als klant. Dit kan niet worden aangemerkt als het stelselmatig benaderen van klanten zoals door werkgeefster wordt gesteld. Dat werknemer de grootste klant van werkgeefster heeft weggekaapt en dat werknemer het klantenbestand en tarievenlijst van werkgeefster heeft meegenomen, is in dit kort geding onvoldoende komen vast te staan. Voor nadere bewijslevering leent het kort geding zich niet. Volgt afwijzing van de vordering.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 28-01-2014

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2014:576

Zaaknummer: 2571342 / VV EXPL 13-707

Rechters: G.J. Heevel

Advocaten: M. Taheri en D.M.A. Oud

Wetsartikelen: 7:611 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/The Albus B.V.

Nachtmedewerker hotel wordt op staande voet ontslagen omdat hij ten onrechte weigert tafels voor het ontbijt te dekken. Ontslag naar voorlopig oordeel rechtsgeldig.

Werknemer (62 jaar) is sinds 2002 in dienst van (een rechtsvoorganger van) The Albus, een viersterrenhotel. Hij is werkzaam als nachtmedewerker. Werknemer is op staande voet ontslagen omdat hij diverse keren heeft geweigerd de tafels voor het ontbijt te dekken. The Albus heeft zich, gelet op de geleden verliezen, genoodzaakt gezien werknemer in te zetten voor het dekken van de tafels voor het ontbijt. Uit de functieomschrijving nachtmedewerker volgt dat de werkzaamheden tot de functie van werknemer behoren. Met werknemer is drie keer uitgebreid gesproken over de werkzaamheden. Werknemer heeft aangegeven de werkzaamheden alleen te willen uitvoeren indien daar een extra vergoeding tegenover stond. Daarin is The Albus niet meegegaan. The Albus heeft werknemer voorgehouden dat bij werkweigering ontslag op staande voet zou volgen. Werknemer betwist de dringende reden en stelt dat hij nooit tafels voor het ontbijt hoefde te dekken. Hij beroept zich op de vernietigbaarheid van het ontslag op staande voet.

De kantonrechter oordeelt als volgt. De tekst in het Handboek is duidelijk over uit te voeren taken behorende bij de functie van werknemer, waaronder het (zo nodig) klaarmaken en serveren van het ontbijt. Klaarmaken van het ontbijt en het vervolgens serveren ervan impliceert dat daarvoor de tafels gedekt moeten zijn. Werknemer heeft ondanks meerdere gesprekken niet kunnen of willen inzien dat het redelijk was de hem opgedragen werkzaamheden, bestaande uit het dekken van de tafels voor het ontbijt, waarmee, zo is niet weersproken, ongeveer vijftien minuten gemoeid is, uit te voeren. Anderzijds heeft werknemer de betreffende werkzaamheden elf jaar lang niet hoeven te verrichten en werd hij misschien overvallen door de opdracht van zijn werkgever. The Albus heeft werknemer echter na het eerste gesprek de tijd gegeven alsnog akkoord te gaan met de hem gegeven opdracht, zodat werknemer heeft kunnen wennen aan het idee dat hij tijdens de nachtdienst (ook) werkzaamheden voor het ontbijt diende uit te voeren. Ook toen heeft werknemer niet ingestemd met de hem gegeven taak tot het dekken van het ontbijt. Dat werknemer

onmogelijk vijftien minuten tijdens zijn dienst kan vrijmaken om de werkzaamheden uit te voeren wordt voorshands niet aannemelijk geacht. Daarbij weegt mee dat werknemer (uiteindelijk) heeft gezegd de werkzaamheden wel te willen uitvoeren wanneer daar een extra vergoeding tegenover stond. Het is op voorhand onvoldoende aannemelijk geworden dat het ontslag op staande voet in een bodemprocedure geen stand zou houden. Volgt afwijzing van de vordering.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 23-01-2014

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2014:287

Zaaknummer: KK 13-1957

Rechters: E. Pennink

Advocaten: J.C.R. de Lyon

Wetsartikelen: 7:677 BW en 7:678 BW

RECHTSPRAAK

The Albus B.V./werknemer

Nachtmedewerker hotel weigert ten onrechte ontbijttafels te dekken en wordt op staande voet ontslagen. Voorwaardelijke ontbinding wegens vertrouwensbreuk. Nu werkgever tijdens het dienstverband weinig heeft gedaan aan de employability van werknemer, wordt een vergoeding met C=0,2 toegekend.

Werknemer (62 jaar) is sinds 2002 in dienst van (een rechtsvoorganger van) The Albus, een viersterrenhotel. Hij is werkzaam als nachtmedewerker. Werknemer is op staande voet ontslagen omdat hij diverse keren heeft geweigerd de tafels voor het ontbijt te dekken. Thans verzoekt The Albus voorwaardelijke ontbinding, primair wegens een dringende reden. Aangevoerd wordt dat The Albus zich gelet op de geleden verliezen genoodzaakt heeft gezien werknemer in te zetten voor het dekken van de tafels voor het ontbijt. Uit de functieomschrijving nachtmedewerker volgt dat de werkzaamheden tot de functie van werknemer behoren. Met werknemer is drie keer uitgebreid gesproken over de werkzaamheden. Werknemer heeft aangegeven de werkzaamheden alleen te willen uitvoeren indien daar een extra vergoeding tegenover stond. Daarin is The Albus niet meegegaan. The Albus heeft werknemer voorgehouden dat bij werkweigering ontslag op staande voet zou volgen. De vertrouwensrelatie met werknemer is inmiddels zodanig verstoord dat The Albus geen andere keuze heeft dan de arbeidsovereenkomst met werknemer te beëindigen, als die niet al is geëindigd.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Dat sprake is geweest van een dringende reden zoals gesteld, kan in deze procedure onvoldoende worden beoordeeld. Wel wordt de arbeidsovereenkomst ontbonden wegens een vertrouwensbreuk. Werknemer heeft ondanks meerdere gesprekken met The Albus niet kunnen of willen inzien dat het redelijk was de hem opgedragen werkzaamheden, bestaande uit het dekken van de tafels voor het ontbijt, uit te voeren. De tekst in het Handboek ten aanzien van de functie nachtmedewerker frontoffice is duidelijk over de in die functie uit te voeren taken, waaronder het (zo nodig) klaarmaken en serveren van het ontbijt. Anderzijds wordt meegewogen dat werknemer de betreffende werkzaamheden elf jaar lang niet heeft hoeven verrichten en hij misschien overvallen was

door de opdracht van zijn werkgever. The Albus heeft hem na het eerste gesprek echter de tijd gegeven alsnog akkoord te gaan met de hem gegeven opdracht, zodat werknemer heeft kunnen wennen aan het idee dat hij tijdens de nachtdienst (ook) werkzaamheden voor het ontbijt diende uit te voeren. De verandering in de omstandigheden is (grotendeels) aan werknemer te wijten. Gelet op de lengte van het verder merendeels goed uitgevoerde dienstverband en voorts de leeftijd van werknemer in combinatie met zijn opleiding, zijn eenzijdige werkervaring en de omstandigheid dat gesteld noch gebleken is dat The Albus gedurende de loopbaan van werknemer veel gedaan heeft aan de zogenoemde employability van werknemer, is er aanleiding een vergoeding toe te kennen met correctiefactor (afgerond) 0,2.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 23-01-2014

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2014:285

Zaaknummer: EA 13-1308

Rechters: E. Pennink

Advocaten: J.C.R. de Lyon

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

RECHTSPRAAK

SW B.V./werknemer

Ondanks het gestelde disfunctioneren is schilder een aantal keer in dienst getreden, hetgeen zou kunnen impliceren dat hij meer dan eens geschikt is bevonden het schilderwerk naar behoren te verrichten. Ontbinding wegens verstoorde arbeidsrelatie.

Werknemer is sinds 2003 in dienst van SW als schilder. Het dienstverband is in de wintermaanden van 2007 en 2011 geëindigd, omdat er te weinig werk was. SW verzoekt thans ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Daartoe wordt aangevoerd dat werknemer zich niet houdt aan de regels in het personeelshandboek ten aanzien van de wijze waarop bij SW ziekmeldingen moeten worden gedaan. Werknemer is hiervoor diverse keren tevergeefs gewaarschuwd. Daarnaast functioneert werknemer onvoldoende. Hij communiceert slecht en voor iemand van zijn niveau, werkt hij te traag. Daarnaast belt hij te veel tijdens het werk en verbruikt hij onnodig veel kwasten en schuurpapier. Een en ander levert wrevel op bij de collega's, maar ook bij de klanten van SW. Hoewel hierop aangesproken, neemt werknemer de kritiekpunten niet serieus.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Over de kwestie of werknemer zich houdt aan de regelingen die betrekking hebben op het ziekmelden kan in het kader van deze procedure geen oordeel worden gegeven. SW stelt dat werknemer dat niet doet terwijl werknemer het tegendeel beweert. Een procedure als de onderhavige leent zich niet voor bewijslevering. Het disfunctioneren is onvoldoende onderbouwd. Weliswaar is een beoordelingsformulier in het geding gebracht, maar dat formulier is niet door werknemer medeondertekend en bij de vijf beoordelingspunten varieert de kwalificatie van de beoordeling van matig tot voldoende. De eindbeoordeling wordt gekwalificeerd als matig. Tegen het onvoldoende presteren van werknemer zou kunnen pleiten dat hij eerder meer dan eens in dienst van SW is geweest en dat zou kunnen impliceren dat hij meer dan eens geschikt is bevonden het schilderwerk naar behoren te verrichten. Wel is sprake van een verstoorde arbeidsrelatie. De arbeidsovereenkomst wordt ontbonden onder toekenning van een vergoeding naar billijkheid van € 7.500 bruto.

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 22-01-2014

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2014:274

Zaaknummer: 2603334 EJ VERZ 13-7081

Rechters: M.H. van Rhijn

Advocaten: E.F.M. van den Biesen en J.H. Abelen

Wetsartikelen: 7:685 BW

RECHTSPRAAK

Tosca Medisch Centrum Interim B.V. c.s./Excellus B.V. c.s.

Bestuurder van failliete onderneming richt Excellus op. Excellus handelt onrechtmatig door het benaderen en bewerken van voormalige werknemers van failliete onderneming, die na het faillissement in dienst zijn getreden van TMI.

TMI is een detacheringsbureau gericht op de zorgsector. Confesso, een directe concurrent van TMI, is in 2012 failliet verklaard. TMI heeft de activa van Confesso gekocht en een groot aantal personeelsleden van Confesso in dienst genomen, waaronder werknemer. In de arbeidsovereenkomst van werknemer is een concurrentiebeding opgenomen. X, voormalig aandeelhouder en bestuurder van Confesso, heeft in november 2012 een nieuwe onderneming genaamd Excellus opgericht. Excellus is een directe concurrent van TMI. Op 12 februari 2013 is werknemer medegedeeld dat het concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst komt te vervallen. Werknemer is op 1 juli 2013 op eigen initiatief uit dienst getreden bij TMI en is in dienst getreden van Excellus. TMI stelt dat Excellus en werknemer onrechtmatig handelen. Gesteld wordt dat Excellus ervan profiteert dat de naar Excellus overgestapte werknemers een met TMI overeengekomen concurrentiebeding overtreden. Daarnaast maakt Excellus gebruik van de kennis over opdrachtgevers, werknemers en de detacheringmarkt die X heeft opgedaan bij Confesso. Ten aanzien van werknemer wordt gesteld dat hij in strijd handelt met het overeengekomen concurrentiebeding. TMI vordert onder meer dat Excellus wordt veroordeeld de arbeidsovereenkomst van werknemer voor de resterende looptijd van het concurrentiebeding te beëindigen en Excellus te verbieden voormalig medewerkers van TMI gedurende de looptijd van het concurrentiebeding tewerk te stellen.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Gelet op de overgelegde e-mailcorrespondentie is voldoende aannemelijk geworden dat X direct na het faillissement van Confesso en de overname door TMI is begonnen met het benaderen en bewerken van oud-medewerkers van Confesso. Niet ter discussie staat dat verschillende medewerkers van TMI op een zeker moment naar Excellus zijn overgestapt. Ook is genoegzaam gebleken dat opdrachtgevers door een naar Excellus overgestapte medewerker voor eind juli 2013 zijn benaderd om ook over te stappen naar Excellus. De verwachting is gerechtvaardigd dat een eventuele bodemrechter tot

het oordeel zal komen dat Excellus onrechtmatig jegens TMI heeft gehandeld. Ten aanzien van werknemer wordt overwogen dat hij niet aan een concurrentiebeding is gebonden, zodat dit deel van de vordering wordt afgewezen. Ook op de andere overgenomen werknemers is geen concurrentiebeding van toepassing, zodat de vordering tot beëindiging van de gesloten arbeidsovereenkomsten wordt afgewezen. Dit laat onverlet dat Excellus zich dient te onthouden van onrechtmatige concurrentie. Het wordt Excellus, op straffe van een dwangsom, verboden tot 9 maart 2014 voormalig werknemers van TMI tewerk te stellen. Excellus wordt veroordeeld bij wijze van voorschot op schadevergoeding een bedrag van € 17.750 aan TMI te betalen.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 05-09-2013

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2013:7988

Zaaknummer: 2192945 \ KG EXPL 13-81 WD

Wetsartikelen: 6:162 BW

ANNOTATIE

HvJ EU 15 januari 2014, C-176/12 (AMS), Franse zaak over medezeggenschapsrechtelijke getalscriteria werpt nieuw licht op het Küçükdeveci-correctief

prof. mr. dr. S.S.M. Peters

Inleiding

De Europese Unie koestert het midden- en kleinbedrijf. Dat heeft alles te maken met de belangrijke rol die het MKB speelt voor de Europese economie: meer dan 99% van alle ondernemingen in de EU behoren tot het MKB en deze ondernemingen zijn samen goed voor twee derde van de (private) werkgelegenheid (hierbij zij opgemerkt dat de EU een ruime definitie van het MKB hanteert, namelijk ondernemingen met minder dan 250 werknemers). In het EU-Werkingsverdrag is daarom expliciet bepaald dat Europese richtlijnen op arbeidsrechtelijk gebied de concurrentiepositie van kleinere ondernemingen niet (te veel) mogen aantasten. Art. 153 lid 2 sub b VWEU bepaalt namelijk dat in bedoelde richtlijnen “wordt vermeden zodanige administratieve, financiële en juridische verplichtingen op te leggen dat de oprichting en ontwikkeling van kleine en middelgrote ondernemingen daardoor zou kunnen worden belemmerd”. Met het oog daarop bevatten o.a. de richtlijnen op het gebied van medezeggenschap (zie bijv. 2009/38/EG en 2002/14/EG) en collectief ontslag (98/59/EG) getalscriteria. De verplichtingen uit de richtlijn gelden dan, kort gezegd, slechts voor ondernemingen met een bepaald minimumaantal werknemers in dienst. Hieruit volgt al direct het belang van de vraag wie voor het getalscriterium worden meegeteld. Over die vraag gaat deze Franse zaak.

De zaak betreft het getalscriterium in de medezeggenschapsrichtlijn (richtlijn 2002/14/EG tot vaststelling van een algemeen kader betreffende de informatie en raadpleging van de werknemers in de Europese Gemeenschap). De verplichtingen die deze richtlijn oplegt gelden slechts voor ondernemingen die in een lidstaat ten minste 50 werknemers in dienst hebben, of voor vestigingen die in een lidstaat ten minste 20 werknemers in dienst hebben (dit is ter keuze van de lidstaten). De vraag was of de Franse regeling, waarin verschillende groepen werknemers niet worden meegeteld bij de berekening van het getalscriterium, in strijd met het

EU-recht is. In het verlengde daarvan rees de vraag of, indien die strijd er is, werknemers zich daarop jegens hun civiele werkgever kunnen beroepen. Hoewel het in het bijzonder ging om de doorwerking van het grondrecht van medezeggenschap, neergelegd in art. 27 van het EU-Grondrechtenhandvest, biedt het arrest ook aanknopingspunten voor de beoordeling van de horizontale inroepbaarheid van andere grondrechten uit het Handvest.

De Zaak

Volgens het Franse arbeidswetboek, de Code du Travail (CdT), moeten in bedrijfsvestigingen met ten minste 11 werknemers personeelsvertegenwoordigers worden verkozen. In ondernemingen of vestigingen met minimaal 50 werknemers stellen de vakbonden een ondernemingsraad samen en wijzen zij (als er geen personeelsvertegenwoordiger is) een vakbondsvertegenwoordiger aan. Art. L. 1111-2 en 1111-3 CdT bepalen hoe het werknemersaantal moet worden berekend – en daarom draait het in deze zaak. Werknemers die fulltime werken en in vaste dienst zijn, worden bijv. volledig meegeteld, terwijl deeltijdwerkers slechts naar rato van hun arbeidsduur worden meegeteld. Bepaalde groepen werknemers worden helemaal niet in aanmerking genomen bij de berekening van de getalscriteria. Dat betreft o.a. personen die werken op basis van een werkbegeleidingsovereenkomst of een overeenkomst ter ondersteuning van hun terugkeer op de arbeidsmarkt (art. L. 1111-3), hierna aangeduid als ‘gesubsidieerde werknemers’.

De Association de Médiation Sociale (hierna: AMS) is een particuliere vereniging zonder winstoogmerk die zich vooral bezig houdt met de voorkoming van criminaliteit in Marseille. Arbeidsbemiddeling behoort tot de belangrijkste activiteiten van de vereniging: zij sluit werkbegeleidingsovereenkomsten met jongeren en werklozen teneinde hun (re-)integratie op de arbeidsmarkt te bevorderen. Er ontstaat een conflict tussen de vakbond CGT en AMS, als CGT een vakbondsvertegenwoordiger aanwijst in de vereniging. AMS betoogt dat de hierboven beschreven medezeggenschapsverplichtingen niet voor haar gelden, omdat zij niet voldoet aan het getalscriterium van 11 werknemers (laat staan aan het getalscriterium van 50 werknemers). Zij heeft weliswaar zo’n 150 werknemers in dienst, maar dit betreft slechts 8 vaste werknemers. Alle overige werknemers hebben een werkbegeleidingsovereenkomst en die categorie werknemers telt niet mee voor de getalscriteria. Het verzoek van AMS tot nietigverklaring van de aanwijzing door CGT van de vakbondsvertegenwoordiger in haar onderneming, wordt afgewezen door de tribunal d’instance (kantonrechter) te Marseille. Dit tribunal heeft art. L. 1111|3 CdT buiten toepassing gelaten wegens strijd met het Unierecht en in het bijzonder met richtlijn 2002/14. De aanwijzing van de vakbondsvertegenwoordiger werd bekrachtigd, aangezien AMS – zonder toepassing van de uitzonderingen van art. L. 1111|3 CdT – ruimschoots aan het getalscriterium van 50 werknemers voldoet. De AMS stelt tegen deze beslissing beroep in bij het Cour de cassation, dat vervolgens het Hof van Justitie van de

EU (hierna HvJ EU of Hof) om een prejudiciële beslissing verzoekt.

Oordeel HvJ EU

Het Franse Cour de cassation wil twee dingen weten van het HvJ EU. In de eerste plaats vraagt het of het grondrecht van art. 27 Handvest, zoals gepreciseerd in richtlijn 2002/14, in een geding tussen particulieren kan worden aangevoerd om nationale implementatiewetgeving te toetsen aan het Unierecht. Daarnaast wil het cassatiehof weten of de Franse regeling volgens welke gesubsidieerde werknemers niet worden meegeteld voor de medezeggenschapsrechtelijke getalscriteria, in strijd is met deze Europese bepalingen.

Het Hof start met de tweede vraag en acht de Franse regeling in strijd met de medezeggenschapsrichtlijn. Lidstaten mogen niet een bepaalde categorie van werknemers, zoals gedefinieerd in art. 2 sub d Richtlijn 2002/14, van die berekening uitsluiten. Een nationale regeling die dat doet, heeft immers tot gevolg dat bepaalde werkgevers worden ontheven van de hun door de richtlijn opgelegde verplichtingen en dat hun werknemers de daarmee corresponderende rechten worden ontnomen. Frankrijk wees erop dat zij met de uitzonderingsregeling een rechtmatige doelstelling van sociaal beleid nastreeft, namelijk de bevordering van de werkgelegenheid, en dat haar daarbij volgens vaste rechtspraak van het HvJ EU een ruime beoordelingsmarge toekomt. Dat is weliswaar correct, zo erkent het Hof, maar het wijst erop dat volgens diezelfde rechtspraak deze beoordelingsmarge niet ertoe mag leiden dat een fundamenteel Unierechtelijk beginsel of voorschrift van zijn inhoud wordt beroofd. Door gesubsidieerde werknemers van de berekening van het werknemersaantal uit te sluiten, heeft Frankrijk zijn implementatieverplichting geschonden.

Vervolgens beantwoordt het Hof de eerste vraag. Het wijst erop dat art. 3 lid 1 van de medezeggenschapsrichtlijn, waarin de getalscriteria van 50 en 20 werknemers zijn opgenomen, voldoet aan de voorwaarden voor rechtstreekse werking. Die richtlijnbeeping zou dus tegenover de staat kunnen worden ingeroepen (directe verticale werking), maar daar schieten de verweerders (o.a. vakbond CGT) niets mee op. In casu gaat het immers om een private werkgever, en richtlijnbeelingen hebben geen directe horizontale werking. Richtlijnconforme interpretatie zou uitkomst kunnen bieden, maar de Cour de cassation had het HvJ EU al laten weten dat een dergelijke uitleg van de Franse bepaling niet mogelijk is. Dat geconstateerd hebbende, overweegt het Hof:

41. In deze omstandigheden moet in de derde plaats worden nagegaan of de situatie in het hoofdgeding vergelijkbaar is met die in de zaak die tot het (...) arrest Küçükdeveci heeft geleid, zodat artikel 27 van het Handvest, alleen of gelezen in samenhang met de bepalingen van richtlijn 2002/14, kan worden ingeroepen in een geding tussen particulieren om in voorkomend geval de

niet met deze richtlijn overeenstemmende nationale bepaling buiten toepassing te laten.”

Het tot de lidstaten gerichte verbod in art. 3 lid 1 van de richtlijn om een bepaalde categorie werknemers bij de berekening van het personeelsbestand van de onderneming uit te sluiten, kan echter, als rechtstreeks toepasselijk rechtsvoorschrift, noch uit art. 27 Handvest noch uit de toelichtingen daarop worden afgeleid, aldus het Hof (r.o. 46). Daarop volgen de volgende overwegingen:

47. In dit verband moet worden opgemerkt dat de omstandigheden in het hoofdgeding verschillen van die welke aanleiding hebben gegeven tot het arrest Küçükdeveci, aangezien het in laatstgenoemd arrest aan de orde zijnde beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd, neergelegd in artikel 21, lid 1, van het Handvest, op zich volstaat om aan particulieren een subjectief recht te verlenen waarop als zodanig een beroep kan worden gedaan.

48. Bijgevolg kan in een geding als het onderhavige artikel 27 van het Handvest niet als zodanig worden ingeroepen om tot de slotsom te komen dat de niet met richtlijn 2002/14 overeenstemmende nationale bepaling buiten toepassing moet worden gelaten.

49. Aan deze vaststelling wordt niet afgedaan indien artikel 27 van het Handvest wordt gelezen in samenhang met de bepalingen van richtlijn 2002/14. Aangezien dit artikel op zich immers niet volstaat om aan particulieren een recht te verlenen dat zij als zodanig kunnen inroepen, geldt dit tevens voor een dergelijke lezing in samenhang.

Art. 27 Handvest kan dus niet, ook niet in samenhang met de bepalingen van de medezeggenschapsrichtlijn, worden ingeroepen in een geding tussen particulieren teneinde die nationale bepaling buiten toepassing te laten. Voor de benadeelde partij, hier de betrokken vakbonden en werknemers, resteert slechts een schadevergoedingsactie jegens de Staat (‘*Francovich*-vordering’).

Commentaar

Inroepbaarheid art. 27 Handvest van de Grondrechten

Het is vaste jurisprudentie van het HvJ EU dat richtlijnen in horizontale verhoudingen geen directe werking hebben. Werknemers kunnen daarom niet rechtstreeks rechten aan richtlijnen ontlelen en deze inroepen tegenover hun private werkgever. Die EU-rechten komen aan hen slechts indirect toe via de nationale implementatiewetgeving. Dat helpt een werknemer niet veel verder indien die implementatie onjuist is geschied, zoals in casu het geval is. Teneinde in zulke gevallen toch een effectieve rechtsbescherming te waarborgen, heeft het Hof de doctrine van de richtlijnconforme interpretatie ontwikkeld (ook wel het

‘eerste correctief’ genoemd). De nationale rechter is verplicht de nationale regeling zo veel mogelijk conform de bovenliggende richtlijn uit te leggen. Aan die verplichting zitten echter grenzen; de rechter is met name niet gehouden zijn nationale recht contra legem uit te leggen. Wanneer een richtlijnconforme uitleg niet mogelijk is, resteert meestal slechts een *Francovich*-vordering, d.w.z. een schadevergoedingsactie jegens de staat wegens het niet nakomen van zijn implementatieverplichting (het zogenoemde ‘tweede correctief’). Een recent Nederlands voorbeeld van succesvol ‘Francovichen’ zijn de vorderingen ingesteld door langdurig zieke werknemers die vakantiedagen waren misgelopen als gevolg van het met art. 7 Richtlijn 2003/88/EG strijdige (oude) art. 7:635 lid 4 BW; zie bijv. Gerechtshof Den Haag 15 oktober 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:3792.

Er is echter nog een derde correctief, dat in tegenstelling tot het tweede, wel in een procedure tegenover een private werkgever kan worden ingeroepen. Dit is, wat ik noem, het *Küçükdeveci*-correctief (naar HvJ EU 19 januari 2010, C-555/07 (*Küçükdeveci/Swedex*). In dat arrest stond de Duitse regeling van de opzegtermijnen centraal, waarin een met richtlijn 2000/78/EG strijdig onderscheid naar leeftijd werd gemaakt, waardoor werkneemster een deel van de opzegtermijn werd onthouden. Ook daar ging het om een private werkgever en ook daar bood richtlijnconforme interpretatie geen uitweg. Het Hof schoot werkneemster echter te hulp door te overwegen dat het beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht is en dat de nationale rechter aan dit algemene beginsel, “zoals nader uitgewerkt in richtlijn 2000/78”, moet toetsen en daarmee strijdige nationale wetgeving buiten beschouwing moet laten. Door het discriminatoire artikellid uit de Duitse wet te ecarteren, kon werkneemster alsnog aanspraak maken op vier maanden in plaats van één maand opzegtermijn. Overigens kwam het Hof reeds in 2005 met een vergelijkbare, maar minder scherp geformuleerde, redenering met betrekking tot het beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd (HvJ EG 22 november 2005, C-144/04 (*Mangold*). Hoewel ook na het *Küçükdeveci*-arrest nog veel vragen resteerden (zie A.Ph.C.M. Jaspers & S.S.M. Peters, ‘Sociale grondrechten’, in: S.S.M. Peters & R.M. Beltzer (red.), *Inleiding Europees arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 74-83), was duidelijk dat voor toepasselijkheid van dit correctief in ieder geval vereist is dat de nationale regeling in strijd is met 1. een (sociaal) grondrecht dat is erkend als algemeen beginsel van Unierecht en 2. dat is uitgewerkt in een richtlijnbevestiging.

Sindsdien is de hamvraag (of op zijn Frans *la question à cent balles*) welke sociale grondrechten zich – naast dat van non-discriminatie op grond van leeftijd – nog meer lenen voor dit correctief. Uit *Maribel Dominguez* (HvJ EU 24 januari 2012, C-282/10) kan worden afgeleid, hoewel het Hof het niet uitdrukkelijk zegt, dat het grondrecht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon, neergelegd in art. 31 lid 2 Handvest, geen algemeen beginsel van

Unierecht is dat zich leent voor dit correctief. In het onderhavige arrest bepaalt het HvJ EU klip en klaar dat het grondrecht op informatie en raadpleging van werknemers binnen de onderneming daarvoor evenmin kwalificeert. Het Hof gunt ons nu wel een inkijkje in zijn overwegingen dienaangaande (r.o. 44-49). Het benadrukt in de eerste plaats dat het grondrecht van medezeggenschap blijktens art. 27 Handvest “pas zijn volle werking verkrijgt nadat het nader is bepaald in Unierechtelijke en nationaalrechtelijke voorschriften”. Het artikel bepaalt namelijk dat de werknemers en hun vertegenwoordigers, in de gevallen en onder de voorwaarden waarin het recht van de Unie en de nationale wetgevingen en praktijken voorzien, de zekerheid moeten hebben dat zij op passende niveaus worden geïnformeerd en geraadpleegd. Het Hof wijst in dit verband op de verschillen tussen het grondrecht (of beginsel) van medezeggenschap en het beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd. Het laatstgenoemde beginsel (neergelegd in art. 21 lid 1 Handvest), dat in *Kücükdeveci* centraal stond, volstaat op zich om aan particulieren een subjectief recht te verlenen waarop als zodanig een beroep kan worden gedaan. Dat geldt niet voor art. 27 Handvest: het tot de lidstaten gerichte verbod in art. 3 lid 1 richtlijn 2002/14 om gesubsidieerde werknemers van de berekening van het personeelsbestand uit te sluiten, laat zich als rechtstreeks toepasselijk rechtsvoorschrift noch uit de bewoordingen van art. 27 Handvest, noch uit de toelichtingen bij dit artikel afleiden.

Wat kan uit deze overwegingen worden afgeleid? In de eerste plaats is het grondrecht van medezeggenschap kennelijk een algemeen beginsel van Unierecht; ware dat anders, dan zou het *Kücükdeveci*-correctief überhaupt niet in beeld komen, zo lijkt althans te volgen uit de arresten *Kücükdeveci* en *Mangold*. Niettemin valt op dat het Hof nergens zegt dat het grondrecht van medezeggenschap een ‘beginsel’ is (hetgeen wel aannemelijk is, zie de conclusie van de A-G, punt 55 e.v.), laat staan een algemeen beginsel van Unierecht. Het spreekt consequent van “art. 27 van het Handvest”, terwijl het Hof in het kader van art. 21 Handvest wél weer rept over het “beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd”.

In de tweede plaats en bovenal geven deze overwegingen nieuw inzicht in de voorwaarden waaraan zo’n beginsel moet voldoen, wil het zich lenen voor dit correctief. Een vereiste is, zo stelt het Hof nu expliciet, dat *het beginsel zelf een subjectief recht verleent* waarop als zodanig een beroep kan worden gedaan (r.o. 47 en 49; zie uitvoerig over het onderscheid tussen rechten en beginselen de conclusie bij het arrest, punt 42 e.v.). Het is dus onvoldoende, zoals in het geval van art. 27 Handvest, dat het grondrecht slechts abstract of programmatisch van aard is. Met andere woorden: wanneer het grondrecht onvoldoende concreet is, dan kunnen wél concrete, rechten verlenende richtlijnbevestigingen niet via de band van dat grondrecht de horizontale verhouding in getrokken worden. Het algemene beginsel moet zelf al voldoende houvast bieden en moet op zichzelf volstaan om aan particulieren een subjectief recht te

verlenen waarop als zodanig een beroep kan worden gedaan.

Ik wijs erop dat ook dergelijke, subjectieve rechten verlenende, beginselen meestal onvoldoende bepaald zijn om rechtstreeks tegenover een particulier zoals een private werkgever in te roepen (hetgeen overigens niet uitgesloten is, zie daarover Peters & Beltzer (red.), *Inleiding Europees arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 77-78). De nadere bepaling van de inhoud van een beginsel vergt vrijwel steeds een nadere uitwerking van de EU-wetgever, bijv. in de vorm van een richtlijn – maar op die concrete richtlijnbeepaling kan in horizontale verhoudingen geen beroep worden gedaan. Juist daarin zit het innovatieve van het *Kücükdeveci*-correctief: het probleem van de vaak onvoldoende bepaaldheid van het beginsel wordt omzeild door horizontale werking toe te kennen niet aan het grondrechtelijk beginsel ‘sec’, maar aan het beginsel zoals geconcretiseerd in een (sociaalrechtelijke) richtlijn. Het algemene beginsel kan, via de nadere uitwerking in de richtlijn, wél de vereiste inhoudelijke bepaaldheid verkrijgen. Zo werd het toetsingskader in de zaak *Kücükdeveci* de facto gevormd door de artikelen 2 en 6 van richtlijn 2000/78/EG. Met het onderhavige AMS-arrest is duidelijk dat het *Kücükdeveci*-correctief slechts opgaat als een grondrechtelijk beginsel wordt ingeroepen dat zelf al een subjectief recht inhoudt, en welk recht nader is uitgewerkt in (bijv.) een richtlijn. Aan die voorwaarden lijken alle in art. 21 Handvest genoemde specifieke discriminatieverboden, die zijn uitgewerkt in richtlijnen (2000/78/EG, 2000/43/EG en 2006/54/EG), te voldoen. Het grondrecht van medezeggenschap in combinatie met de medezeggenschapsrichtlijn voldoet niet aan die voorwaarden, nu art. 27 Handvest zelf geen subjectief recht toekent. De inhoud van dat grondrecht is geheel afhankelijk gesteld van concretisering door de wetgever (vergelijk Conclusie A-G Trstenjak bij *Maribel Dominguez*, punt 162). Hetzelfde zal mijns inziens gelden voor bijv. het grondrecht op sociale zekerheid en sociale bijstand en het grondrecht van vrijheid van ondernemerschap, neergelegd in art. 34 respectievelijk art. 16 Handvest.

Naar mijn mening verbindt het Hof terecht deze voorwaarden aan zijn ‘derde correctief’. Het correctief komt er immers op neer dat de facto richtlijnbeepalingen, als concretisering van een grondrechtelijk beginsel, direct doorwerken in horizontale verhoudingen. Dit betekent dat werkgevers, ondanks de andersluidende bepalingen van hun nationale recht (die zij keurig hebben nageleefd), met die richtlijnverplichtingen worden geconfronteerd. Dat druist in tegen de rechtszekerheid (net zo als een richtlijnconforme interpretatie van het nationale recht contra legem dat doet). Door als eis voor het correctief te stellen dat het grondrechtelijk beginsel *zelf* al een kenbaar subjectief recht moet verlenen, wordt aan dat bezwaar enigszins tegemoet gekomen. Alleen indien zonder meer duidelijk is welk subjectief recht het grondrechtelijk beginsel toekent, en indien de kern daarvan en de uitwerking in de richtlijn min of meer samenvallen, acht ik toepassing van dit correctief mogelijk. A-G Trstenjak heeft

in haar reeds genoemde conclusie bij het *Maribel Dominguez*-arrest eenzelfde betoog gehouden en erop gewezen dat die samenval zich bij uitstek voordoet bij de specifieke discriminatieverboden. Wat discriminatie is, kan al grotendeels op grond van het primaire Unierecht worden vastgesteld, het secundaire niveau (de richtlijnen) zijn ‘slechts’ gedetailleerde uitwerkingen van de beginselen. Die vlieger gaat niet op voor grondrechtelijke beginselen, zoals dat van art. 27 Handvest, waarvan pas na uitwerking door de EU-wetgever duidelijk is welke concrete rechten eruit voortvloeien.

Berekening van het getalscriterium

Ik onderschrijf het oordeel van het HvJ EU dat het niet meetellen van een bepaalde categorie werknemers voor het getalscriterium in strijd is met de medezeggenschapsrichtlijn. Art. 3 lid 1 laatste alinea van de richtlijn lijkt op het eerste gezicht een opening te bieden voor het betoog van de Franse regering. Daarin staat namelijk dat *de lidstaten bepalen op welke wijze deze minimumaantallen* – van 50 respectievelijk 20 werknemers – *worden berekend*. Deze bepaling moet evenwel in samenhang met art. 2 sub d worden gelezen, dat het werknemersbegrip als volgt definieert: “een persoon die in de betrokken lidstaat op grond van het nationale arbeidsrecht en volgens de nationale praktijk bescherming geniet als werknemer”. Niettegenstaande de laatste alinea van art. 3 lid 1, moet iedereen die ‘werknemer’ in de zin van art. 2 is, voor het getalscriterium worden meegerekend. In casu stond vast dat de uitgesloten groep personen kwalificeert als ‘werknemer’ in de zin van de richtlijn: deze personen vallen namelijk onder de werknemersbescherming van het Franse arbeidsrecht. Ergo: de uitsluiting van een categorie werknemers van de berekening van de getalscriteria, gaat verder dan het bepalen volgens welke methode de minimumaantallen werknemers worden berekend. Het Hof verwoordde dit eerder als volgt:

“Hoewel deze richtlijn de lidstaten niet voorschrijft op welke wijze zij de werknemers die binnen de werkingssfeer ervan vallen, moeten meetellen bij de berekening van de minimumaantallen werknemers, schrijft zij wel voor dat zij deze werknemers moeten meetellen.” (HvJ EG 18 januari 2007, C-385/05 (CGT), r.o. 34, markering toegevoegd).

In de zojuist aangehaalde zaak was niet alleen dezelfde vakfederatie partij als in AMS, maar stond ook dezelfde Franse regeling centraal, in het bijzonder een daaraan in 2005 toegevoegde (en later weer geschrapte) uitzondering. De medezeggenschapsregeling in de Code du Travail bepaalde destijds, kort gezegd, dat werknemers, zolang zij jonger zijn dan 26 jaar, niet worden meegeteld voor het getalscriterium. Het Hof oordeelde toen dat de uitgesloten groep personen ‘werknemer’ in de zin van de richtlijn is, en dat het Frankrijk niet is toegestaan “bepaalde categorieën van personen die oorspronkelijk in aanmerking kwamen, bij deze berekening uit te sluiten”.

Alle personen die als werknemer in de zin van het nationale arbeidsrecht beschermd worden en bij de onderneming in dienst zijn, moeten derhalve meetellen bij de berekening van de werknemersaantallen. Lidstaten mogen niet naar believen bepaalde categorieën werknemers uitsluiten, zoals bijv. deeltijdwerknemers, werknemers met een tijdelijk contract of gehandicapte werknemers. Wél mogen zij regels stellen voor de wijze waarop bepaalde categorieën werknemers worden meegeteld. Zo kan een lidstaat ervoor kiezen deeltijdwerknemers slechts naar rato van hun arbeidsduur mee te tellen, of tijdelijke werknemers slechts naar rato van de tijd die zij gedurende een bepaalde referentieperiode in de onderneming aanwezig waren (dergelijke berekeningsmodaliteiten komen ook in de Franse regeling voor).

Hoe zit het met de Nederlandse Wet op de ondernemingsraden? De berekening van de getalscriteria in de WOR, die als implementatiewet van de medezeggenschapsrichtlijn kan worden aangemerkt, is mijns inziens *Europe proof*. De categorie personen die krachtens art. 1 lid 2 en 3 WOR voor de getalscriteria (voor instelling van een ondernemingsraad, personeelsvertegenwoordiging of het houden van een personeelsvergadering) worden meegeteld, is zelfs ruimer dan de richtlijn voorschrijft. Krachtens art. 1 lid 3 sub a WOR worden bij de inlener namelijk ook personen die níet bij hem in dienst zijn meegeteld (te weten uitzendkrachten die ten minste 2 jaar bij hem werkzaam zijn); daarnaast is er nog de uitbreidingsmogelijkheid van art. 6 lid 4 WOR. Terzijde merk ik op dat een oude wetsversie, namelijk de WOR 1981 (Wet van 22 mei 1981, Stb. 1981, 416), niet verenigbaar met de medezeggenschapsrichtlijn zou zijn. Volgens die wet moesten ondernemingen die 35 tot 100 werknemers in dienst hadden een OR instellen (welke OR minder rechten had dan een OR in een 100-plus onderneming). Voor het getalscriterium van 35 werknemers werden alleen werknemers die meer dan een derde van de normale arbeidstijd werkzaam waren, meegeteld. De uitsluiting van de zogenoemde 'kleine deeltijders' verdraagt zich niet met art. 3 van de richtlijn.