

Nieuwsbrief AR Updates - Nummer 51, 2014

Nummer 51, 2014

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

INHOUDSOPGAVE

Hof van Justitie van de Europese Unie

Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2014:2463 18-12-2014

FOA namens Kaltoft/Kommunernes Landsforening (Denemarken)

Hof

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2014:9836 16-12-2014

werknemer/Stichting Het Juridisch Loket

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2014:5342 16-12-2014

New Cleaning/Agristo

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2014:5353 16-12-2014

X Bouw/Y Complete Afbouw

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2014:5394 16-12-2014

Fantec Bouw&Services/Stichting Raad van Arbeidsverhoudingen (RAS), Stichting Vrijwillig Uittreden (SUS) en Bedrijfstakpensioenfonds (BPF) Schoonmaak- en Glazenwassersbranche

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2014:5358 16-12-2014

Grieks restaurant Olympia V.O.F./werknemer

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2014:5403 09-12-2014

werknemer/Rijschool Amsterdam

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2014:5117 09-12-2014

werknemster/Spencer Stuart International BV

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2014:5207 09-12-2014

werknemer/Rietveld Academie

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2014:5393 09-12-2014

werknemer/Randstad Nederland BV

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2014:4886 25-11-2014

werknemer/KZS Schoonmaakbedrijf en dienstverlening

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2014:4888 25-11-2014
werknemer/Macro Ltd.

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2014:4802 18-11-2014
werkneemster/V&D

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2014:4794 18-11-2014
Deltacell/werknemer

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2014:4551 28-10-2014
werknemer/Struyk Verwo

Rechtbank

Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2014:6934 19-12-2014
werkneemster/You Sure B.V.

Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2014:6745 17-12-2014
Quo Vadis/werkneemster

Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2014:15680 15-12-2014
Stichting PerspeKtief/werknemer

Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2014:10346 12-12-2014
X c.s./Magdalena Greens c.s.

Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2014:8197 11-12-2014
Vision Gallery B.V./ A. c.s.

Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2014:8606 08-12-2014
werknemers/CSU Personeel B.V.

Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2014:6111 03-12-2014
werknemer/GINAF Trucks Nederland B.V.

Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2014:15455 14-10-2014
X/Royal Hoitsema Labels B.V.

Uitspraken zonder ECLI

Rechtbank Zeeland-West-Brabant 14-11-2014
werknemer/werkgever
Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Rechtbank Amsterdam 07-11-2014
CDF Trading B.V./werknemer
Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Annotatie

Contracting: over afbakeningsproblemen met uitzending, schijnconstructies en juridisch houdbare varianten

mr. dr. J.P.H. Zwemmer

RECHTSPRAAK

FOA namens Kaltoft/Kommunernes Landsforening (Denemarken)

Zwaarlijvigheid kan ‘handicap’ in de zin van Richtlijn 2000/78 opleveren. Ontslag van een zwaarlijvige werknemer leidt dan tot omkering van de bewijslast ten aanzien van de vermeende discriminatie.

De gemeente Billund heeft Kaltoft voor onbepaalde tijd in dienst genomen in 1998 om als gastouder op kinderen te passen. Gedurende de ruim 15 jaar dat Kaltoft voor de gemeente werkzaam was, was hij ‘zwaarlijvig’ in de zin van de definitie van de Wereldgezondheidsorganisatie (WHO), waarbij zwaarlijvigheid is opgenomen onder code E66 van de ‘Internationale Statistische Classificatie van ziekten en met gezondheid verband houdende Problemen’ (ICD-10). Kaltoft heeft geprobeerd af te vallen en de gemeente Billund heeft hem in het kader van haar gezondheidsbeleid financiële steun toegekend van januari 2008 tot januari 2009 opdat hij zou deelnemen aan fitnesscursussen en andere fysieke activiteiten. Kaltoft is afgevallen en daarna, zoals bij zijn vroegere pogingen, weer aangekomen. In november 2010 is Kaltoft ontslag aangezegd. Volgens Kaltoft is hij ontslagen wegens zijn zwaarlijvigheid. Volgens de gemeente wegens de vermindering van het aantal kinderen waarvoor oppas noodzakelijk was. Aan het Hof van Justitie EU wordt onder meer de vraag gesteld of discriminatie op grond van zwaarlijvigheid op de arbeidsmarkt in het algemeen of in het bijzonder door een werkgever in de overheidssector in strijd met Unierecht is.

Het Hof van Justitie EU oordeelt als volgt. In dit verband dient te worden vastgesteld dat geen enkele bepaling van het VEU of VWEU een verbod op discriminatie op grond van zwaarlijvigheid als zodanig bevat. Met name verwijst artikel 10 VWEU noch artikel 19 VWEU naar zwaarlijvigheid. Wat meer in het bijzonder artikel 19 VWEU betreft, vloeit uit de rechtspraak van het Hof voort dat dit artikel slechts de bevoegdheden van de Unie regelt en dat het, omdat het niet mede discriminatie op grond van zwaarlijvigheid als zodanig betreft, niet de rechtsgrondslag kan vormen voor maatregelen van de Raad van de Europese Unie ter

bestrijding van een dergelijke discriminatie (zie, naar analogie, arrest Chacón Navas, ECLI:EU:C:2006:456, punt 55). In het afgeleide recht van de Unie is evenmin met betrekking tot arbeid en beroep een beginsel van non-discriminatie op grond van zwaarlijvigheid neergelegd. In het bijzonder vermeldt Richtlijn 2000/78 zwaarlijvigheid niet als discriminatiegrond. Welnu, volgens de rechtspraak van het Hof dient de werkingssfeer van Richtlijn 2000/78 niet naar analogie te worden uitgebreid tot andere discriminaties dan die gebaseerd op de in artikel 1 van deze richtlijn limitatief opgesomde gronden (zie arresten Chacón Navas, ECLI:EU:C:2006:456, punt 56, en Coleman, C-303/06, EU:C:2008:415, punt 46). Bijgevolg kan zwaarlijvigheid als zodanig niet worden beschouwd als een bijkomende discriminatiegrond naast de andere door Richtlijn 2000/78 verboden gronden (zie, naar analogie, arrest Chacón Navas, ECLI:EU:C:2006:456, punt 57).

Het voorgaande neemt niet weg dat zwaarlijvigheid mogelijk kan worden aangemerkt als 'handicap' in de zin van genoemde richtlijn. Na de ratificatie door de Unie van het Verdrag van de Verenigde Naties inzake de rechten van personen met een handicap, dat namens de Europese Gemeenschap werd goedgekeurd bij Besluit 2010/48/EG van de Raad van 26 november 2009 (PB 2010, L 23, p. 35), heeft het Hof geoordeeld dat het begrip 'handicap' in de zin van Richtlijn 2000/78/EG moet worden opgevat als een beperking die met name het gevolg is van langdurige lichamelijke, geestelijke of psychische aandoeningen die in wisselwerking met diverse drempels de betrokkene kunnen beletten volledig, daadwerkelijk en op voet van gelijkheid met andere werknemers aan het beroepsleven deel te nemen (zie arresten HK Danmark, ECLI:EU:C:2013:222, punten 37-39; Z., C-363/12, ECLI:EU:C:2014:159, punt 76; en Glatzel, C-356/12, ECLI:EU:C:2014:350, punt 45). Dit begrip 'handicap' heeft niet enkel betrekking op de onmogelijkheid om een beroepsactiviteit uit te oefenen, maar ook op belemmeringen bij het uitoefenen van een dergelijke activiteit. Een andere uitlegging zou onverenigbaar zijn met de doelstelling van die richtlijn, die onder meer beoogt dat een persoon met een handicap toegang tot arbeid krijgt of daarin kan participeren (zie arrest Z., ECLI:EU:C:2014:159, punt 77 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Vastgesteld dient te worden dat zwaarlijvigheid als zodanig geen 'handicap' vormt in de zin van Richtlijn 2000/78, omdat zij van nature niet noodzakelijk tot gevolg heeft dat er sprake is van een beperking. Daarentegen valt de zwaarlijvigheid van de betrokken werknemer onder het begrip 'handicap' in de zin van Richtlijn 2000/78 indien zij, gezien de omstandigheden, leidt tot een beperking die met name het gevolg is van lichamelijke, geestelijke of psychische aandoeningen die in wisselwerking met diverse drempels deze persoon kunnen beletten volledig, daadwerkelijk en op voet van gelijkheid met andere werknemers aan het beroepsleven deel te nemen, en die beperking langdurig is (zie in die zin arrest HK Danmark, ECLI:EU:C:2013:222, punt 41).

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 18-12-2014

ECLI: ECLI:EU:C:2014:2463

Zaaknummer: C-354/13

Advocaten: J. Sand en Y. Frederiksen

Wetsartikelen: Richtlijn 2000/78/EG

RECHTSPRAAK

X Bouw/Y Complete Afbouw

Vrijwaring voor WAV-boetes in aanneemovereenkomsten is – behoudens bijzondere omstandigheden – nietig want in strijd met de openbare orde.

X was de hoofdaannemer van een in 2012 gerealiseerd nieuwbouwproject, het GGZ-gebouw. De stichting Pro Persona GGZ was ten behoeve van dit project de opdrachtgever van X. Voor de uitvoering van dit nieuwbouwproject heeft X Y als onderaannemer ingeschakeld met betrekking tot het leveren en aanbrengen van systeemplafonds, het uitvoeren van stukadoorwerken en het uitvoeren van schilderwerken bij het project. In de daartoe gesloten overeenkomst, alsmede de algemene voorwaarden en de bestekvoorwaarden is bepaald dat de opdrachtnemer(s) zich aan de WAV dienen te houden en eventuele boetes op de onderaannemer kunnen worden verhaald. Nadat in maart 2012 de Arbeidsinspectie op de bouwplaats een controle heeft uitgevoerd zijn aan Pro Persona GGZ, X en Y boetes opgelegd, wegens overtreding van de WAV (16 vreemdelingen). De centrale vraag in deze procedure is of X de opgelegde boetes aan X en Pro Persona GGZ mag afwentelen op Y. Volgens de rechtbank ontbreekt hier een causaal verband, omdat de boetes zijn opgelegd aan X en Pro Persona GGZ wegens het schenden van hun eigen onderzoeksplicht. X stelt zich op het standpunt dat uit het bestek volgt dat er een contractuele verplichting is de boetes te betalen door Y.

Het hof oordeelt als volgt. Naar het oordeel van hof heeft het eventueel tekortschieten door Y voor de vordering tot nakoming geen betekenis, immers zo'n vordering (in dit geval instaan voor de opgelegde boetes) kan toewijsbaar zijn ongeacht of Y toerekenbaar tekort is geschoten in haar eigen verplichting zorg te dragen voor een tewerkstellingsvergunning. Overigens geldt mogelijk wel het omgekeerde: het eigen tekortschieten door X kan aan toewijzing van de vordering tot nakoming in de weg staan. Het hof gaat dan ook voorbij aan de verweren van Y die zijn gegrond op haar betwisting van het hiervoor bedoelde tekortschieten. Het hof gaat ook voorbij aan de stellingen van Y ten aanzien van het – ook door de rechtbank vastgestelde – ontbreken van causaal verband tussen de eventuele tekortkomingen van Y en de door X geleden schade.

Het hof neemt verder in overweging dat de onderhavige kwestie in zoverre specifiek van aard is dat uit de in de artikel 1 en 2 van de WAV neergelegde regelgeving voortvloeit dat zowel de opdrachtgever (Pro Persona GGZ), de aannemer (X) als de onderaannemer (Y) elk voor zich is aan te merken als werkgever en dus ook ieder voor zich gehandeld heeft in strijd met de WAV en ook alle drie eigen boetes opgelegd hebben gekregen. In de onderhavige zaak wil X de aan haar en aan Pro Persona GGZ opgelegde boetes voor hun eigen handelen in strijd met de WAV verhalen op Y, die dus ook al een boete opgelegd heeft gekregen. Deze situatie verschilt van die waarbij een werkgever als kentekenhouder (dus niet als degene die zelf de verkeersovertreding heeft begaan) een verkeersboete opgelegd krijgt voor een verkeersovertreding door een werknemer begaan tijdens de uitoefening van de werkzaamheden. In dat geval kan de werkgever in beginsel (dus behoudens bijzondere omstandigheden) de boete afwentelen op de werknemer, HR 13 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC8791 en NJ 2009/302. In deze situatie spelen overigens wettelijke bepalingen van arbeidsrecht een rol. Uit dit arrest kan mogelijk wel worden afgeleid dat de Hoge Raad tot uitgangspunt neemt dat de wetsovertreder in beginsel zelf de opgelegde boete dient te dragen en dat alleen het bestaan van een arbeidsrechtelijke verhouding tussen partijen onvoldoende is voor het verleggen van de draagplicht. Dat het vermogen van X (tweemaal € 88.000 aan boetes) als gevolg van het betalen van de haar opgelegde boetes en van het (vrijwillig) vrijwaren van Pro Persona GGZ verminderd is neemt evenwel niet weg dat het hier gaat om een heel specifieke vorm van schade. Voor een bestuursrechtelijke boete geldt immers dat de wetgever daarmee beoogt dat de wetsovertreder die ook zelf in zijn eigen vermogen zal voelen, onder meer als prikkel en afschrikking om in volgende aangelegenheden geen overtreding meer te begaan. Aan deze strekking zou op onaanvaardbare wijze afbreuk kunnen worden gedaan, en het boetestelsel zou op onaanvaardbare wijze worden belemmerd, bedreigd of ondermijnd, als verhaal van die 'schade' mogelijk zou zijn. Vorenstaande brengt het hof ertoe om – ambtshalve – in overweging te nemen of de tussen partijen geldende contractuele bepalingen, voor zover die zien op het verhaal van een hier bedoelde opgelegde boete (dus een boete vanwege haar eigen schending van de norm door X en Pro Persona GGZ), al dan niet nietig zijn wegens strijd met de openbare orde, artikel 3:40 BW. Het hof wijst erop dat een beding dat ertoe strekt dat in strijd met de wet wordt gehandeld (hier: in strijd met de strekking van de wet de boete niet wordt gedragen door degene aan wie die boete is opgelegd) nietig kan zijn, vgl. HR 21 april 1995, NJ 1997/570. Als de bepalingen waarvan X nakoming verlangt, in zoverre nietig zijn, en de boete niet verhaald kan worden, zal dit oordeel in beginsel meebrengen dat de advocaatkosten die gemoeid zijn geweest met de bestrijding van die boete, als onlosmakelijk verbonden met die boete, evenmin verhaalbaar zijn. Het hof gaat er hierbij niet aan voorbij dat onder bijzondere omstandigheden verhaal wel mogelijk zou kunnen zijn. Van bijzondere omstandigheden is het hof voorshands niet gebleken. Het hof zal

partijen in de gelegenheid stellen onderbouwd standpunt in te nemen met betrekking tot de genoemde nietigheid en daartoe de zaak verwijzen naar de rol voor het nemen van aktes. Iedere verdere beslissing wordt aangehouden.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 16-12-2014

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2014:5353

Zaaknummer: HD 200.145.148/01

Rechters: C.M. Aarts, W.H.B. den Hartog Jager en Y.L.L.A.M. Delfos-Roy

Advocaten: G.H. Hermanides en B. Martens

Wetsartikelen: Wet arbeid vreemdelingen, 6:74 BW en 3:40 BW

RECHTSPRAAK

Fantec Bouw&Services/Stichting Raad van Arbeidsverhoudingen (RAS), Stichting Vrijwillig Uittreden (SUS) en Bedrijfstakpensioenfonds (BPF) Schoonmaak- en Glazenwassersbranche

Procedure geschillencommissie geldt niet indien werkgever geen klacht tegen premieheffing indient.

De stichtingen zijn uitvoerders van pensioenregelingen voor ondernemingen en bedrijfstakken en voor andere regelingen ter zake van arbeidsvoorwaarden die voortvloeien uit de CAO voor het Schoonmaak- en Glazenwassersbedrijf. In deze procedure vorderen zij diverse betalingen van Fantec. Fantec heeft betoogd dat de stichtingen met hun vordering voorbarig zijn geweest vanwege het bepaalde in de artikelen 33 ('Klachten') en 34 ('Geschillen') van het Uitvoeringsreglement en om die reden niet-ontvankelijk moeten worden verklaard in hun vordering.

Het hof oordeelt als volgt. Omdat Fantec geen klacht op de voet van genoemd artikel 33 heeft ingediend, waren de stichtingen niet gehouden het onderhavige geschil op de voet van artikel 34 aan de in dat artikel genoemde geschillencommissie voor te leggen.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 16-12-2014

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2014:5394

Zaaknummer: 200.112.498/01

Rechters: R.J.M. Smit, D. Kingma en R.J.F. Thiessen

Advocaten: R.R.B. Dayala en J.A. Trimbach

Wetsartikelen: 33 Uitvoeringsreglement Schoonmaak- en Glazenwassersbranche

RECHTSPRAAK

Grieks restaurant Olympia V.O.F./werknemer

Vennoot of werknemer? Bewijsopdracht aan VOF.

Op 7 augustus 2006 is een overeenkomst gesloten tussen vennoot B, vennoot A en werknemer gericht op samenwerking vanaf 7 augustus 2006 onder de naam VOF Olympia. In deze overeenkomst wordt werknemer als vennoot aangeduid. Uit de stukken van de Kamer van Koophandel blijken vennoten A en B vennoot van de onderneming te zijn. Uit het Handelsregister volgt dat werknemer tevens vennoot is geweest van de VOF. Werknemer dreef voor die tijd een eenmanszaak onder de naam Grieks Restaurant Santorini. Werknemer zou belast zijn met de dagelijkse leiding over de onderneming. In ruil daarvoor ontving werknemer kost en inwoning. Verder kon werknemer aanspraak maken op een extra vergoeding van € 1.500. De samenwerkingsovereenkomst is in ieder geval beëindigd per 29 september 2009 door het feitelijk vertrek van werknemer. Werknemer vordert loon. Daartoe stelt hij het volgende. De samenwerkingsovereenkomst kende gezien de wijze waarop er uitvoering aan gegeven is het karakter van een arbeidsovereenkomst. De in die laatste overeenkomst afgesproken beloning is daarom als salaris aan te merken. Werknemer heeft ook jarenlang salarisstroken ontvangen evenals jaaropgaven. Op grond van de tussen partijen gemaakte afspraak heeft werknemer volgens zijn eigen berekeningen, rekening houdend met een jaarlijkse indexatie, nog een bedrag van € 61.162 bruto aan loon en vakantiegeld tegoed. In eerste aanleg heeft de kantonrechter de loonvordering toegewezen.

Het hof oordeelt als volgt. Het is volgens het hof niet duidelijk wanneer welke VOF precies is opgericht en wie vennoten waren. Daarom wordt de VOF in staat gesteld nader bewijs te leveren van diverse feiten. De zaak wordt aangehouden.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 16-12-2014

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2014:5358

Zaaknummer: HD 200.102.991/01

Rechters: C.M. Aarts, A.P. Zweers-van Vollenhoven en Y.L.L.A.M. Delfos-Roy

Advocaten: W. van Leuven en F.H.M. van Oorschot

Wetsartikelen: 7:61o BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Stichting Het Juridisch Loket

Niet tewerkstellen van werknemer in een specifieke functie na langdurig ziekteverzuim wegens het bedrijfsbelang (hoog afbreukrisico) leidt niet tot schending artikel 7:658a BW, maar is uiting van goed werkgeverschap.

Werknemer is in 1986 in dienst getreden van Het Juridisch Loket (HJL). Werknemer was werkzaam als senior juridisch medewerker met een arbeidsomvang van 36 uur. Van deze 36 uur waren 4 uren gereserveerd voor 'seniortaken', die onder meer inhielden dat hij stagiaires en nieuwe medewerkers moest begeleiden en voor deskundigheids- en kwaliteitsbevordering moest zorgdragen. In 2000 is bij werknemer MS vastgesteld. Vanaf 2007 is hij door deze ziekte vaak en langdurig uitgevallen. De arbeidsovereenkomst is in 2011 van rechtswege geëindigd wegens het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd. Werknemer heeft steeds het volledige loon ontvangen over zijn 'ziekteperiode'. HJL heeft werknemer echter niet meer zijn seniortaken laten uitvoeren. Volgens HJL was het afbreukrisico te groot en was het risico op uitval van werknemer te groot. In deze procedure vordert werknemer schadevergoeding wegens schending van de re-integratieverplichtingen dan wel slecht werkgeverschap.

Het hof oordeelt als volgt. Het hof is, ook als veronderstellenderwijze zou worden uitgegaan van een volledig herstel van werknemer begin 2009, van oordeel dat HJL tegen de achtergrond van de feiten, waaronder de volledige arbeidsongeschiktheid gedurende vrijwel het gehele jaar 2008, alsmede gelet op de door bedrijfsarts geuite twijfel over de duurzaamheid van het herstel, als goed werkgeefster heeft gehandeld door werknemer niet begin 2009 de seniortaken te laten verrichten. Een na langdurige ziekte terugkerende werknemer behoort niet meteen ten volle belast te worden, en gesteld noch gebleken is dat werknemer de kennis- en informatieachterstand, die hij tijdens zijn langdurige afwezigheid op het werk moet hebben opgelopen, in zeer korte tijd weer kon inlopen zonder noemenswaardige inspanningen. Los van het voorgaande is het hof van oordeel dat ook het bedrijfsbelang van HJL bij handhaving van de status quo voor wat betreft de uitvoering van de seniortaken begin 2009 zwaarder mocht wegen dan het belang van werknemer bij ogenblikkelijke toelating tot zijn deeltaak als senior, zulks gedurende de tijd die redelijkerwijze nodig was om te bezien of de

gezondheidssituatie van werknemer, gelet op zijn chronische ziekte, stabiel genoeg was om te kunnen vertrouwen op een adequate uitvoering van die taken. De kantonrechter heeft er in zijn vonnis ook, en naar het oordeel van het hof terecht, op gewezen dat HJL genoodzaakt is geweest steeds vervanging voor de functie van werknemer te regelen om de continuïteit op de vestiging te waarborgen. Het feit dat werknemer op non-actief is gesteld, is evenmin in strijd met het goed werkgeverschap. Integendeel. Door het steeds weer opeisen van de seniortaken na een periode van ziekte, ontstond een gespannen sfeer op de werkvloer. De werkgever heeft daar een einde aan gemaakt. Dat HJL niet spontaan een afscheidsfeest heeft georganiseerd, kan haar niet worden aangerekend (omdat werknemer in die periode een nieuw geschil startte met HJL).

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 16-12-2014

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2014:9836

Zaaknummer: 200.117.691/01

Rechters: M.E.L. Fikkers, L. Groefsema en A.M. Koene

Advocaten: R.A. Severijn en S.M.G. Weitjens

Wetsartikelen: 7:611 BW en 7:658a BW

RECHTSPRAAK

New Cleaning/Agristo

Afwenteling boete WAV door inlener op uitzendbureau in strijd met openbare orde.

New Cleaning heeft aan Agristo een arbeidskracht uitgeleend. Zowel New Cleaning als Agristo hebben een boete wegens overtreding van de Wet arbeid vreemdelingen (WAV) opgelegd gekregen ad € 8.000. Agristo heeft een factuur, d.d. 23 januari 2012, ad € 11.738,45 van New Cleaning & Dienstverlening B.V. ontvangen. Zij heeft voornoemde aan haar opgelegde boete van € 8.000 ingehouden op de betaling van deze factuur. New Cleaning heeft betoogd dat Agristo de aan haar opgelegde boete niet kan verrekenen omdat Agristo op grond van de overeenkomst met New Cleaning zelfstandig diende te controleren of een door New Cleaning ter beschikking gestelde arbeidskracht over een tewerkstellingsvergunning beschikte en Agristo ook los van deze afspraak op grond van de Wet arbeid vreemdelingen verplicht was te controleren of de ter beschikking gestelde arbeidskracht over een tewerkstellingsvergunning beschikte.

Het hof oordeelt als volgt. Ingevolge artikel 1 onderdeel b onder 1° van de Wet arbeid vreemdelingen is eenieder die een ander arbeid laat verrichten aan te merken als werkgever in de zin van de Wet arbeid vreemdelingen. Dat betekent dat meerdere personen als werkgever in de zin van de Wet arbeid vreemdelingen kunnen worden beschouwd en uit dien hoofde kunnen worden beboet. Ingevolge artikel 2 lid 1 Wet arbeid vreemdelingen is immers degene die een vreemdeling arbeid laat verrichten aan te merken als een vergunningplichtige werkgever en te allen tijde verantwoordelijk voor het al dan niet aanwezig zijn van de benodigde tewerkstellingsvergunning. De aan Agristo als werkgever in de zin van de Wet arbeid vreemdelingen opgelegde boete is dan ook aan te merken als een boete wegens eigen tekortkoming op dit punt. Voor een aldus opgelegde bestuursrechtelijke boete geldt verder dat de wetgever daarmee beoogt dat de wetsovertreder die ook zelf in zijn eigen vermogen zal voelen, onder meer als prikkel en afschrikking om in volgende aangelegenheden geen overtreding meer te begaan. Aan deze strekking zou op onaanvaardbare wijze afbreuk kunnen worden gedaan, en het boetestelsel zou op onaanvaardbare wijze worden belemmerd, bedreigd of ondermijnd, als verhaal van die 'schade' mogelijk zou zijn. Vorenstaande brengt

het hof ertoe om – ambtshalve – in overweging te nemen of verhaal van voornoemde schade op grond van de tussen partijen bestaande contractuele verhouding al dan niet in strijd is met de openbare orde. Dit punt is niet door partijen in de procedure opgebracht, zodat het hof uit het oogpunt van goede procesorde partijen in de gelegenheid zou dienen te stellen om zich erover uit te laten of voornoemd verhaal al dan niet in strijd moet worden geacht met de openbare orde, artikel 3:40 BW. Niettemin zal het hof daartoe niet overgaan vanwege het volgende. In de onderhavige zaak is niet gesteld noch gebleken dat New Cleaning en Agristo zijn overeengekomen dat New Cleaning zorg zou dragen voor een tewerkstellingsvergunning voor de arbeidskracht. Daarom en mede gezien het hiervoor geschetste systeem van de Wet arbeid vreemdelingen – ingevolge welk systeem Agristo een eigen verplichting had om een tewerkstellingsvergunning voor de arbeidskracht aan te vragen – gaat het verweer van Agristo, dat zij van New Cleaning als uitzendbureau mocht verwachten dat deze de tewerkstellingsvergunning voor de arbeidskracht had aangevraagd, niet op. De aan Agristo opgelegde boete is immers geen gevolg van het handelen c.q. nalaten van New Cleaning, maar van haar eigen nalatige gedragingen. Het causaal verband tussen de eventuele tekortkoming van New Cleaning en de door Agristo geleden schade ontbreekt derhalve.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 16-12-2014

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2014:5342

Zaaknummer: HD 200.126.556/01

Rechters: C.M. Aarts, W.H.B. den Hartog Jager en Y.L.L.A.M. Delfos-Roy

Advocaten: S. Buddingh en H. Nieuwenhuizen

Wetsartikelen: Wet arbeid vreemdelingen en 3:40 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Rietveld Academie

Wegnemen van € 120 vormt een dringende reden voor ontslag. Videobeelden die aantonen dat werknemer portemonnee heeft gepakt en ingezien, alsmede het kasverschil is voldoende bewijs voor dringende reden.

Werknemer is van 31 maart 2001 tot 17 maart 2011 in dienst van de Rietveld Academie geweest in de functie van conciërge. In het gebouw waarin de Rietveld Academie is gevestigd bevinden zich verschillende werkplaatsen, waaronder een houtwerkplaats. Bij of onder deze werkplaats bevindt zich een afsluitbare ruimte, door partijen aangeduid als ‘de mottenkelder’, waarin stellingrekken zijn aangebracht. In die ruimte, in een van de stellingrekken, pleegde een portemonnee te worden bewaard met daarin geld dat aan de Rietveld Academie toebehoorde. Uit videobeelden blijkt dat werknemer op 9 maart 2011 in de mottenkelder de portemonnee heeft gepakt en ingezien. Op 10 maart 2011 is er een kasverschil van € 120 in de portemonnee geconstateerd. Rietveld heeft werknemer op staande voet ontslagen.

Het hof oordeelt als volgt. Rietveld Academie is, behoudens tegenbewijs, geslaagd in het bewijs dat werknemer geld heeft gestolen. Op grond van het vaststaande feit dat werknemer de portemonnee heeft opgepakt, geopend en ingezien in samenhang met de schriftelijke verklaringen van X, Y en Z (die verklaarden dat werknemer de enige is geweest dit in de mottenkamer is geweest tussen de tijdstippen waarbinnen zich het kasverschil heeft voltrokken), moet het voorshands ervoor worden gehouden dat de verdenking van de Rietveld Academie dat werknemer € 120 heeft weggenomen uit de portemonnee in de mottenkelder, gegrond is. Bij gegrondheid van deze verdenking heeft de Rietveld Academie werknemer met recht verweten dat zijn gedrag ‘onacceptabel’ is geweest en dat hij haar vertrouwen in hem ‘in ernstige mate [heeft] beschaamd’ en is de aan werknemer meegedeelde ontslaggrond komen vast te staan. In dat geval brengen de aard en de ernst van hetgeen de Rietveld Academie werknemer heeft verweten en aan het ontslag ten grondslag heeft gelegd, mee dat een dringende reden voor het gegeven ontslag bestond, ook als rekening wordt gehouden met de ingrijpende gevolgen van het ontslag voor werknemer en met de verdere omstandigheden van het geval. Het ontslag op staande voet is dan dus terecht gegeven.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 09-12-2014

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2014:5207

Zaaknummer: 200.128.953/01

Rechters: A.M.A. Verscheure, D.J. van der Kwaak en W.H.F.M. Cortenraad

Advocaten: J.L. Aarts en R.J. Wiebosch

Wetsartikelen: 7:677 BW en 7:678 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Rijschool Amsterdam

Onverwijld mededeling ‘dringende redenen van uiteenlopende aard’ is onvoldoende duidelijk.

Werknemer is sinds juni 2012 in dienst van Rijschool Amsterdam als rijinstructeur. Werknemer is in januari 2013 uitgevallen wegens ziekte. Vanaf februari verricht werknemer passende arbeid. Hij is meermalen niet komen werken. Als hij zich op 19 februari 2013 afmeldt per sms wegens opname van ouderschapsverlof, wordt hij op staande voet ontslagen. In de ontslagbrief staat het volgende vermeld: ‘De grondslag van het ontslag [is] gelegen in dringende redenen van uiteenlopende aard. Zo is er onder meer sprake geweest van werkweigering; verzuim zonder geldige reden en buiten werktijden – zonder toestemming – gebruikmaken van een lesvoertuig. Tezamen vormen deze redenen grondslag om je op staande voet te ontslaan.’ De kantonrechter heeft het ontslag op staande voet rechtsgeldig geoordeeld. Werknemer stelt zich op het standpunt dat de dringende reden hem niet onverwijld is medegedeeld.

Het hof oordeelt als volgt. Bij de beoordeling van deze klacht staat voorop dat de eis dat de dringende reden onverwijld wordt meegedeeld, ertoe strekt dat voor de werknemer onmiddellijk duidelijk is welke eigenschappen of gedragingen de werkgever hebben genoopt tot het beëindigen van de dienstbetrekking. Dit brengt mee dat voor de werknemer in redelijkheid geen enkele twijfel moet kunnen bestaan over de, als dringend aangemerkte, reden die de werkgever aan de beëindiging van de dienstbetrekking ten grondslag heeft gelegd. De door Rijschool Amsterdam aan werknemer gedane mededeling van de ontslaggrond voldoet niet aan het hierboven beschreven vereiste. De aangehaalde mededeling van de ontslaggrond rept van ‘dringende redenen van uiteenlopende aard’, die tezamen de grondslag vormden om werknemer op staande voet te ontslaan. Alle hier bedoelde redenen moesten werknemer dus onmiddellijk duidelijk zijn, althans daaromtrent mocht bij hem in redelijkheid geen enkele twijfel kunnen bestaan, aangezien Rijschool Amsterdam die redenen gezamenlijk aan het ontslag ten grondslag had gelegd. Deze vereiste duidelijkheid ontbreekt.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 09-12-2014

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2014:5403

Zaaknummer: 200.144.151/01

Rechters: J.E. Molenaar, L.A.J. Dun en W.H.F.M. Cortenraad

Advocaten: L.M. Ravestijn

Wetsartikelen: 7:677 BW en 7:678 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Randstad Nederland BV

Senior Business Controller heeft vanwege zijn functionele betrokkenheid bij het Senior Business Controllersoverleg en overleg met de CFO, rekening te houden met een ruime uitleg van het concurrentiebeding. Geen matiging.

Werknemer (40 jaar) is sinds 2008 in dienst van Randstad, laatstelijk als Senior Business Controller. In deze laatste functie was werknemer verantwoordelijk voor de bedrijfsonderdelen Randstad Inhouse Services, Randstad Callflex, Randstad Transport en Randstad Zorg. De direct leidinggevende van werknemer was de Chief Financial Officer (CFO) van Randstad. Werknemer had tweewekelijks overleg met de vijf andere Senior Business Controllers en de CFO. Daarnaast nam hij periodiek deel aan het Landelijk Directeurenoverleg (LDO) van Randstad, waaraan de circa 50 belangrijkste managers deelnamen. In juni 2014 bericht werknemer dat hij bij Conclusion in dienst zal treden. Randstad wijst werknemer op het concurrentiebeding, alsmede het belang van Randstad om werknemer aan dit beding te houden. In deze procedure staat de vraag centraal of werknemer aan het concurrentiebeding gebonden is en of indiensttreding bij Conclusion verboden is. Op zichzelf staat tussen partijen niet ter discussie dat Randstad en Conclusion zich beide bezighouden met, kort gezegd, terbeschikkingstelling van personeel onder leiding en toezicht van de opdrachtgever en dat zij in zoverre concurrerende activiteiten ontplooiën. Partijen verschillen (onder meer) van mening over de vraag of Conclusion activiteiten ontplooit die – als bedoeld in het concurrentiebeding – gelijk of aanverwant zijn aan die welke worden ontwikkeld door de hiervoor vermelde onderdelen van Randstad waarvoor werknemer verantwoordelijk was. Volgens Randstad is dit het geval, volgens werknemer niet. Randstad is echter ook bij een negatieve beantwoording van deze vraag de mening toegedaan dat werknemer – in de zin van het concurrentiebeding – betrokken is geweest bij activiteiten van Randstad waarmee die van Conclusion concurreren zulks, kort gezegd, vanwege het feit dat werknemer regelmatig overleg voerde met de andere Senior Business Controllers en deelnam aan het Landelijk Directeurenoverleg.

Het hof oordeelt als volgt. Het hof stelt voorop dat het bij de uitleg van het onderhavige

concurrentiebeding aankomt op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan dat beding mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Bij een beding als het onderhavige, dat (eenzijdig) door Randstad is opgesteld en waarover tussen partijen niet is onderhandeld, is de taalkundige betekenis van de gekozen bewoordingen van groot belang. De bewoordingen van het concurrentiebeding geven geen enkele aanleiding te veronderstellen dat met het woord 'betrokken' wordt bedoeld 'rechtstreeks betrokken' in de betekenis als door de kantonrechter is aangenomen, ook niet als daarbij de overige bepalingen van de arbeidsovereenkomst, in het bijzonder het relatiebeding en het geheimhoudingsbeding, in ogenschouw worden genomen. Dat het concurrentiebeding aldus een 'ruim' karakter heeft, doet daaraan niet af. Dit neemt niet weg dat bij de beoordeling van de vorderingen over en weer – vanzelfsprekend – van belang is of de in het concurrentiebeding bedoelde betrokkenheid van werknemer bij de activiteiten van Randstad, waarmee die van Conclusion concurreren, ten minste enigszins substantieel was. Werknemer heeft in hoger beroep niet meer aangevoerd dan dat het overleg van de vijf Senior Business Controllers en de CFO alleen bedoeld was voor werkoverleg, maar niet leidde tot inzicht in de andere operationele eenheden, laat staan tot uitwisseling van zeer vertrouwelijke en koersgevoelige informatie, alsmede dat deze laatste stelling door Randstad niet wordt uitgewerkt en bij gebrek aan wetenschap wordt betwist. Bij deze stand van zaken concludeert het hof dat voldoende aannemelijk is dat werknemer (substantieel) betrokken is geweest bij activiteiten van Randstad waarmee die van Conclusion concurreren.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 09-12-2014

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2014:5393

Zaaknummer: 200.154.845/01 SKG

Rechters: R.J.F. Thiessen, R.J.M. Smit en L.A.J. Dun

Advocaten: E.W. Kingma en W.H. van Baren

Wetsartikelen: 7:653 BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/Spencer Stuart International BV

Ontheffen uit functie na eenmalige mededeling van leidinggevende dat werkneemster onvoldoende functioneert zonder concreet verbeterplan en verslaglegging, doorstaat Stoof/Mammoet-toetsing niet. Loonrisico voor werkgever.

Werkneemster is op 1 april 2012 in dienst getreden van SSI in de functie van Executive Assistant op basis van een arbeidsovereenkomst voor de duur van één jaar. Haar leidinggevende schrijft op 1 mei dat werkneemster onvoldoende 'vingervlug' is met het Office-pakket en verwacht van haar verbeteringen. Op 15 mei 2012 geeft haar leidinggevende aan de arbeidsovereenkomst te beëindigen wegens het wegvallen van vertrouwen in haar functioneren in een een-op-eenrelatie. Vanaf 1 augustus 2012 wordt werkneemster daarom 'allround' ingezet. Werkneemster weigert hieraan gehoor te geven. De kantonrechter heeft geoordeeld dat werkneemster weigert passende arbeid te verrichten, en achtte de opgelegde loonstop ex artikel 7:629 lid 3 BW terecht. Werkneemster voert aan dat de kantonrechter ten onrechte heeft overwogen dat artikel 7:629 lid 1 en lid 3 BW van toepassing zijn. Zij stelt zich (primair) op het standpunt dat op grond van de feiten in deze zaak artikel 7:628 lid 1 BW van toepassing is; zij heeft immers de bedongen arbeid niet verricht door een oorzaak die uitsluitend voor rekening van SSI komt.

Het hof oordeelt als volgt. SSI voert aan dat in de gegeven gewijzigde omstandigheden sprake is geweest van een redelijk voorstel van haar zijde. Die gewijzigde omstandigheden hebben hierin bestaan dat sprake was van een verkeerde presentatie en inschatting van de competenties van werkneemster en op het feit dat haar leidinggevende na ruim drie maanden nauwelijks ondersteuning te hebben gekregen een goed functionerende Executive Assistant nodig had. Haar voorstel was bovendien redelijk omdat de aangeboden werkzaamheden bijna dezelfde waren als, naar het hof begrijpt, de bedongen werkzaamheden. Ter gelegenheid van het pleidooi heeft SSI nog aangevoerd dat werkneemster tijdens het sollicitatietraject een onrealistisch beeld heeft geschetst van haar capaciteiten en dat de inhoud van het door haar overgelegde CV niet in overeenstemming was met de werkelijkheid. Zij heeft de gang van zaken ten tijde van de sollicitatie echter niet nader toegelicht en geconcretiseerd zodat het hof

daaraan voorbijgaat. Aan gewijzigde omstandigheden blijft dan ook over het veronderstelde slechte functioneren van werknemster. Daarbij valt op dat dit veronderstelde disfunctioneren slechts op schrift is gesteld in de e-mail van leidinggevende van 1 mei 2012. SSI heeft destijds het functioneren van werknemster niet op andere wijze vastgelegd, althans dit is uit de processtukken niet op te maken. Daaruit kan worden geconcludeerd dat werknemster slechts eenmaal schriftelijk van het oordeel over haar functioneren op de hoogte is gebracht. Aan dit schriftelijke oordeel is geen concreet plan tot verbetering van haar functioneren verbonden; werknemster is slechts aangezegd dat zij binnen twee weken grote verbeteringen moet laten zien. Een verslaglegging van haar functioneren na ommekomst van deze aangezegde twee weken ontbreekt. Daardoor blijft onduidelijk of op dat moment nog een gesprek heeft plaatsgevonden en wat de inhoud daarvan zou zijn geweest. Uit de processtukken blijkt slechts dat aan werknemster is meegedeeld dat het vertrouwen in haar functioneren ontbreekt. Het hof concludeert op grond van een en ander dat SSI werknemster onvoldoende inzichtelijk heeft gemaakt waar het in haar functioneren aan schortte, maar ook vooral dat aan haar niet een reële mogelijkheid is gegeven om haar functioneren te verbeteren. Het hof neemt daarbij in aanmerking dat de verslaglegging ter zake ontbreekt of op zijn minst niet volledig is geweest. De conclusie is dat werknemster de bedongen arbeid niet heeft verricht door een oorzaak die in redelijkheid voor rekening van SSI behoort te komen en dat zij aldus haar recht op loon heeft behouden.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 09-12-2014

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2014:5117

Zaaknummer: 200.136.849/01

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

Advocaten: H.Th. Schravenmade en D. Knottenbelt

Wetsartikelen: 7:611 BW en 7:628 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/KZS Schoonmaakbedrijf en dienstverlening

Ontslag op staande voet wegens (vermeende) diefstal van bouwmaterialen rechtsgeldig. Ontslaggrond onverwijld medegedeeld, mede in het licht van eerder gegeven mondelinge mededeling.

Werknemer is op 7 september 2009 bij KZS voor de duur van twaalf maanden in dienst getreden in de functie van algemeen medewerker tegen een bruto maandloon van € 2.050. Werknemer werd door KZS uitgeleend aan Easy Clean Up B.V., die werknemer te werk had gesteld bij bouwbedrijf X. Werknemer verrichtte werkzaamheden op een bouwterrein te Utrecht. Op 29 april 2010 heeft KZS werknemer mondeling op staande voet ontslagen. In een brief van 29 april 2010 aan werknemer heeft KZS dit ontslag bevestigd met de volgende woorden: 'Helaas zijn wij op grond van ernstige klachten van het project waar u werkzaam bent genoodzaakt om u per direct vanaf 30 april 2010 uit dienst te melden.' Volgens werknemer is deze ontslaggrond onvoldoende duidelijk.

Het hof oordeelt als volgt. De klacht faalt. Het ontslag op staande voet is werknemer mondeling gegeven. Daarbij is – zo leidt het hof uit getuigenverklaringen af – tevens medegedeeld wat de reden van het ontslag was, te weten de aan werknemer verweten diefstal. Alle overige klachten die betrekking hebben op het al dan niet meenemen van bouwmaterialen en het al dan niet uitdrukkelijk waarschuwen van werknemer, vallen in het nadeel van werknemer uit. Het ontslag is terecht gegeven.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 25-11-2014

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2014:4886

Zaaknummer: 200.115.765/01

Rechters: J.E. Molenaar, L.A.J. Dun en W.H.F.M. Cortenraad

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

Wetsartikelen: 7:677 BW en 7:678 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Macro Ltd.

Geschil over bonus omdat werkgever nalaat bonusplan voor werknemer op te stellen. Werknemer haalt drempelwaarde niet.

Van 1 januari 2008 tot 1 oktober 2009 is werknemer in dienst geweest van Macro 4 als Group Director Field Operations tegen een salaris van laatstelijk € 145.000 bruto per jaar. Vanaf medio juni 2009 heeft werknemer geen werkzaamheden meer voor Macro 4 verricht. In de tussen partijen gesloten arbeidsovereenkomst is in artikel 4.2 bepaald: 'Employee is entitled to a variable salary of maximum € 100.000,00 a year at 100% of the commission plan, the commission plan is not capped.' Het fiscale/financiële jaar (FY) bij Makro 4 loopt van 1 juli tot 1 juli. Macro 4 heeft voor werknemer voor FY 2008/2009 geen nieuw bonusplan vastgesteld, hoewel werknemer hiernaar meermaals heeft geïnformeerd. Bij de regeling ter beëindiging van de arbeidsovereenkomst die partijen zijn overeengekomen, hebben zij de bonus over FY 2008/2009 uitdrukkelijk uitgesloten.

Het hof oordeelt als volgt. In het bonusplan van werknemer voor de periode van zijn indiensttreding tot 1 juli 2008 is een drempel van 50% van de vastgestelde 'Revenue quota' als target opgenomen ('No bonus is payable below 50% of Revenue quota'). Werknemer heeft aangevoerd dat deze drempel niet voor hem voor de bonusvaststelling over het FY 2008/2009 geldt. Hierin volgt het hof werknemer niet. Het is niet aannemelijk dat een drempel van 50% niet ook in het bonusplan voor het jaar 2008/2009 zou zijn opgenomen indien dit door Macro 4 voor werknemer zou zijn vastgesteld. In het bonusplan voor werknemer voor FY 2007/2008 is de drempel van 50% opgenomen en Macro 4 heeft aangevoerd en met stukken onderbouwd dat zij deze drempel ook heeft opgenomen in de bonusplannen voor andere werknemers voor het FY 2008/2009 en daarna. Na diverse berekeningen komt het hof tot het oordeel dat werknemer de drempelwaarde niet haalt.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 25-11-2014

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2014:4888

Zaaknummer: 200.117.601/01

Rechters: D. Kingma, J.E. Molenaar en S.F. Schütz

Advocaten: S.T.W. Verhaagh en L.E.H. van de Wouw-Scholz

Wetsartikelen: 7:611 BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/V&D

Tewerkstelling van ‘verkoopmedewerker’ van klantenservice naar herenmode is geen wijziging van arbeidsvoorwaarden. Goed werkgeverschap evenmin geschonden nu rekening is gehouden met de fysieke beperkingen van werkneemster.

Werkneemster is op 13 oktober 1992 in dienst getreden van een rechtsvoorganger van V&D in de functie van ‘verkoopmedewerker’. Zij is sindsdien onafgebroken in dienst gebleven van die rechtsvoorganger en, aansluitend, van V&D. Vanaf haar indiensttreding is zij werkzaam in het warenhuis van V&D dat is gelegen in het centrum van ’s-Gravenhage. Werkneemster heeft op enig moment gezondheidsproblemen gekregen die haar feitelijk beperk(t)en in haar mogelijkheden om werkzaamheden staand of lopend te verrichten. Naar aanleiding hiervan heeft V&D werkneemster, met haar instemming, vanaf een datum in september 2005 tewerkgesteld op de afdeling klantenservice van het hierboven genoemde warenhuis. Op die afdeling kon zij zittend werkzaam zijn. In 2011 heeft in het betrokken warenhuis een verbouwing plaatsgevonden, waarbij zowel de fysieke inrichting van de afdeling klantenservice als de bedrijfsmatige opzet van de dienstverlening aan klanten door op die afdeling werkzame personen is gewijzigd. In het kader van deze wijzigingen heeft V&D de mogelijkheid om op de genoemde afdeling zittend werkzaamheden te verrichten, laten vervallen. Werkneemster kreeg hierdoor ter plekke geen zitmogelijkheid meer. Zij is vervolgens vanaf begin 2012, tegen haar zin, tewerkgesteld op de afdeling herenmode. Daar is voor haar achter een kassa een stoel met bijbehorende voetensteun geplaatst en rekent zij, onder meer, door klanten van V&D gekochte kleding af. Werkneemster verzoekt V&D haar opnieuw te werk te stellen op de afdeling klantenservice en haar daar een zitmogelijkheid te bieden.

Het hof oordeelt als volgt. Anders dan werkneemster meent, is zij niet aangesteld als ‘medewerker klantenservice’, maar als verkoopmedewerker (B). Er is in die zin geen sprake van een functiewijziging. Haar tewerkstelling op de afdeling herenmode vanaf begin 2012 kan daarom niet worden beschouwd als een eenzijdige, door V&D opgelegde wijziging van de toepasselijke arbeidsvoorwaarden. Voorop staat voorts dat V&D in beginsel bevoegd is

werknemster te instrueren omtrent de door haar op grond van de bestaande overeenkomst (als 'verkoopadviseur B') te verrichten werkzaamheden, met dien verstande dat V&D, naar tussen partijen niet in geschil is, als goed werkgever verplicht is bij het opdragen van werkzaamheden aan werknemster rekening te houden met haar beperkte mogelijkheden om staand of lopend werkzaam te zijn. Door werknemster te werk te stellen op de afdeling herenmode en daar voor haar een stoel met bijbehorende voetensteun te plaatsen, als gevolg waarvan zij haar werkzaamheden goeddeels zittend kan verrichten, is V&D die verplichting afdoende nagekomen. Dat werknemster het werk op de afdeling herenmode als 'een stap terug' ervaart en daaraan minder bevrediging ontleent dan voorheen, maakt dit niet anders. Voor het oordeel dat V&D de genoemde verplichting afdoende is nagekomen, is mede van betekenis dat zij aan werknemster heeft voorgesteld voortaan werkzaam te zijn op de afdeling klantenservice van een ander, in de nabijheid van 's-Gravenhage gelegen warenhuis van V&D, waar op die afdeling wel een zitmogelijkheid bestaat, en dat werknemster dit op zichzelf redelijke voorstel heeft afgewezen. Ten slotte is van belang dat ook als wel zou worden aangenomen dat werknemers tewerkstelling op de afdeling herenmode een eenzijdige wijziging van de arbeidsvoorwaarden inhoudt, V&D hiertoe in de genoemde gewijzigde omstandigheden als goed werkgever aanleiding heeft kunnen vinden en dat werknemers tewerkstelling op die afdeling op de hiervoor beschreven gronden, waarbij de omstandigheden van het geval en de wederzijdse belangen mede in aanmerking zijn genomen, in redelijkheid van haar kan worden gevergd.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 18-11-2014

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2014:4802

Zaaknummer: 200.133.064/01

Rechters: W. Tonkens-Gerkema, W.H.F.M. Cortenraad en M.L.D. Akkaya

Advocaten: Q.A.L.M. Gijsbers en J.D. Uding

Wetsartikelen: 7:613 BW en 7:611 BW

RECHTSPRAAK

Deltacell/werknemer

Volledige schorsing concurrentiebeding bij beëindiging van het bedrijf. Belang van werkgever (mogelijke verkoop van de onderneming) weegt niet op tegen belang werknemer (vinden van nieuw werk).

(Zie ook AR 2014-1016.) Deltacell is een klein biotechbedrijf dat onderzoek doet naar processen in de long. Werknemer is van 1 maart 2003 tot 1 oktober 2013 in dienst geweest van Deltacell. Op deze arbeidsovereenkomst is een concurrentiebeding van toepassing. Op 13 mei 2013 heeft Deltacell aan het UWV toestemming gevraagd om alle werknemers van Deltacell te ontslaan wegens de voorgenomen bedrijfssluiting van Deltacell. De arbeidsovereenkomst van werknemer is tegen 1 oktober 2013 opgezegd. Werknemer heeft in eerste aanleg gevorderd, kort gezegd, dat de kantonrechter bij wege van voorlopige voorziening primair het concurrentiebeding schorst en subsidiair aan werknemer een vergoeding per maand toekent voor de resterende duur van het concurrentiebeding, in beide gevallen met veroordeling van Deltacell in de proceskosten. Hij heeft daartoe gesteld dat zijn functie bij Deltacell door het vertrek van Z ingrijpend is gewijzigd – waardoor het concurrentiebeding aanmerkelijk zwaarder is gaan drukken en opnieuw had moeten worden overeengekomen – maar dat hij, nu in kort geding geen verklaring voor recht kan worden gegeven dat het concurrentiebeding op die grond niet meer van toepassing is, schorsing daarvan vordert omdat voor hem van belang is – gelet op de periode dat hij niet zou kunnen werken, alsmede op zijn leeftijd – op korte termijn duidelijkheid te verkrijgen omtrent zijn mogelijkheden op de arbeidsmarkt, mede in aanmerking genomen de aanzienlijke boete die is gesteld op overtreding van het concurrentiebeding. Het belang dat Deltacell daartegenover stelt is volslagen onduidelijk, omdat zij geen klanten heeft en geen omzet en zelf(s) heeft gesteld dat zij de onderneming gaat staken. Deltacell heeft hiertegen verweer gevoerd. De kantonrechter heeft in het vonnis waarvan beroep, kort samengevat en voor zover thans relevant, als volgt overwogen. De vraag of het concurrentiebeding aanmerkelijk zwaarder is gaan drukken kan in het midden blijven, nu uit de stukken en het verhandelde ter zitting niet is gebleken dat Deltacell enig redelijk belang heeft bij handhaving van het concurrentiebeding. Een concurrentiebeding strekt ter bescherming van het bedrijfsdebet van de (voormalige) werkgever, maar nu Deltacell feitelijk niet meer actief is, kan niet worden gezegd dat sprake is van enig te beschermen

bedrijfsdebiet.

Het hof oordeelt als volgt. Deltacell heeft in eerste aanleg vooral aangevoerd dat zij groot belang heeft bij handhaving van het concurrentiebeding omdat er nog gesprekken werden gevoerd met een concurrerend bedrijf, dat het bij een mogelijke overdracht vooral gaat om de sinds oktober 2002 vergaarde kennis en kunde en dat zij ernstig zal worden gehinderd in haar onderhandelingspositie als deze kennis en kunde grotendeels 'binnengehaald' zou kunnen worden door één of meer werknemers van Deltacell in dienst te nemen. Vaststaat dat onderhandelingen tussen Deltacell en Resem omtrent een mogelijke overname van de bedrijfsactiviteiten van Deltacell hebben plaatsgevonden. Eveneens staat vast dat Deltacell niet met enig ander bedrijf dan Resem heeft gesproken, nu werknemer dit heeft gesteld en Deltacell deze stelling niet heeft weersproken door andere bedrijven te noemen met wie zij in gesprek is of is geweest. Niet aannemelijk is dan ook dat Deltacell ten tijde van het wijzen van het bestreden vonnis nog een reëel belang bij het concurrentiebeding had. Daar komt bij dat werknemer belang heeft bij duidelijkheid over de werking van het beding. Volgt volledige schorsing.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 18-11-2014

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2014:4794

Zaaknummer: 200.144.909/01

Rechters: A.M.A. Verscheure, R.J.M. Smit en D.J. van der Kwaak

Advocaten: R. Verduijn en B.S. Hagemann

Wetsartikelen: 7:653 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Struyk Verwo

Ontslag 47-jarige werknemer wegens ‘verwijtbaar handelen of nalaten’ is niet kennelijk onredelijk. Slecht werknemerschap.

Werknemer is met ingang van 1 oktober 1998 in dienst getreden bij Struyk Verwo als productiemedewerker. Zijn salaris bedroeg laatstelijk € 2.379 bruto per maand exclusief vakantietoeslag en andere arbeidsvoorwaarden. De Cao voor de Betonproductenindustrie is van toepassing. In 2007 heeft werknemer schade opgelopen door een arbeidsongeval bij Struyk Verwo. Begin 2008 is werknemer 100% hersteld verklaard. Vanaf 2008 verslechtert de arbeidsverhouding. In 2011 meldt Struyk Verwo dat zij voornemens zijn werknemer over te plaatsen naar Amsterdam. Werknemer meldt zich vervolgens ziek. Uiteindelijk wordt met toestemming van UWV (op grond van verwijtbaar handelen of nalaten) de arbeidsovereenkomst opgezegd per 1 juli 2012. Werknemer vordert schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag.

Het hof oordeelt als volgt. Met de kantonrechter is het hof van oordeel dat niet is komen vast te staan dat Struyk Verwo werknemer onheus heeft behandeld in het kader van het bedrijfsongeval dat werknemer op 3 april 2007 in de nevenvestiging van Struyk Verwo te Leimuiden is overkomen. Voor zover werknemer betoogt dat Struyk Verwo hem ten onrechte heeft ontslagen omdat de ontstane situatie een direct gevolg is van omstandigheden die liggen binnen de sfeer van de werkgever, althans dat er in ieder geval een verband bestaat tussen de arbeidsongeschiktheid, de ontstane situatie en het werk in die zin dat Struyk Verwo, omdat zij een boete en een schadevergoeding vanwege het bedrijfsongeval heeft moeten betalen, werknemer van disfunctioneren en verwijtbaar handelen – waarvan echter geen sprake is geweest – is gaan beschuldigen, kan het hof werknemer daarin niet volgen. Struyk Verwo heeft bij wege van verweer voldoende gemotiveerd gesteld dat werknemer al vóór de datum van het bedrijfsongeval (op 3 april 2007) door haar is aangesproken op zijn houding en functioneren binnen het bedrijf. Het voorgaande betekent bovendien dat voldoende (objectief gefundeerde) klachten omtrent het gedrag van werknemer aanwezig waren om het gegeven ontslag te rechtvaardigen en dat van Struyk Verwo niet kon worden gevergd – nu de overplaatsing naar de vestiging te Amsterdam geen althans onvoldoende verbetering in de

werkhouding van werknemer had teweeggebracht – dat zij werknemer ten tweede male naar (weer) een andere vestiging zou overplaatsen om te bezien of hij daar dan wel naar tevredenheid zou (kunnen) functioneren. In het voorgaande ligt tevens besloten dat de stelling van werknemer dat Struyk Verwo – omdat zij een boete en een schadevergoeding vanwege het bedrijfsongeval heeft moeten betalen – hem ten onrechte van disfunctioneren en verwijtbaar handelen is gaan beschuldigen, moet worden gepasseerd. De omstandigheid dat opzegging van de arbeidsovereenkomst voor werknemer, mede gelet op zijn leeftijd ten tijde van het ontslag (47 jaar), wellicht een minder sterke positie op de arbeidsmarkt meebracht en dat sprake is geweest van een redelijk lang dienstverband (van bijna veertien jaar), leggen, alle overige omstandigheden ten tijde van het ontslag mede in aanmerking genomen, noch op zichzelf, noch in onderling verband beschouwd voldoende gewicht in de schaal om op grond daarvan tot het oordeel te komen dat de gevolgen van de opzegging voor werknemer te ernstig zijn in vergelijking met het belang van Struyk Verwo daarbij. Tot die overige omstandigheden rekent het hof in het bijzonder dat werknemer zowel tijdens zijn werkzaamheden in de vestiging te Leimuiden als in het kader van en na overplaatsing naar de vestiging te Amsterdam zich niet heeft gedragen zoals van een goed werknemer mag worden verwacht.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 28-10-2014

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2014:4551

Zaaknummer: 200.138.893/01

Rechters: S.F. Schütz, D.J. van der Kwaak en R.M. Beltzer

Advocaten: A. Sarioglu en B. Vleer

Wetsartikelen: 7:681 BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/You Sure B.V.

Ontbinding arbeidsovereenkomst na overgang van onderneming op verzoek werkneemster. Dat werkneemster in plaats van tien minuten per fiets ongeveer twee uur met verschillende vervoersmodaliteiten (enkele reis) onderweg is naar het werk, kan in redelijkheid van haar worden gevergd. Werkneemster ervaart subjectieve belemmering en verstoorde arbeidsrelatie. Vergoeding drie maandsalarissen.

Werkneemster (41 jaar) is per 14 februari 2000 in dienst getreden bij de rechtsvoorganger van You Sure. Laatstelijk was zij werkzaam in de functie van administratief medewerkster assurantiën. Medio september 2014 is werkneemster als gevolg van een overgang van onderneming in dienst getreden van You Sure. Werkneemster heeft een ontbindingsverzoek ingediend. De discussie tussen partijen spitst zich toe op de vraag of van werkneemster in redelijkheid gevergd kan worden dat zij dagelijks naar Ridderkerk reist om aldaar haar werkzaamheden te verrichten, ofwel met de auto, ofwel met het openbaar vervoer.

Naar het oordeel van de kantonrechter is de enkele reis afstand met de auto – door beide partijen, zonder rekening te houden met files, op ongeveer een uur berekend – zonder meer acceptabel te noemen. Werkneemster heeft echter, om haar moverende redenen, te kennen gegeven dat het voor haar niet mogelijk is om met de auto naar haar werk te komen en zij kiest ervoor om per openbaar vervoer te reizen. Hoewel kan worden ingezien dat er een groot verschil bestaat tussen een fietstocht van tien minuten om op het werk te komen, of een rit van ongeveer twee uur via verschillende vervoersmodaliteiten, is de kantonrechter van oordeel dat dit in de gegeven omstandigheden van werkneemster kan worden gevergd. Gebleken is van een inmiddels door werkneemster subjectief als verstoord beleefde arbeidsrelatie. You Sure heeft juist aangegeven dat het functioneren van werkneemster geenszins ter discussie staat en dat er een vacature zal moeten worden opengesteld indien zij zou vertrekken. De belemmering die werkneemster ervaart is subjectief van aard en valt You Sure in redelijkheid niet aan te rekenen. Vaststaat dat werkneemster een redelijk alternatief heeft om niet met het openbaar vervoer te hoeven reizen, maar zij geeft om persoonlijke

redenen aan dat zij ertegen opziet om dagelijks in het drukke verkeer met haar eigen auto te reizen. Werkneemster heeft evenwel geen verdere uitleg gegeven voor de door haar beschreven belemmeringen met autorijden en gesteld, noch gebleken is dat hieraan een medische oorzaak ten grondslag ligt. Meegewogen wordt dat werkneemster op geen moment heeft verklaard dat zij wel bereid is om de door haar ervaren barrière te beslechten, althans daarvan is niet gebleken. De arbeidsovereenkomst wordt ontbonden. Daar in het voortraject You Sure de bereidheid heeft getoond om met werkneemster een beëindigingsregeling te treffen, waarbij er rekening zou worden gehouden met de voor haar geldende (fictieve) opzegtermijn, wordt aan werkneemster een vergoeding toegekend van drie maandsalarissen, inclusief vakantietoeslag.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 19-12-2014

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2014:6934

Zaaknummer: 3515378 ME VERZ 14-223

Rechters: A.W.M. van Hoof

Advocaten: M.J. Hamer en J.C. Brökling

Wetsartikelen: 7:665 BW en 7:685 BW

RECHTSPRAAK

Quo Vadis/werkneemster

Ontbinding arbeidsovereenkomst secretaresse wegens verstoorde arbeidsrelatie. Alleen als blijkt dat werkneemster op grond van de toepasselijke CAO PO geen aanspraak kan maken op een bovenwettelijke WW-uitkering, wordt haar een vergoeding van € 35.000 bruto toegekend.

Werkneemster is op 7 december 1990 bij (de rechtsvoorganger van) Quo Vadis in dienst getreden en thans aangesteld in de functie van secretaresse ambtelijk secretariaat GMR. In de loop van 2014 is tussen partijen verschil van inzicht ontstaan over de (uitvoering van de) werkzaamheden van werkneemster en de daaraan noodzakelijkerwijze te besteden tijd. Eind augustus 2014 bereikte de leidinggevende van werkneemster het bericht dat zij de vertrouwelijkheid van het directieoverleg, dat zij als notuliste bijwoonde, zou hebben geschonden. Werkneemster heeft zich na dit incident ziek gemeld. Quo Vadis verzoekt ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens een verstoorde arbeidsrelatie.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Alle drie de rapportages van de bedrijfsarts vermelden dat sprake is van reële klachten bij werkneemster, veroorzaakt door werkgerelateerde stressklachten, maar ook dat er geen sprake is van ziekte en/of gebrek. Het moet er daarom rechteens voor worden gehouden dat werkneemster niet arbeidsongeschikt is en dus geen sprake is van een opzegverbod wegens ziekte. De arbeidsverhouding tussen partijen is grondig en onherstelbaar verstoord. Daarbij gaat het dan in het bijzonder om de persoonlijke verhouding tussen werkneemster enerzijds en haar leidinggevende anderzijds. Werkneemster heeft niet (voldoende gemotiveerd) weersproken dat zij bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst ingevolge de op de arbeidsverhouding tussen partijen van toepassing zijnde CAO PO, en wel speciaal op grond van Bijlage XVI daarvan (de WOPO), aanspraak heeft op een verlengde werkloosheidsuitkering tot aan haar 65e verjaardag. De kantonrechter kan op grond van de overgelegde stukken onvoldoende beoordelen of werkneemster aan alle voorwaarden voor toekenning van een zodanige uitkering voldoet. Indien zij daarop aanspraak kan maken, bestaat geen reden voor toekenning van een vergoeding. Indien mocht blijken dat werkneemster geen aanspraak kan maken op een uitkering ingevolge de WOPO,

en wel vanwege omstandigheden die haar niet zijn toe te rekenen, dient, echter, wel een billijke vergoeding te worden toegekend. Deze wordt vastgesteld op € 35.000 bruto. Meegewogen wordt dat de discussie omtrent de functie vervulling door werknemers is ontstaan toen in 2013 een nieuw bestuur aantrad ('nieuwe bezems vegen schoon'). De gevolgen van een zodanige 'machtswisseling' dienen als werkgeversrisico te worden aangemerkt. Anderzijds moet de ronduit weerspannige opstelling van werknemers naar aanleiding van het incident rond het directieoverleg haar worden aangerekend. Zij heeft ten onrechte dadelijk en vervolgens onveranderlijk de leidinggevende, die slechts de brenger was van het bericht dat hem door een derde was meegedeeld, als een haar bedreigende tegenstander beschouwd en behandeld.

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 17-12-2014

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2014:6745

Zaaknummer: 3588443 EJ VERZ 14-235

Rechters: A.H. Canté

Advocaten: J.A. van der Brug en Z. Alkan

Wetsartikelen: 7:685 BW

RECHTSPRAAK

Stichting PerspeKtief/werknemer

Afwijzing ontbindingsverzoek vanwege verband met OR-lidmaatschap. Opmerkelijk dat binnen korte tijd de helft van de OR – al of niet vrijwillig – vertrokken is

Werknemer (58 jaar) is sinds 1995 bij (een rechtsvoorganger van) PerspeKtief in dienst, laatstelijk in de functie van medewerker dagbesteding. Werknemer is sinds begin 2009 lid van de ondernemingsraad (hierna: de OR) van PerspeKtief. PerspeKtief verzoekt ontbinding van de arbeidsovereenkomst. PerspeKtief voert hiertoe aan dat enerzijds sprake is van een vertrouwensbreuk of verstoring van de arbeidsrelatie als gevolg van aanhoudend onbehoorlijk gedrag van werknemer en anderzijds mede door zijn eigen handelwijze de functie van werknemer is vervallen. Er zijn op 31 juli 2014 klachten ontvangen van cliënten over de bejegening door werknemer. Hij heeft bovendien medewerkers en een lid van de raad van toezicht lastiggevalen. Mede gelet op de eerdere officiële waarschuwingen wegens ongepast gedrag die PerspeKtief aan werknemer heeft gegeven, kan van PerspeKtief niet gevergd worden dat zij werknemer in dienst houdt, temeer daar Doel de detachering van werknemer heeft beëindigd en PerspeKtief geen geschikte andere functie voor werknemer heeft. Werknemer voert aan dat het onderhavig verzoek verband houdt met zijn OR-lidmaatschap.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Volgens werknemer heeft PerspeKtief de – kritische – OR hard aangepakt. Hij heeft onweersproken gesteld dat oud-OR-voorzitter W onlangs met een regeling is vertrokken nadat hij eerst was geschorst. Z is volgens werknemer ziek door de wijze waarop zij is bejegend. De ambtelijk secretaris van de OR, C, heeft op staande voet ontslag genomen wegens inmenging en intimidatie door mevrouw A. In augustus 2014 is R medegedeeld dat zijn contract niet wordt verlengd. Tijdens de mondelinge behandeling heeft PerspeKtief volstaan met de ontkenning dat het OR-lidmaatschap van werknemer een rol zou spelen bij het onderhavig verzoek. Naar het oordeel van de kantonrechter is het op zijn minst opmerkelijk te noemen dat binnen korte tijd de helft van de OR van PerspeKtief blijkt – al of niet vrijwillig – vertrokken is. De brief van C aan de Inspectie SZW van 24 januari 2014 schetst een negatief beeld van de arbeidsomstandigheden, met name van de psychosociale arbeidsbelasting bij medewerkers, werkzaam in het primaire proces, binnen de organisatie

van PerspeKtief. Daarin noemt zij expliciet de eis van mevrouw A dat alle OR-leden, en ook mevrouw C als ambtelijk secretaris, dienden te verklaren dat zij haar ten volle vertrouwden. Namens PerspeKtief is een en ander tijdens de mondelinge behandeling niet, althans niet gemotiveerd, weersproken. Door werknemer is voldoende aannemelijk gemaakt dat zijn OR-lidmaatschap een rol heeft gespeeld bij het indienen van het onderhavig verzoek. Bovendien kan onvoldoende vastgesteld worden wie welke klachten over werknemer heeft geuit doordat PerspeKtief de identiteit van de klager(s) niet bekend wil maken. Daardoor is het evenmin mogelijk om te onderzoeken hoe de ernst van de gestelde klachten gewogen dient te worden terwijl de context waarbinnen de beweerdelijk door werknemer tegen cliënten gemaakte opmerkingen ook onbekend blijft. Volgt afwijzing van het ontbindingsverzoek.

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 15-12-2014

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2014:15680

Zaaknummer: 3545039 RP VERZ 14-50660

Rechters: F.J. Verbeek

Advocaten: J.M.P. Verkaart en B.J.L. Baas

Wetsartikelen: 7:670 BW en 7:685 BW

RECHTSPRAAK

X c.s./Magdalena Greens c.s.

Tussen bemanningsleden en rederijen is geen zee-arbeidsovereenkomst, of daarmee gelijk te stellen verhouding, tot stand gekomen. Geen sprake van handelen in strijd met goed (zee)werkgeverschap of onrechtmatig handelen door rederijen.

Zeventien bemanningsleden zijn in de jaren 2000 tot en met 2011 ieder een schriftelijke arbeidsovereenkomst aangegaan met GC (of haar rechtsvoorgangster). In de arbeidsovereenkomsten is telkens opgenomen dat GC het recht heeft het bemanningslid te plaatsen op alle schepen die zij in beheer heeft. De rederijen in de onderhavige procedure fungeerden als zogenoemde eenschipsrederijen, en zij waren tot het najaar van 2012 ieder eigenaar van een zeeschip (de Greenships). LWI is enig aandeelhouder van elk van de rederijen en zij is hun enig bestuurder. Een van de bestuurders, en indirect enig aandeelhouder (Ultimate Beneficial Owner) van LWI is X. Enig aandeelhouder en enig bestuurder van CEC is Y. CEC was tot 31 oktober 2012 enig aandeelhouder van GC. Op 1 januari 2006 is CEC een Ship Management Agreement aangegaan met elk van de rederijen. Op grond van die overeenkomst was CEC als 'crewing agent' verantwoordelijk voor alle personeelszaken met betrekking tot de Greenships. CEC heeft deze werkzaamheden uitbesteed aan GC. De rederijen waren de enige opdrachtgevers van CEC. De bemanningsleden zijn tijdens hun dienstverband met GC ieder in wisselende perioden tewerkgesteld op verschillende van de Greenships. LWI heeft in 2012 besloten tot verkoop van de Greenships. GC heeft vervolgens voor de bemanningsleden een ontslagvergunning aangevraagd. UWV heeft bij beslissing van 16 oktober 2012 GC de ontslagvergunningen geweigerd, omdat onvoldoende aannemelijk is geworden dat de schepen daadwerkelijk zijn verkocht, niet is aangetoond dat GC daadwerkelijk haar bedrijf beëindigt, en onderhandelingen gaande zijn over overname van de aandelen in GC, waarbij het personeel van GC door de overnemende partij kan worden tewerkgesteld. De kantonrechter heeft het ontbindingsverzoek afgewezen (zie AR 2013-0008), op de grond dat onvoldoende gebleken is dat tussen partijen een zee-arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen. In de onderhavige procedure vorderen de bemanningsleden voor recht te verklaren dat tussen de

bemanningsleden ter ene zijde, en de rederijen als zeewerkgevers in de zin van artikel 309 WvK ter andere zijde, zee-arbeidsovereenkomsten tot stand zijn gekomen als bedoeld in artikel 375 WvK respectievelijk 397 WvK, althans rechtsverhoudingen zijn komen te ontstaan die materieel aan zee-arbeidsovereenkomsten gelijk dienen te worden gesteld. Voorts stellen zij dat de rederijen, alsmede GC jegens de bemanningsleden hebben gehandeld in strijd met het beginsel van goed (zee)werkgeverschap en dat LWI en CEC jegens de bemanningsleden onrechtmatig hebben gehandeld.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Inmiddels is op 20 augustus 2013 een nieuwe wettelijke regeling van de zee-arbeidsovereenkomst in werking getreden, die als Afdeling 12 deel is gaan uitmaken van Titel 10 van Boek 7 BW. Deze regeling is niet met terugwerkende kracht in werking getreden. De kantonrechter zal daarom het geschil van partijen, voor zover het de gestelde zee-arbeidsovereenkomsten betreft, beoordelen naar de destijds geldende wettelijke bepalingen die waren opgenomen in het WvK. De bemanningsleden hebben geen feiten of omstandigheden gesteld op grond waarvan kan worden aangenomen dat zij een zee-arbeidsovereenkomst zijn aangegaan met één of meer van de rederijen en dat er tussen hen en de rederijen een gezagsverhouding is ontstaan. Anders dan de bemanningsleden hebben aangevoerd, vloeit de totstandkoming van de gestelde zee-arbeidsovereenkomsten niet rechtstreeks uit de wet voort. Ook uit HR 27 april 1955, *NJ* 1955/412 kunnen de bemanningsleden geen steun putten voor hun standpunt. In de zaak die aan dat arrest ten grondslag lag stond nu juist, anders dan in deze zaak, vast dat er voor de uitvoering van één en dezelfde taak aan boord met twee werkgevers een arbeidsovereenkomst was aangegaan. De Hoge Raad oordeelde in dat licht dat niet is uitgesloten dat een persoon aan boord van een schip arbeid verricht zowel op grond van een arbeidsovereenkomst met de reder en tegelijkertijd ook op grond van een arbeidsovereenkomst met een ander dan de reder. Ook daaruit vloeit nog niet voort dat aan de werkzaamheden van de bemanningsleden aan boord van een Greenship tevens een arbeidsovereenkomst als bedoeld WvK (oud) met de betreffende rederij als eigenaar van dat Greenship ten grondslag lag. Evenmin is er grond om aan te nemen dat tussen (één of meer van) de rederijen en (één of meer van de) bemanningsleden een rechtsverhouding zou zijn ontstaan die rechtens materieel gelijk te stellen is aan een zee-arbeidsovereenkomst, reeds omdat geen feiten of omstandigheden zijn gesteld op grond waarvan kan worden aangenomen dat daartoe wilsovereenstemming heeft bestaan tussen rederijen en bemanningsleden, en sprake is geweest van enige gezagsrelatie tussen een rederij en een bemanningslid.

De vordering tegen de rederijen strekt er niet toe om te doen vaststellen dat zij onrechtmatig hebben gehandeld, maar dat zij in strijd met een beginsel van goed werkgeverschap hebben gehandeld. Omdat de rederijen geen werkgever van één of meer van de schepelingen waren, is

de gevorderde verklaring voor recht, die daar nu juist wel vanuit gaat, niet toewijsbaar. Voorts wordt geoordeeld dat GC niet in strijd met het goed werkgeverschap of onrechtmatig jegens de bemanningsleden heeft gehandeld. GC had geen verplichting te zorgen dat zee-arbeidsovereenkomsten met de betreffende rederijen tot stand zou worden gebracht. Het verwijt dat GC het bij het aangaan dan wel verlengen van de arbeidsovereenkomsten met de bemanningsleden heeft doen voorkomen dat zij daarbij niet mede namens de rederijen optrad, treft evenmin doel. GC heeft immers aangevoerd dat zij bij het aangaan of verlengen van die overeenkomsten nu juist niet mede namens de rederijen optrad en de bemanningsleden hebben niet nader onderbouwd waarom aangenomen moet worden dat dit wel het geval was. De stelling dat GC heeft bijgedragen aan een poging het UWV in de ontslagprocedure te misleiden wordt niet gevolgd. Tot slot worden ook de vorderingen jegens LWI en CEC afgewezen.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 12-12-2014

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2014:10346

Zaaknummer: 2140547 CV EXPL 13-28988

Rechters: A.J.P. van Essen

Advocaten: R.J. Wybenga, K. Boele, A.A. Krips, E.F.V. Boot en A.C. Steensma

Wetsartikelen: 309 WvK, 375 WvK, 383 WvK, 397 WvK en 439 WvK

RECHTSPRAAK

Vision Gallery B.V./ A. c.s.

Verzoek om voorlopig getuigenverhoor in procedure over schending concurrentie- en geheimhoudingsbeding door twee voormalig werknemers wordt verwezen naar kamer voor kantonzaken.

Werknemers A en B zijn in dienst geweest van Vision Gallery. Het verzoek van Vision Gallery strekt ertoe dat de rechtbank op grond van artikel 186 lid 1 Rv een voorlopig getuigenverhoor zal bevelen. Vision Gallery legt aan haar verzoek ten grondslag dat zij gegronde redenen heeft te vermoeden dat A en B toerekenbaar tekort zijn geschoten in de verplichtingen uit de met hen gesloten arbeidsovereenkomst, dan wel dat zij onrechtmatig hebben gehandeld jegens Vision Gallery. In het bijzonder zouden A en B non-concurrentiebepalingen en geheimhoudingsafspraken hebben geschonden. Vision Gallery houdt A en B dan ook aansprakelijk voor verbeurde boetes, dan wel voor de door hen geleden schade.

De rechtbank oordeelt als volgt. Artikel 187 lid 1 Rv bepaalt dat een verzoek tot een voorlopig getuigenverhoor wordt gedaan aan de rechter die bevoegd zal zijn van de zaak, indien deze aanhangig wordt gemaakt, kennis te nemen. Blijkens die bepaling wordt, indien de zaak bij de kantonrechter moet worden behandeld en beslist, het verzoek gedaan aan de kantonrechter. Gelet op hetgeen Vision Gallery aan haar verzoek ten grondslag legt, is de rechtbank voorshands van oordeel dat de onderhavige zaak moet worden aangemerkt als een zaak die, onder andere, een arbeidsovereenkomst betreft. Op grond van het bepaalde in de artikelen 93 aanhef en onder c en 94 lid 2 Rv is dan de kantonrechter de bevoegde rechter om de zaak te behandelen en te beslissen. Op de voet van artikel 71 lid 2 Rv wordt de zaak verwezen naar de kamer voor kantonzaken van deze rechtbank.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 11-12-2014

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2014:8197

Zaaknummer: C/13/570256 / HA RK 14-226

Rechters: G.H. Marcus

Advocaten: W.M. Hes en E.V. Jongepier

Wetsartikelen: 93 Rv, 94 Rv en 186 Rv

RECHTSPRAAK

werknemers/CSU Personeel B.V.

Werknemers schoonmaakbedrijf zijn na faillissement voormalig werkgever in dienst getreden van CSU PZ en hebben op grond van CAO in het Schoonmaak- en Glazenwassersbedrijf recht op toeslagpercentages. Uitleg cao. Geen vrijwillige uitdiensttreding na faillissement.

Tien werknemers zijn tussen 1989 en begin 2010 in dienst getreden van (de rechtvoorgangster van) het schoonmaakbedrijf Albatros. De CAO in het Schoonmaak- en Glazenwassersbedrijf (hierna: de cao) is op de arbeidsovereenkomsten van toepassing. Artikel 2 lid 2 D-deel van de cao bepaalt: 'Werknemers die op 30 juni 2010 werkzaam zijn in een hotel houden recht op de toeslagpercentages van artikel 18 van de CAO. Dit recht vervalt bij vrijwillige uitdiensttreding.' De werknemers zijn werkzaam in een hotel. Albatros is op 3 december 2012 gefailleerd. Op 6 december 2012 heeft de curator de arbeidsovereenkomsten met de medewerkers van Albatros opgezegd. Op 13 december 2012 heeft CSU CS de door haar geselecteerde activa uit het faillissement van Albatros gekocht. Vanaf 3 december 2012 zijn de werknemers (met uitzondering van een werknemster) met terugwerkende kracht in dienst van CSU PZ. De werknemers hebben hun werkzaamheden bij het hotel ongewijzigd voortgezet. Tussen partijen is in geschil of – als gevolg van het faillissement van Albatros en de indiensttreding van de werknemers bij CSU PZ – de werking aan het bepaalde in artikel 2 lid 2 D-deel van de cao is komen te vervallen en daarmee ook het recht van de werknemers op de toeslagen, als genoemd in artikel 18 van de cao.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Vaststaat dat de werknemers op de in de bewuste bepaling opgenomen datum van 30 juni 2010 werkzaam waren in een hotel. Geoordeeld wordt allereerst dat de werknemers niet vrijwillig bij Albatros uit dienst zijn getreden. Hun arbeidsovereenkomsten waren reeds door de curator op 6 december 2012 opgezegd. Zij hebben het aanbod van CSU PZ geaccepteerd, in het zicht van de opgezegde arbeidsovereenkomsten en derhalve om werkloosheid te vermijden. Dat is geen vrijwillige uitdiensttreding. De stelling van CSU PZ dat artikel 2 lid 2 D-deel van de cao een overgangsregeling betreft, die in geval van faillissement zijn werking verliest, vindt geen steun

in de tekst van de bepaling. De kantonrechter is met CSU PZ van mening dat niet alleen de tekst van de cao maatgevend is, maar dat bij de uitleg van een bepaling uit een cao de bewoordingen daarvan, gelezen in het licht van de gehele tekst van de cao en een eventuele schriftelijke toelichting daarop, in beginsel van doorslaggevende betekenis zijn. Dat brengt echter in casu niet mee dat de door CSU PZ aangedragen achtergrond noopt tot de uitleg dat de bepaling vervalt, indien een werkgever failliet gaat en de activiteiten door een opvolgende werkgever worden voortgezet. CSU PZ heeft opgeworpen dat de werknemers er niet op mochten vertrouwen dat CSU PZ de toeslagen zou handhaven, nu CSU PZ op de toelichting aan werknemers op 14 december 2012 reeds heeft meegedeeld dat de toeslagen zouden vervallen. Ook dat verweer kan niet slagen. Immers, uit hoofde van de cao hebben de werknemers recht op de toeslagpercentages van artikel 18 en daar hebben zij geen afstand van gedaan. De slotsom luidt dat de werknemers recht hebben (behouden) op de toeslagpercentages van artikel 18 van de cao.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 08-12-2014

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2014:8606

Zaaknummer: 2838647 \ CV EXPL 14-5869

Rechters: M.V. Ulrici

Advocaten: A.A.M. Broos en R.M. Kerkhof

Wetsartikelen: 18 CAO Schoonmaak- en Glazenwassersbedrijf

RECHTSPRAAK

werknemer/GINAF Trucks Nederland B.V.

Toezegging dat arbeidsovereenkomst nog tien jaar zal duren is niet gelijk te stellen met een afvloeiingsregeling, waaromtrent na de ontbindingsprocedure in een nadere procedure een vordering kan worden ingesteld indien daarmee in ontbindingsprocedure geen rekening is gehouden.

Werknemer is op 1 december 2008 bij Ginaf Trucks B.V. in dienst getreden. Sinds augustus 2011 is hij statutair directeur. In de arbeidsovereenkomst is een vertrekregeling overeengekomen. Op 23 november 2011 zijn partijen overeengekomen dat een doorstart van Ginaf Trucks zal worden gerealiseerd. Verder wordt overeengekomen dat 'de arbeidsovereenkomst nog voor een periode van tenminste 10 jaar geldt zolang de verwachte doelstellingen behaald worden'. Ginaf Trucks B.V. is op 6 december 2011 in staat van faillissement verklaard. De arbeidsovereenkomst met Ginaf is op 3 oktober 2012 ontbonden onder toekenning van een vergoeding van € 60.110,72 bruto aan werknemer. Bij het bepalen van de vergoeding is de vertrekregeling buiten beschouwing gelaten. Werknemer vordert op grond van de vertrekregeling betaling van een jaarsalaris (€ 50.758,84 bruto). Daarnaast vordert hij betaling van € 1.030.354,40 bruto vanwege de toezegging dat de arbeidsovereenkomst nog tien jaar zal duren.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Werknemer mocht erop vertrouwen dat er sprake was van een arbeidsovereenkomst tussen hem en Ginaf conform de brief van 23 november 2011. Hieruit volgt dat hieraan niet afdoet of er wel of niet een bekrachtiging als bedoeld in artikel 2:203 lid 1 BW heeft plaatsgevonden. Of sprake is geweest van de oprichting van een nieuwe vennootschap in plaats van een doorstart vanuit faillissement (wat Ginaf daar ook precies onder moge verstaan) acht de kantonrechter een onvoldoende relevant onderscheid. Ginaf voert tegen het gevorderde jaarsalaris aan dat werknemer erop had moeten wijzen dat de bestaande arbeidsovereenkomst met Ginaf Trucks B.V., naar welke overeenkomst de brief van 23 november 2011 verwijst, een vertrekregeling bevatte ter hoogte van minimaal 12 maanden salaris bij onvrijwillig vertrek. Dit verweer treft doel. De vordering tot betaling van een bedrag van € 50.758,84 bruto wordt afgewezen.

Ten aanzien van de tienjaarstoezegging wordt het volgende overwogen. Uit de overwegingen in de ontbindingsbeschikking blijkt dat de ontbindingsrechter van oordeel was dat werknemer de ‘verwachte doelstellingen’ niet had behaald. Aldus is niet voldaan aan de voorwaarde van de tienjaarstoezegging ‘dat de verwachte doelstellingen behaald worden’. Voorts moet ervan worden uitgegaan dat de ontbindingsrechter bij de vaststelling van de ontbindingsvergoeding ten volle rekening heeft gehouden met de omstandigheid dat de arbeidsovereenkomst ondanks de toezegging binnen de tien jaar is ontbonden. De tienjaarstoezegging is overigens niet gelijk te stellen met een afvloeiingsregeling, waaromtrent na de ontbindingsprocedure in een nadere procedure een vordering kan worden ingesteld in het geval de kantonrechter in de ontbindingsbeschikking heeft aangegeven dat hij met die regeling geen rekening heeft gehouden (indien er zoals in dit geval onduidelijkheid bestaat over de vraag of een dergelijke regeling is overeengekomen). De bevoegdheid om een ontbindingsverzoek in te dienen kan contractueel niet worden uitgesloten, maar indien werknemer van oordeel is dat de tienjaarstoezegging aan de ontvankelijkheid of toewijsbaarheid van het ontbindingsverzoek in de weg stond, had hij zich hierop in de ontbindingsprocedure expliciet dienen te beroepen, en had hij, nu de kantonrechter de arbeidsovereenkomst tóch heeft ontbonden, van de beschikking hoger beroep moeten instellen. Dit alles heeft hij echter niet gedaan. Door thans een vordering op grond van deze toezegging in te stellen is sprake van (een niet toelaatbaar) verkapt hoger beroep van de ontbindingsbeschikking. Hij moet in deze vordering daarom niet-ontvankelijk worden verklaard. Ten overvloede overweegt de kantonrechter nog, dat ook in het geval werknemer wel ontvankelijk zou zijn geweest in zijn vordering, deze in ieder geval niet volledig toewijsbaar zou zijn geweest. Ter comparitie is immers gebleken dat hij binnen drie maanden na de ontbinding reeds over ander werk beschikte. Om vervolgens naast dat nieuwe inkomen doorbetaling van ruim negen jaar salaris te vorderen zonder daarvoor werkzaamheden te behoeven te verrichten is buiten iedere proportie.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 03-12-2014

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2014:6111

Zaaknummer: 2094674 UC EXPL 13-8610 PK/1097

Rechters: P. Krepel

Advocaten: A.P. van Fijn Draat en H. van Schuppen

Wetsartikelen: 7:685 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgever

Uitspraak commissie van beroep BVE is geen bindend advies, zodat er geen grond is om werkgever te veroordelen uitspraak na te leven.

Opzegging arbeidsovereenkomst hoofd financiële zaken en deelnemerszaken bij de opleiding Horeca en Toerisme na reorganisatie niet kennelijk onredelijk.

Werknemer is sinds 2004 in dienst, laatstelijk in de functie van hoofd financiële zaken en deelnemerszaken bij de opleiding Horeca en Toerisme. Op de arbeidsovereenkomst is de CAO BVE van toepassing. Als gevolg van een reorganisatie is werknemer boventallig verklaard. Vanaf 1 augustus 2012 is werknemer tijdelijk naar zijn oude afdeling teruggekeerd. Per 1 augustus 2013 is de arbeidsovereenkomst van werknemer opgezegd. Werknemer heeft tegen dit besluit beroep ingesteld bij de commissie van beroep BVE. De commissie van beroep heeft het beroep gegrond verklaard en geoordeeld dat werknemer ten tijde van de bestreden beslissing deel uitmaakte van de reguliere formatie. Werknemer vordert werkgever te veroordelen de uitspraak van de commissie van beroep na te leven, het ontslag in te trekken en het dienstverband te herstellen. Subsidiair beroept werknemer zich op de artikelen 7:681 BW en 7:682 BW (kennelijk onredelijk ontslag).

De kantonrechter oordeelt als volgt. Vooropgesteld wordt dat volgens vaste rechtspraak van de HR (o.a. HR 9 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2752) een vereiste voor het als bindend advies kunnen aanmerken van een uitspraak van de commissie van beroep is dat dat ondubbelzinnig tussen partijen is overeengekomen. Daarvan is in dit geval geen sprake. Er bestaat geen grond werkgever te veroordelen de uitspraak van de commissie van beroep na te leven. Nu de arbeidsovereenkomst is opgezegd, valt niet in te zien op welke wijze de kantonrechter de arbeidsovereenkomst kan herstellen.

Voorts wordt geoordeeld dat de opzegging niet kennelijk onredelijk is. Van een valse of voorgewende reden voor ontslag is geen sprake. Niet gebleken is dat werknemer vanaf 1 augustus 2012 een vaste functieformatieplaats is gaan vervullen. Werkgever heeft zich voldoende ingespannen om werknemer te herplaatsen. De door werknemer gestelde belangen,

met name zijn slechte arbeidsmarktpositie, zijn niet zodanig dat de gevolgen van de opzegging voor hem als te ernstig moeten worden beschouwd in vergelijking met het belang van werkgever. Meegewogen wordt dat werknemer zelf ervoor heeft gekozen om het outplacementtraject voortijdig te staken, terwijl het doel daarvan juist was om te trachten elders een dienstbetrekking te vinden. Ook heeft werknemer zelf besloten om niet in te stemmen met de diverse beëindigingsvoorstellen van werkgever, ondanks de daarin begrepen vergoedingen. Tot slot wordt ook meegewogen dat werknemer na zijn ontslag geen bovenwettelijke WW-uitkering heeft aangevraagd, ondanks het feit dat hij op de mogelijkheid daarvan was gewezen door werkgever. Volgt afwijzing van de vorderingen.

Instantie: Rechtbank Zeeland-West-Brabant

Datum uitspraak: 14-11-2014

Zaaknummer: 2965289 CV EXPL 14-17073

RECHTSPRAAK

CDF Trading B.V./werknemer

Korte tijd na overplaatsing werknemer naar Dominicaanse Republiek wordt overeenkomst van opdracht opgezegd. In kort geding is geoordeeld dat sprake is van een doorlopende arbeidsovereenkomst. Voorwaardelijke ontbinding arbeidsovereenkomst wegens verstoorde arbeidsrelatie onder toekenning vergoeding met C=3.

Werknemer is op 1 augustus 2009 in dienst getreden van Lippoel Leaf, de rechtsvoorganger van Hail & Cotton. Hail & Cotton, CDF, CDF International en CDF Domitab S.A. zijn werkmaatschappijen van het concern Hail & Cotton International Group. Aan werknemer is op 11 juni 2013 aangeboden dat hij werkzaamheden in de Dominicaanse Republiek kan verrichten. Hij heeft het aanbod aanvaard en is met zijn gezin naar de Dominicaanse Republiek verhuisd. Ingaande 1 september 2013 is door CDF International een consultancyovereenkomst gesloten met werknemer waarbij is opgenomen dat hij consultancywerkzaamheden zou verrichten in de Dominicaanse Republiek. Per 31 augustus 2014 is de consultancyovereenkomst opgezegd. In kort geding zijn CDF en Hail & Cotton hoofdelijk veroordeeld tot wedertewerkstelling van werknemer en tot doorbetaling van zijn loon. CDF verzoekt voorwaardelijke ontbinding. CDF betoogt dat de uitzending naar de Dominicaanse Republiek op basis van een overeenkomst van opdracht was. Deze overeenkomst is met inachtneming van de geldende opzegtermijn opgezegd. Werknemer stelt dat hij nog steeds in dienst is en dat de consultancyovereenkomst een voortzetting van de dienstbetrekking is.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Gelet op het voorwaardelijke karakter van het verzoek geldt als uitgangspunt dat sprake is van een arbeidsovereenkomst tussen partijen. CDF wordt niet gevolgd in haar verwijt dat werknemer, gelet op hetgeen partijen hebben besproken voorafgaande aan de uitzending naar de Dominicaanse Republiek, zich niet op het standpunt behoorde te stellen dat er sprake is van een (voortzetting van een) arbeidsovereenkomst tussen partijen. Met werknemer wordt geoordeeld dat uit niets blijkt dat hem duidelijk is gemaakt dat de voordien bestaande arbeidsovereenkomst door aanvaarding van de consultancy agreement zou eindigen. Gelet op de gevolgen van beëindiging van een vast

dienstverband, had het op de weg van de werkgever gelegen om zich ervan te vergewissen of werknemer die overzag en aanvaardde. Werknemer heeft niet verwijtbaar en zelf voor CDF onvoorzienbaar gehandeld door zich na de beëindiging van zijn werkzaamheden in de Dominicaanse Republiek te beroepen op zijn rechten als werknemer. Dat sprake is van disfunctioneren door werknemer, is onvoldoende onderbouwd. Door de overeenkomst(en) met werknemer van de ene op de andere dag te beëindigen en haar verplichtingen als werkgever jegens hem niet langer na te komen heeft CDF ernstig verwijtbaar gehandeld. CDF heeft onvoldoende onderbouwd dat er voor werknemer geen passende functie beschikbaar is en dit is, gelet op de omvang van het concern waartoe zij behoort, ook niet aannemelijk. Nu sprake is van een verstoorde arbeidsrelatie, wordt de arbeidsovereenkomst ontbonden. Ten aanzien van de vergoeding wordt overwogen dat CDF in ernstige mate tekort is geschoten om als een goed werkgever te handelen. Geoordeeld wordt dat het loon van € 4.268,60 per maand als bruto loon moet worden aangemerkt. De vergoeding wordt vastgesteld op € 44.636 bruto (C=3).

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 07-11-2014

Zaaknummer: 3298444 EA VERZ 14-758

RECHTSPRAAK

X/Royal Hoitsema Labels B.V.

Aansprakelijkheid voor arbeidsongeval met pallettruck op grond van artikel 6:170 BW. Geen eigen schuld werknemer.

Op 24 oktober 2011 heeft X, als vrachtwagenbestuurder in dienst van Oegema Transport Dedemsvaart B.V., een lading papier bij Hoitsema afgeleverd. Tijdens het lossen werd hij bijgestaan door een werknemer van Hoitsema, te weten de heer A. A maakte hierbij gebruik van een elektrisch aangedreven pallettruck. Tijdens een manoeuvre van A haakten de door hem met de pallettruck opgepakte pallets aan de rechterpallet waarnaast X zich bevond, als gevolg waarvan deze pallet verschoof. X raakte hierdoor met zijn hoofd bekneld tussen de pallet en de zijkant van de oplegger. Als gevolg van dit ongeval heeft X letsel opgelopen. X heeft Hoitsema, in haar hoedanigheid van werkgever van A ex artikel 6:170 BW aansprakelijk gesteld voor de gevolgen van het ongeval. Kernvraag in het onderhavige deelgeschil is of sprake is van eigen schuld aan de zijde van X.

De rechtbank oordeelt als volgt. Het onderhavige geschil leent zich voor behandeling in een deelgeschilprocedure. De rechtbank stelt voorop dat A een gemotoriseerde pallettruck bestuurd. Een dergelijk gemotoriseerd voertuig brengt evidente risico's voor derden met zich in het gebruik, zeker omdat daarmee ook zware lasten worden getild. Derhalve rust een zware zorgplicht op de bestuurder ervan. In dit geval moest A manoeuvreren in een beperkte ruimte, met lasten van 600 kg per stuk. Dat brengt met zich dat op A de verplichting rustte zich er vóór het oppakken van een volgend paar pallets van te vergewissen dat het lossen veilig kon plaatsvinden. In casu had A dan ook moeten nagaan of X de oplegger weer had verlaten. Dit heeft A nagelaten. Hiermee heeft hij niet de noodzakelijke oplettendheid en zorgvuldigheid jegens X betracht. Dat uit de verklaring van A niet blijkt dat A wist dat X bezig was met het losmaken van een spanband, maakt dit niet anders. Als al juist is dat A zich hiervan niet bewust was, onderstreept dat enkel dat hij onvoldoende oplettend en verwijtbaar onvoorzichtig is geweest en dat hij kennelijk niet lang genoeg heeft gewacht met het oppakken van een volgend paar pallets. Dat naast het onzorgvuldig handelen van A sprake is van aan X toe te rekenen gedragingen die hebben bijgedragen aan het ontstaan van het ongeval en de daaruit voortvloeiende schade acht de rechtbank onvoldoende onderbouwd. De

rechtbank verklaart voor recht dat Hoitsema volledig aansprakelijk is voor de gevolgen van het ongeval.

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 14-10-2014

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2014:15455

Zaaknummer: C-09-468902 - HA RK 14-329

Rechters: S.J. Hoekstra-van Vliet

Advocaten: J. Schep, W.A.M. Rupert en A.T. Stevens

Wetsartikelen: 6:101 BW en 6:170 BW

ANNOTATIE

Contracting: over afbakeningsproblemen met uitzending, schijnconstructies en juridisch houdbare varianten

mr. dr. J.P.H. Zwemmer

1. Inleiding

Bij contracting besteedt de opdrachtgever een klus, werk, dienst of activiteit uit aan een aannemer of opdrachtnemer. Deze ‘contractor’ verbindt zich jegens de opdrachtgever ten aanzien van het te leveren (eind)resultaat. Bij contracting als arbeidsrechtelijke driehoeksverhouding voert de aannemer of opdrachtnemer (hierna: contractingbedrijf) de opdracht voor de opdrachtgever uit met inzet van eigen, door hemzelf aangestuurde werknemers. Contracting voorziet in de behoefte van opdrachtgevers om zich vooral op hun kernactiviteit(en) te concentreren en nevenactiviteiten uit te besteden. Daardoor zijn contractingbedrijven vooral actief in de bouw, techniek, assemblage, verpakkingen en logistiek. Zij bieden hun diensten aan onder benamingen als (business process) outsourcing en projectbureau engineering en detachering. De door het contractingbedrijf met de opdrachtgever gesloten overeenkomst kan worden gebracht onder de juridische noemer aanneming van werk of opdracht, de werknemers zijn op basis van een ‘gewone’ arbeidsovereenkomst ex artikel 7:610 BW in dienst van het contractingbedrijf.

Inhoudelijk is bij contracting geen sprake van een nieuw fenomeen. Bedrijven zijn al decennialang bezig met het uitbesteden, ‘outsourcen’, van (neven)activiteiten aan dienstverlenende ondernemingen of toeleveranciers. In de afgelopen jaren heeft contracting echter een hoge vlucht genomen. In eerste instantie gebeurde dat met name door het uitbesteden van werk aan Midden- en Oost-Europeanen. Daarbij is niet zelden sprake van doorleenconstructies waarbij verschillende rechtspersonen tussen enerzijds de ‘werkgever’ en het contractingbedrijf en anderzijds de opdrachtgever worden geschakeld in het kader van het ontduiken (of ontgaan) van in Nederland van toepassing zijnde cao’s of het minimumloon. Ook buiten dit soort situaties neemt het toepassen van contracting toe. Uitzendbureaus en detacheerders richten zich steeds vaker (eveneens) op contracting, veelal met behulp van een speciaal voor dat doel opgerichte groepsmaatschappij. De van de opdrachtgever aangenomen

of overgenomen werkzaamheden worden dan uitgevoerd door werknemers van deze groepsmaatschappij, zij worden daarbij aangestuurd door eigen toezichthoudend personeel. Doordat het uitzendbureau geen werknemers ter beschikking stelt aan de opdrachtgever maar als contractingbedrijf werk aanneemt dat door werknemers wordt verricht die door het contractingbedrijf zelf worden aangestuurd, zou geen sprake zijn van uitzending ex artikel 7:690 BW en van toepasselijkheid van de Waadi. De (algemeen verbindend verklaarde) ABU-cao zou niet van toepassing zijn en er hoeven geen pensioenpremies te worden afgedragen aan de Stichting Pensioenfonds voor Personeelsdiensten (StiPP), het verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfonds in de uitzendbranche. Hoewel bij contracting in beginsel sprake is van een minder flexibele arbeidsrelatie met de werknemer dan bij uitzending (tenzij sprake is van doorlening van uitzendkrachten door het contractingbedrijf), maken deze factoren dat contracting een aantrekkelijk alternatief kan zijn voor uitzending of detachering. Die aantrekkelijkheid zal als gevolg van het nieuwe akkoord voor de ABU-cao voor de periode 2014-2017 met ingang van 30 maart 2015 alleen maar toenemen wanneer bij uitzending op grond van de ABU-cao vanaf dag één de inlenersbeloning moet worden betaald aan uitzendkrachten. Een werknemer zou er dan soms zelfs belang bij kunnen hebben niet op grond van een gewone arbeidsovereenkomst, maar op grond van een uitzendovereenkomst in dienst te zijn. De vakbonden, met name FNV Bondgenoten, vinden de toegenomen populariteit van contracting een onwenselijke ontwikkeling en verzetten zich sinds eind 2012 sterk tegen contracting: zij zien het als een verkapte vorm van uitzending dan wel als een schijnconstructie die uitsluitend als doel heeft de toepasselijkheid van cao's te omzeilen en daarmee ten koste gaat van de arbeidsvoorwaarden van werknemers.

De vraag wanneer bij contracting als arbeidsrechtelijke driehoeksverhouding al dan niet sprake is van een uitzendovereenkomst dan wel een schijnconstructie is tot nog toe slechts een enkele maal aan de orde geweest in de rechtspraak. In het arrest van het Hof Den Bosch van 21 oktober 2014 (AR Updates 2014-1017) dat de aanleiding vormt voor dit commentaar, oordeelt het hof dat de tekst van de door het contractingbedrijf met de opdrachtgever gesloten 'aannemingsovereenkomst' onvoldoende aanknopingspunten biedt om aan de contractuele relatie tussen het contractingbedrijf en zijn werknemers de kwalificatie uitzendverhouding te ontnemen. Nu op grond hiervan de ABU-cao van toepassing is, veroordeelt het hof het contractingbedrijf tot betaling van een bedrag van € 345.328 aan te weinig betaald loon aan de werknemers. Bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een uitzendovereenkomst acht het hof niet de door partijen gemaakte contractuele afspraken bepalend, maar de wijze waarop hier feitelijk uitvoering aan is gegeven. Het dwingende (uitzend)recht kan immers niet door een contract opzij worden gezet, zo overweegt het hof. In eerste aanleg oordeelde de kantonrechter te Eindhoven in deze zelfde zaak nog onder verwijzing naar de door partijen gemaakte afspraken dat geen sprake was een uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690

BW.

Hierna ga ik eerst in op de vraag hoe contracting als arbeidsrechtelijke driehoeksverhouding moet worden geduid binnen het bestaande juridische kader van in de wet geregelde bijzondere overeenkomsten en waar de grens ligt tussen contracting en uitzending. Daarna bespreek ik het arrest van het hof en besteed ik aandacht aan de gevolgen van contracting, zoals het ontslag van eigen werknemers door de opdrachtgever na uitbesteding van het werk aan het contractingbedrijf, en de wijze waarop sociale partners en de regering aankijken tegen contracting. Ik sluit af met een analyse van kenmerken en elementen van contracting die zouden impliceren dat geen sprake is van een verkapte vorm van uitzending dan wel van een schijnconstructie.

2. Overeenkomst van opdracht of aanneming van werk?

De door het contractingbedrijf met de opdrachtgever gesloten overeenkomst kan worden gekwalificeerd als een overeenkomst van aanneming van werk of overeenkomst van opdracht. Van aanneming van werk is op grond van artikel 7:750 BW sprake wanneer de ene partij, de aannemer, zich jegens de andere partij, de opdrachtgever, verbindt om buiten dienstbetrekking een werk van stoffelijke aard tot stand te brengen en op te leveren, tegen een door de opdrachtgever te betalen prijs in geld. Is de overeenkomst niet gericht op de totstandbrenging en oplevering van een werk van stoffelijke aard, dan is sprake van een overeenkomst van opdracht ex artikel 7:400 BW. De overeenkomst van opdracht fungeert als restcategorie van de in Boek 7 BW geregelde bijzondere overeenkomsten op grond waarvan werkzaamheden worden verricht.

In de wetsgeschiedenis bij artikel 7:750 BW is benadrukt dat de aannemingstitel betrekking heeft op een grotere variëteit van contracten dan de aanneming van bouwwerken of wat daarmee verband houdt. Als voorbeelden worden genoemd het wassen of stomen van kleren en het repareren van gebruiksvoorwerpen (*Kamerstukken II* 1992/93, 23 095, nr. 3, p. 12). Ook het bewerken, uitbreiden, veranderen, repareren of slopen van een reeds bestaand werk valt onder dit criterium (*Kamerstukken I* 1992/93, 23 095, nr. 38a, p. 9-10). Van geval tot geval zal dus een inschatting moeten worden gemaakt van het antwoord op de vraag of sprake is van aanneming van werk. Doorslaggevend daarbij is of het gaat om werkzaamheden die bestaan in het vervaardigen en/of bewerken van stoffelijke voorwerpen (zie Asser-Van den Berg 7-VI (2013), nrs. 25 en 26).

In het verleden hebben de Centrale Raad van Beroep en de Belastingkamer van de Hoge Raad, in verband met de hieraan verbonden sociaalverzekeringsrechtelijke en fiscale consequenties (zie hierover nader de tussenconclusie onder punt 3 hierna), verschillende malen moeten

oordelen over de vraag of sprake was van werkzaamheden gericht op de totstandbrenging en oplevering van een werk van stoffelijke aard. De vraag of sprake was van werkzaamheden gericht op de totstandbrenging en oplevering van een werk van stoffelijke aard en daarmee van aanneming van werk, werd door de Centrale Raad van Beroep of de Belastingkamer van de Hoge Raad bijvoorbeeld bevestigend beantwoord in gevallen waarin het ging om het bestuiven van planten en het oogsten van zaad (CRvB 28 oktober 1992, *RSV* 1993/221), het snijden van sla (CRvB 22 mei 1997, *USZ* 1997/189), het snoeien en rooien van bomen (CRvB 31 mei 2000, *USZ* 2000/225) en het schillen van uien (HR 7 december 1994, *BNB* 1995/50). Geoordeeld werd dat geen sprake was van werkzaamheden gericht op de totstandbrenging en oplevering van een werk van stoffelijke aard in situaties waarin sprake was van werken of producten die in hoofdzaak tot stand komen door geestelijke of intellectuele arbeid, bijvoorbeeld werk van musici, auteurs en adviseurs (HR 20 juni 2008, *BNB* 2008/304 m.nt. J.W. Zwemmer), schoonmaakwerkzaamheden (HR 8 april 1998, *BNB* 1998/210 m.nt. Kavelaars), het verplaatsen van kisten met vis van het dek van viskotters naar de kade en stuwadoorswerkzaamheden (HR 6 maart 1991, *NJ* 1991, 415). Hoewel deze jurisprudentie niet één op één kan worden toegepast in situaties waarin de civielrechtelijke vraag moet worden beantwoord of sprake is van aanneming van werk, vormt dit mijns inziens wel een indicatie van de wijze waarop de woorden “een werk van stoffelijke aard tot stand te brengen en op te leveren” in artikel 7:750 BW moeten worden geïnterpreteerd.

3. Wanneer is contracting uitzending?

De uitzendovereenkomst is de enige driehoeksverhouding die apart is gedefinieerd in Boek 7 BW. Wanneer een driehoeksverhouding voldoet aan de definitie van artikel 7:690 BW, is sprake van een uitzendovereenkomst. Artikel 7:690 BW is van dwingend recht (zie par. 4.5.1 van mijn dissertatie *Pluraliteit van werkgeverschap*, Deventer: Kluwer 2012). Dat betekent dat de benaming die partijen zelf hebben gegeven aan de driehoeksverhouding niet van belang is bij de beantwoording van de vraag of sprake is van uitzending in de zin van artikel 7:690 BW. Bevat een driehoeksverhouding – ondanks het feit dat partijen zelf van contracting spreken – de elementen uit de definitie van artikel 7:690 BW, dan is sprake van een uitzendovereenkomst. Voor het onderscheid tussen uitzending en contracting zijn de volgende elementen uit de definitie van artikel 7:690 BW van belang:

i. Terbeschikkingstelling van arbeid in het kader van het beroep of bedrijf van de werkgever

Terbeschikkingstelling van arbeid in het kader van het beroep of bedrijf van de werkgever betekent dat sprake is van een professionele, op het uitzenden van personeel gerichte organisatie. Dat de uitzendwerkgever in de zin van artikel 7:690 BW de werknemers in het kader van de uitoefening van zijn beroep of bedrijf ter beschikking stelt, heeft de regering

gekoppeld aan de allocatiefunctie die de uitzendformule vervult op de arbeidsmarkt (zie hierover nader mijn bijdrage in *ArbeidsRecht* onder 2014/60 en par. 4.5.2 van mijn dissertatie). Allocatiefunctie impliceert het bij elkaar brengen van de vraag naar en het aanbod van (tijdelijke) arbeid. Met de definitie van het begrip uitzendovereenkomst in artikel 7:690 BW werd een ruimer toepassingsbereik beoogd dan de eind jaren '90 van de vorige eeuw in de praktijk voorkomende 'traditionele' uitzending door uitzendbureaus die zich richtten op terbeschikkingstelling bij 'piek of ziek'. Daardoor zou deze regeling volgens de regering eveneens van toepassing zijn op "organisaties zoals uitzendbureaus, detacheerbedrijven, arbeidspools en andere organisaties, die er hun beroep van maken arbeidskrachten onder welke noemer dan ook tijdelijk aan derden ter beschikking te stellen" (*Kamerstukken II* 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 10 en 25 263 B, p. 8/9 en 12). Daarbij benadrukte de regering echter dat ook bij de kwalificatie van zulke detacheerbedrijven en arbeidspools als uitzendwerkgever ex artikel 7:690 BW van doorslaggevende betekenis zou zijn of zij daadwerkelijk een allocatiefunctie op de arbeidsmarkt vervullen (*Kamerstukken II* 1996/97, 25 263, nr. 6, p. 16). In de rechtspraak wordt echter wisselend geoordeeld over het vereiste van het vervullen van een allocatiefunctie bij de kwalificatie van de uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW. Ondanks de eenduidige wijze waarop artikel 7:690 BW is uitgelegd in de wetsgeschiedenis, wordt in de rechtspraak en literatuur soms toch aangenomen dat ook sprake is van uitzending bij driehoeksverhoudingen waarin de contractuele werkgever geen allocatiefunctie vervult op de arbeidsmarkt (zie over deze rechtspraak en literatuur: *Praktijkboek Flexibele Arbeidsrelaties*, Deventer: Kluwer (losbl.), onderdeel I).

ii. Krachtens een aan de uitzendwerkgever gegeven opdracht

De terbeschikkingstelling van de uitzendwerknemer geschiedt op basis van een overeenkomst van opdracht van de uitzendwerkgever met de derde. In de toelichting bij artikel 7:690 BW deelde de regering mee dat in artikel 7:690 BW werd opgenomen dat de terbeschikkingstelling van de werknemer dient te geschieden op basis van een opdrachtovereenkomst tussen de uitzendwerkgever en de derde "om duidelijk te maken dat bijvoorbeeld aanneming van werk niet tot een uitzendovereenkomst kan leiden" (*Kamerstukken II* 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 33). In de Nota Flexibiliteit en Zekerheid van de STAR van 3 april 1996 – die de basis vormde van de Wet flexibiliteit en zekerheid en de daarin opgenomen definitie van artikel 7:690 BW – deelde de STAR mee dat diensten die in hun geheel als pakket worden uitbesteed, waarbij als voorbeelden catering, beveiliging en schoonmaak werden genoemd, eveneens moeten worden aangemerkt als verricht in het kader van een aangenomen werk (zie S.W. Kuip en C.G. Scholtens, *Flexibiliteit en zekerheid*, *Parlementaire Geschiedenis van de Wet flexibiliteit en zekerheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 925).

iii. Onder toezicht en leiding van de derde

Bij de totstandkoming van artikel 7:690 BW is niet toegelicht wat moest worden verstaan onder het verrichten van arbeid onder toezicht en leiding van de derde. In de literatuur werd aangenomen dat toezicht en leiding op hetzelfde neerkomen als werkgeversgezag binnen de gewone arbeidsovereenkomst van artikel 7:610 BW. Ook in de (lagere) rechtspraak wordt onder toezicht houden en leiding geven door de derde – de opdrachtgever – hetzelfde verstaan als werkgeversgezag (zie Ktr. Sittard-Geleen 13 februari 2008, *JAR* 2008/157). Anders dan de woorden “in dienst van” in artikel 7:610 BW, heeft de toezicht en leiding uitsluitend betrekking op het feitelijke gezag van de opdrachtgever over de door de uitzendwerknemer verrichte werkzaamheden. Tussen de uitzendwerknemer en de opdrachtgever kan geen sprake zijn van gezag op basis van de door partijen gemaakte contractuele afspraken omdat zij zich niet met elkaar hebben verbonden. De opdrachtgever heeft slechts het feitelijke werkgeversgezag over de arbeid van de uitzendwerknemer. De uitzendwerkgever heeft op zijn beurt nauwelijks tot geen feitelijk gezag over de door de uitzendwerknemer verrichte arbeid. Om die reden kan de uitzendwerkgever bijvoorbeeld in beginsel niet aansprakelijk worden gesteld door de opdrachtgever voor fouten of slecht werk van de door hem aan de opdrachtgever ter beschikking gestelde uitzendwerknemer (zie Hof Den Bosch 4 maart 2008, *JAR* 2008/164).

Tussenconclusie

Uit het bovenstaande volgt dat wanneer de werknemer bij de opdrachtgever te werk wordt gesteld krachtens een overeenkomst van aanneming van werk tussen zijn werkgever, het contractingbedrijf en de opdrachtgever, er geen sprake is van uitzending in de zin van artikel 7:690 BW en van toepassing van de ABU-cao. Ook de Waadi is dan niet van toepassing (artikel 1 lid 3 sub a Waadi). Indien het type werk dat verricht wordt op grond van de overeenkomst tussen het contractingbedrijf en de opdrachtgever niet kan worden geschaard onder aanneming van werk in de zin van artikel 7:750 BW, is tussen hen sprake van een overeenkomst van opdracht. In dat geval is evenmin sprake van uitzending in de zin van artikel 7:690 BW wanneer het contractingbedrijf en niet de opdrachtgever het feitelijke werkgeversgezag uitoefent over de door de werknemer verrichte arbeid. In dit geval is de Waadi eveneens niet van toepassing (artikel 1 lid 1 sub c Waadi). Wel kwalificeren in voornoemde situaties zowel het contractingbedrijf als de opdrachtgever als werkgever voor de toepassing van de Wet arbeid vreemdelingen (zie hierover nader par. 3.3 van mijn dissertatie).

Ook bij de beantwoording van de vraag of sprake is van inleners- of ketenaansprakelijkheid op grond van respectievelijk artikel 34 of 35 Invorderingswet 1990 (IW 1990) heeft het antwoord op de vraag of al dan niet sprake is van aanneming van werk juridische consequenties. Op grond van artikel 34 IW 1990 is de opdrachtgever (in beginsel) hoofdelijk aansprakelijk voor de afdracht van loonbelasting en premies voor werknemers die door een

derde aan hem ter beschikking zijn gesteld en die onder zijn leiding of toezicht werkzaam zijn (artikel 34 IW 1990). De inlenersaansprakelijkheid van artikel 34 IW 1990 geldt – anders dan de ketenaansprakelijkheid van artikel 35 IW 1990 – bovendien voor de omzetbelasting die de opdrachtnemer in verband met de terbeschikkingstelling verschuldigd is. Bij aanneming van werk is de aannemer op grond van artikel 35 IW 1990 hoofdelijk aansprakelijk voor de loonbelasting en premies die de door hem ingeschakelde onderaannemer verschuldigd is in verband met het verrichten van werkzaamheden door zijn werknemers ter zake van dat werk. De (eind)opdrachtgever is niet hoofdelijk aansprakelijk voor de afdracht van loonbelasting en premies voor de werknemers van de aannemer of een door hem ingeschakelde onderaannemer, tenzij deze moet worden aangemerkt als een zogenoemde ‘eigenbouwer’. De opdrachtgever wordt aangemerkt als eigenbouwer wanneer het uitgevoerde werk onder zijn normale bedrijfsuitoefening valt. Daarvan is al sprake wanneer het werk samenhangt met de hoofdactiviteit van de opdrachtgever, zoals bij onderhouds- of schoonmaakwerk. Daardoor zal bij contracting de opdrachtgever al snel kunnen worden aangemerkt als eigenbouwer voor de toepassing van de ketenaansprakelijkheid van artikel 35 IW 1990.

4. De arbeidsvoorwaarden van de werknemer bij contracting

Als sprake is van een juridisch houdbare vorm van contracting, zullen de door het contractingbedrijf met de werknemers overeengekomen arbeidsvoorwaarden slechts opzij kunnen worden gezet wanneer (de werkzaamheden van) het contractingbedrijf onder de werkingssfeer vallen van een algemeen verbindend verklaarde bedrijfstak-cao. De werknemers vallen dan op basis van hun arbeidsovereenkomsten met het contractingbedrijf onder het personele bereik van de bedrijfstak-cao. Daarbij is bepalend op welke wijze en binnen welke sectoren het contractingbedrijf opdrachten gaat aannemen. Dat laatste geldt eveneens voor de beantwoording van de vraag of sprake is van een verplichte pensioenpremieafdracht aan een bedrijfstakpensioenfonds. Omdat bij een juridisch houdbare vorm van contracting geen sprake is van een uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW, is geen sprake van verplichte premieafdracht aan StiPP. Anderzijds is de arbeidsovereenkomst van de werknemer minder flexibel omdat het verlichte arbeidsrechtelijke regime van artikel 7:691 BW en het fasensysteem van de ABU-cao niet van toepassing zijn.

Wanneer bij de aanneming van de opdracht door het contractingbedrijf werknemers en/of productiemiddelen worden overgenomen van de opdrachtgever, kan sprake zijn van overgang van onderneming in de zin van artikel 7:662 BW. Of daarvan sprake is, hangt af van de feitelijke omstandigheden, met name of de door de werknemers te verrichten activiteiten voor de opdrachtgever een arbeidsintensief of een kapitaalintensief karakter hebben (zie hierover nader aant. C.3 van mijn commentaar bij art. 7:662 BW in Sdu Commentaar Arbeidsrecht

Artikelsgewijs). Is sprake van overgang van onderneming, dan treden de betrokken werknemers op grond van artikel 7:663 BW van rechtswege in dienst bij het contractingbedrijf en is het contractingbedrijf verplicht de bij de opdrachtgever geldende arbeidsvoorwaarden – inclusief de door de opdrachtgever op deze werknemers toegepaste cao – te blijven toepassen op deze werknemers.

5. Arrest Hof Den Bosch, 21 oktober 2014

Qatro B.V. had per 1 maart 2011 de volgende bedrijfsomschrijving opgenomen in het handelsregister: “het uitzenden en detacheren van personeel met name in de agrarische sector”. Op 17 januari 2013 heeft zij daar in de aanloop naar de gerechtelijke procedure aan toegevoegd: “en het aannemen van werk in de ruimste zin des woords.” Qatro heeft pensioenpremies afgedragen aan StiPP, maar past niet de ABU-cao toe. Qatro heeft met verschillende werknemers overeenkomsten gesloten die de titel “Uitzendovereenkomst” dragen. Op de loonstroken van de werknemers staan de woorden “uitzendkracht” en “uitzendbedrijven”. Met Worldchamp International B.V. heeft Qatro een overeenkomst gesloten waarbij Worldchamp aan Qatro diensten uitbestedt, bestaande uit het oogsten van champignons. Deze overeenkomst wordt steeds aangeduid als “aannemingsovereenkomst”. Het vullen en legen van de (champignons)cellen wordt per uur en per kilo in rekening gebracht. De werkzaamheden worden uitgevoerd door 50 tot 65, voornamelijk Poolse, werknemers. Qatro heeft een aantal sorteer- of plukleiders in dienst. De Stichting Naleving CAO voor Uitzendkrachten (SNCU) stelt zich bij de rechter op het standpunt dat sprake is van uitzending in de zin van artikel 7:690 BW en dat Qatro onder de werkingssfeer van de ABU-cao valt. Zij vordert onder andere een bedrag van € 345.328 aan te weinig betaald loon aan de werknemers.

Bij de kantonrechter te Eindhoven (Ktr. Eindhoven 3 oktober 2013, zaaknr. 876621/CV EXPL 13-1493, n.g.) voert Qatro in eerste aanleg aan dat sprake is geweest van een vergissing aan de kant van haar voormalige adviseur en dat de benodigde juridische kennis ontbrak waardoor per ongeluk uitzendovereenkomsten met werknemers zijn gesloten, waaraan echter nooit op die manier uitvoering is gegeven. In werkelijkheid is volgens Qatro sprake van aanneming van werk. De kantonrechter stelt allereerst vast dat in een boetebeschikking van de Arbeidsinspectie wordt vastgesteld dat bij Qatro geen sprake is van het ter beschikking stellen van werknemers omdat uit verklaringen van medewerkers van Qatro volgt dat het plukken van champignons aangenomen werk is. Voorts wijst de kantonrechter erop dat Qatro overtuigend heeft gesteld dat de zeggenschap over de werknemers niet bij Worldchamp maar bij Qatro berust en slechts twee werknemers van Worldchamp aanwezig zijn op het bedrijf (een monteur en iemand die de groeiomstandigheden van de champignons controleert). Feitelijk houden deze twee werknemers zich met andere werkzaamheden bezig (teelt) dan de

werknemers van Qatro (oogst en logistiek). Qatro stuurt alles aan en heeft de volledige leiding en toezicht. Er is niemand die zich vanuit Worldchamp bezighoudt met het aansturen van de werknemers. De kantonrechter stelt vast dat in de aannemingsovereenkomst is opgenomen dat de werknemers van Qatro gehouden zijn de diensten onder toezicht en onder leiding van de aannemer, Qatro, te verrichten en dat de opdrachtgever, Worldchamp, niet gerechtigd is over de werknemers enigerlei gezag, leiding of toezicht uit te oefenen. Gelet hierop is naar het oordeel van de kantonrechter niet vast komen te staan dat Qatro een uitzendonderneming is en dus onder de ABU-cao valt.

In hoger beroep bij het Hof Den Bosch stelt SNCU zich op het standpunt dat de aannemingsovereenkomst gezien moet worden als een schijnconstructie. Volgens SNCU is “de grens tussen een echte aanneemovereenkomst en een uitzendrelatie gering.” Contracting kan, zo betoogt SNCU, als verkapte uitzendvorm gericht zijn op het omzeilen van de rechten van uitzendkrachten. Naar het oordeel van het hof getuigt de aannemingsovereenkomst inderdaad van elementen die tot doel hebben (gehad) het uitzendkarakter van de overeenkomsten tussen Qatro en haar werknemers weg te nemen. Voor de vraag of een uitzendrelatie bestaat, is niet de tekst van het contract bepalend, maar de feitelijke situatie. Het dwingende (uitzend)recht kan immers niet door een contract opzij worden gezet, zo overweegt het hof. Het hof wijst erop dat de werkzaamheden worden uitgevoerd door Poolse werknemers van Qatro, de directrice van Qatro Pools spreekt en dat bij Worldchamp niemand Pools spreekt. Daaruit vloeit voor het hof voort dat Worldchamp die taak (toezicht en leiding) kennelijk aan Qatro heeft uitbesteed. Het hof houdt het er dan voor dat de directrice van Qatro (mede) Worldchamp vertegenwoordigt ten aanzien van het toezicht en leiding geven, zodat de champignonpluk geacht moet worden (mede) te zijn uitgevoerd in opdracht van en onder toezicht en leiding van Worldchamp. Aldus kan naar het oordeel van het hof in de relatie tussen Qatro en de champignonplukkers sprake zijn van een uitzendovereenkomst ex artikel 7:690 BW. De tekst van de aannemingsovereenkomst staat daaraan niet in de weg. Het hof overweegt dat de aannemingsovereenkomst alleen werking heeft tussen Qatro en Worldchamp en dat deze niet, althans niet zonder meer, bepalend is voor de relatie tussen Qatro en haar werknemers. Weliswaar, zo vervolgt het hof, kunnen aan de (tekst van de) aannemingsovereenkomst aanwijzingen worden ontleend voor het bestaan van een overeenkomst van aanneming van werk tussen Qatro en Worldchamp, maar deze zijn hier niet doorslaggevend voor de relatie tussen Qatro en haar werknemers, in het bijzonder niet omdat uit de overige feiten (bijvoorbeeld de uitzendovereenkomsten) sterkere aanwijzingen voor het tegendeel volgen. Voor de vraag of sprake is van een uitzendovereenkomst is, zo overweegt het hof, “niet de tekst van het contract tussen ‘uitzendbureau’ en ‘inlener’ noch die tussen opdrachtgever en uitvoerder bepalend, maar de feitelijke situatie. Het dwingende (uitzend)recht kan immers niet door een contract opzij worden gezet.” Van feiten of

omstandigheden waaruit zou kunnen worden afgeleid dat Qatro geen uitvoering heeft gegeven aan de 'uitzendovereenkomsten' met haar werknemers zoals met hen overeengekomen, is het hof niet gebleken. De wijze van facturering (per kilo en per uur geleverd werk) levert voor het hof hooguit een zwakke aanwijzing op voor het bestaan van een (echte) aannemingsovereenkomst. Deze aanwijzing is te zwak om de balans ten gunste van Qatro te laten doorslaan. Dat Qatro in het kader van de Arbeidstijdenwet als werkgever wordt aangemerkt, maakt dit voor het hof niet anders omdat het hier gaat om een civielrechtelijke kwalificatie van de driehoeksverhouding.

6. Wezen gaat voor schijn

Waar de kantonrechter te Eindhoven in zijn oordeelsvorming over de vraag of sprake is van uitzending grote waarde toekent aan de afspraak in de aannemingsovereenkomst dat de werknemers de werkzaamheden uitsluitend onder toezicht en onder leiding van Qatro verrichten, en niet (tevens) onder gezag, leiding of toezicht van Worldchamp, oordeelt het hof dat niet de tekst van de aannemingsovereenkomst maar de feitelijke situatie bepalend is voor het antwoord op de vraag of sprake is van uitzending. Opmerkelijk is dat het hof oordeelt dat, ook wanneer tussen Qatro en Worldchamp sprake zou zijn van een overeenkomst van aanneming van werk, dit niet betekent dat de werknemers niet op basis van een uitzendovereenkomst in dienst zijn. Het hof gaat hiermee in tegen de tekst van artikel 7:690 BW en de hiervoor besproken wijze waarop dit artikel tijdens de parlementaire behandeling is toegelicht. Alleen wanneer het oogsten van champignons niet zou kunnen worden beschouwd als gericht op de totstandbrenging en oplevering van een werk van stoffelijke aard in de zin van artikel 7:750 BW, en dus sprake zou zijn van een overeenkomst van opdracht, had het hof tot het oordeel kunnen komen dat de werknemers op basis van een uitzendovereenkomst in dienst zijn van Qatro. Of sprake is van aanneming van werk in de zin van artikel 7:750 BW laat het hof echter in het midden. Ook het feit dat Qatro toezicht en leiding uitoefent over de werknemers, vormt voor het hof geen hinderpaal voor zijn oordeel dat sprake is van een uitzendovereenkomst. Met een eigen, creatief te noemen invulling van de omstandigheden oordeelt het hof dat Worldchamp de leiding en het toezicht als het ware heeft gedelegeerd aan Qatro en de champignonpluk daardoor mede moet worden geacht te zijn uitgevoerd onder toezicht en leiding van Worldchamp. Dat is een merkwaardige redenering, omdat het met de woorden leiding en toezicht in artikel 7:690 BW bedoelde feitelijke werkgeversgezag nu juist niet kan worden gedelegeerd of uitbesteed.

Met name de rommelige wijze waarop de aannemingsovereenkomst en de arbeidsovereenkomsten met de werknemers waren ingericht, zijn mijns inziens debet geweest aan het oordeel van het hof. De overwegingen van het hof lijken mede te zijn ingegeven door de gedachte dat voorkomen moet worden dat misbruik wordt gemaakt van contracting en dat

door (mogelijke) schijnconstructies moet worden heengeprikt. Daarbij kan voor het hof een rol hebben gespeeld dat de procedure aanhangig was gemaakt door de SNCU, die zich, mede in het belang van de werknemers, richt op het bestrijden van oneerlijke concurrentie op arbeidsvoorwaarden door het niet correct toepassen van de cao's in de uitzendbranche. Dat is een nobel streven, maar neemt niet weg dat vraagtekens kunnen worden geplaatst bij de wijze waarop het hof zijn oordeel heeft gemotiveerd. Dat geldt bijvoorbeeld ook voor het oordeel van het Hof Amsterdam in zijn arrest van 28 oktober 2014 in de Care4Care-zaak (*AR Updates* 2014-0920). In deze procedure stelde StiPP zich op het standpunt dat een detacheerder die via zijn medewerkers gespecialiseerde kennis en informatie aan een zorginstelling levert en die geen allocatiefunctie vervult op de arbeidsmarkt, moest worden aangemerkt als een werkgever in de zin van artikel 7:690 BW en uit dien hoofde verplicht was tot premieafdracht voor de werknemers aan StiPP. Ook hier werd de vordering toegewezen. Daarbij ging het Hof Amsterdam nog verder dan het Hof Den Bosch door, volledig voorbijgaand aan de (hiervoor onder punt 3 beschreven) wijze waarop artikel 7:690 BW is uitgelegd in de wetsgeschiedenis, met een enkele verwijzing naar de tekst van artikel 7:690 BW te overwegen dat voor de toepassing daarvan niet vereist is dat de werkgever een allocatiefunctie vervult op de arbeidsmarkt. In de zaak van Care4Care staat echter – anders dan in de procedure bij het Hof Den Bosch – allerm minst vast dat de werknemers baat zouden hebben bij de verplichting tot premieafdracht aan StiPP door hun werkgever. Een bespreking van de praktijken van StiPP gaat echter het bestek van dit commentaar te buiten.

7. Contracting in de 'spotlights' bij regering en sociale partners als mogelijke schijnconstructie

Tijdens de parlementaire behandeling van de Wet werk en zekerheid (Wwz) heeft de Minister van SZW tot twee keer toe onder verwijzing naar de afspraken in het Sociaal Akkoord van 11 april 2013 medegedeeld dat moet worden “voorkomen dat driehoeksrelaties (uitzendarbeid, payrolling, contracting) oneigenlijk worden gebruikt” en relaties in alle gevallen transparant zullen worden gemaakt zodat er geen misverstand zal bestaan over de positie van de werknemer (*Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 7/8 en 12). Voor contracting betekent dit dat van overheidswege zou kunnen worden ingegrepen in situaties waarin voornamelijk voor deze contractvorm wordt gekozen ter omzeiling van (arbeidsvoorwaarden)regelingen zoals de Waadi en de op dit moment algemeen verbindend verklaarde ABU-cao. Voorts spraken de sociale partners en het kabinet in het Sociaal Akkoord van 11 april 2013 af dat bij aanbesteding, uitbesteding of (schijn)faillissement de werknemers die het betreffende werk doen, het werk met behoud van arbeidsvoorwaarden volgen en in dat kader zal worden gezien “of en zo ja hoe, de Wet overgang van onderneming moet worden aangepast” (Sociaal Akkoord 11 april 2013, p. 24).

In een eveneens op 11 april 2013 door de Minister van SZW aan de Tweede Kamer verzonden 'Plan van aanpak schijnconstructies' (*Kamerstukken II* 2012/13, 17 050, nr. 428) deelt de minister onder andere mee dat het kabinet "de ketenaansprakelijkheid voor het geldende (cao-)loon (wil)uitbreiden, zodat ook opdrachtgevers in de keten kunnen worden aangesproken op de betaling hiervan." Dit heeft ook gevolgen voor contracting. Het in navolging van dit plan van aanpak op vrijdag 12 december jl. bij de Tweede Kamer ingediende wetsvoorstel Wet aanpak schijnconstructies (*Kamerstukken II* 2014/15, 34 108) voorziet onder meer in de invoeging van een zestal artikelen in Titel 10 Boek 7 BW (na artikel 7:616 BW) waarin de werkgever en de opdrachtgever hoofdelijk aansprakelijk worden voor de voldoening van het aan de werknemer verschuldigde loon wanneer de arbeid wordt verricht in dienst van de werkgever ter uitvoering van een overeenkomst van opdracht of van aanneming van werk (artikel 616a). In situaties waarin sprake is van een keten van opdrachtgevers, opdrachtnemers en aannemers die allen verschillende werkzaamheden (laten) uitvoeren, maar allen uiteindelijk betrokken zijn bij de uitvoering van (een) werk voor een hoofdopdrachtgever, kan de werknemer achtereenvolgens hogere schakels in de keten aanspreken (dus eerst de opdrachtgever van de opdrachtgever en dan eventueel verder naar boven in de keten) indien de vordering van de werknemer op de werkgever en de opdrachtgever niet is geslaagd (artikel 616b).

Een belangrijke reden voor de aandacht van sociale partners en het kabinet voor het gebruik van contracting als mogelijke schijnconstructie was de uitkomst in de Sierafor-zaak. In deze zaak besteedde de opdrachtgever, Sierafor, productiewerk – het machinaal vervaardigen van boeketten voor afnemers – vanaf 2007 geleidelijk steeds meer uit aan een ander bedrijf, Ruigrok Productie. Ruigrok Productie vervaardigde in opdracht van Sierafor voor eigen rekening en risico en met behulp van eigen productiemiddelen machinaal boeketten tegen een vaste prijs per boeket. Het UWV weigerde toestemming te verlenen aan Sierafor voor het ontslag van de eigen werknemers van Sierafor die, voorafgaand aan de uitbesteding van het werk aan Ruigrok Productie, dit werk bij Sierafor hadden verricht. Bij het UWV had Sierafor zich op het standpunt gesteld dat de ontslagvergunning diende te worden verleend nu de uitbesteding van werkzaamheden op grond van de Beleidsregels ontslagtaak van het UWV een bedrijfseconomische reden voor ontslag vormde. In hoofdstuk 7 paragraaf 5 van de Beleidsregels ontslagtaak van het UWV (Beleidsregels) is bepaald dat: "als een werkgever bepaalde werkzaamheden [...] wil uitbesteden aan een ander bedrijf, waaronder ook wordt verstaan een echte zelfstandige, hem dat in beginsel vrij staat. In die gevallen zal dan ook een vergunning kunnen worden verleend voor de werknemer van het bedrijf die daardoor zijn baan verliest." Het UWV oordeelde echter dat, nu de werknemers van Ruigrok Productie op basis van flexibele arbeids- en uitzendovereenkomsten in dienst waren, de toets van hoofdstuk 7 paragraaf 6 van de Beleidsregels van toepassing was. In deze paragraaf is bepaald

dat aanvragen die slechts bedoeld zijn om vaste werknemers te vervangen door flexibele medewerkers, niet kunnen worden gehonoreerd. Het UWV oordeelde dat de ontslagvergunningen op deze grond moesten worden geweigerd omdat met deze beleidsregel wordt beoogd te voorkomen dat vast personeel bijvoorbeeld uit kostenoverwegingen wordt vervangen door flexibel personeel, ook wanneer dit het gevolg is van aanbesteding van het werk aan een derde zoals aan de orde was in de Sierafor-zaak.

Vervolgens verzocht Sierafor de kantonrechter de arbeidsovereenkomsten van de werknemers te ontbinden. De kantonrechter te Leiden ontbond de arbeidsovereenkomsten (Ktr. Leiden 17 april 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BZ7313). De kantonrechter ging daarbij voorbij aan het verweer van de werknemers, dat erop neerkwam dat de kantonrechter met het oog op de beschermingsfunctie van het arbeidsrecht door onduidelijke constructies, zoals de onderhavige uitbesteding, heen diende te kijken. Naar het oordeel van de kantonrechter was in deze zaak geen sprake van een onduidelijke constructie, Ruigrok Productie kon naar het oordeel van de kantonrechter niet worden aangemerkt als een schijnzelfstandige zoals bedoeld in de Beleidsregels. De kantonrechter achtte daarbij van belang dat Ruigrok Productie (i) een al jarenlang bij de Kamer van Koophandel ingeschreven Nederlandse onderneming was die (ii) de productiewerkzaamheden met eigen personeel en met eigen productiemiddelen verrichtte voor Sierafor en andere ondernemingen, (iii) het ondernemersrisico droeg van die activiteiten en (iv) een gecertificeerde onderneming was. De kantonrechter overwoog dat de vraag of een werkgever de arbeidsovereenkomsten met de vaste werknemers kan beëindigen na uitbesteding van het werk aan een ander bedrijf met meer flexibele werknemers die niet onder de cao van de werkgever vallen, niet los kon worden gezien van “de ingrijpende veranderingen die zich voltrekken op (vooral de onderkant van) de arbeidsmarkt in een groot aantal sectoren, mede een gevolg van de toegenomen arbeidsmigratie uit Midden- en Oost Europa en een daarmee samenhangende scherpe concurrentie ten aanzien van arbeidsvoorwaarden en arbeidsproductiviteit.” De kantonrechter realiseerde zich dat uitbesteding de rechten van werknemers ernstig kan uithollen, zeker wanneer geen sprake is van overgang van onderneming, en dat de door hem geschetste ingrijpende veranderingen die zich voltrekken op de arbeidsmarkt in een groot aantal sectoren zich dan hard doen voelen. Hoewel de kantonrechter stelde begrip te hebben voor de frustraties van de werknemers over het feit dat het uitbestede productiewerk nu werd verricht door anderen, legde dit naar zijn oordeel geen gewicht in de schaal voor de vraag of sprake was van reguliere uitbesteding en, in het verlengde daarvan, van een gewichtige reden voor ontbinding van hun arbeidsovereenkomsten.

8. Een juridisch houdbare vorm van contracting: elementen, kenmerken en definitie

Zoals hiervoor gesteld, is bij contracting geen sprake van een inhoudelijk nieuw fenomeen.

Het feit dat dit de afgelopen jaren een vlucht heeft genomen, ten koste gaat van vaste arbeidsplaatsen en als gevolg heeft dat geen (bedrijfstak)cao meer van toepassing is, maakt een nadere afbakening van dit begrip echter noodzakelijk. Op basis van de hiervoor besproken wetgeving en jurisprudentie zou mijns inziens sprake zijn van een juridisch houdbare vorm van contracting en niet van een verkapte vorm van uitzending dan wel schijnconstructie wanneer sprake is van de volgende elementen en kenmerken:

het contractingbedrijf heeft gehele productie- of werkprocessen van de opdrachtgever overgenomen;
de overgenomen processen of afdelingen zijn goed van de rest van de onderneming van de opdrachtgever af te bakenen;
het contractingbedrijf is gespecialiseerd in dienstverlening in de relevante sector(en);
het contractingbedrijf is een resultaatverplichting aangegaan met de opdrachtgever ten aanzien van te leveren producten, werken, diensten of andere meetbare resultaten, niet een verplichting ten aanzien van de ter beschikking te stellen arbeidskrachten;
de opdrachtgever betaalt niet per arbeidsuur, maar een vooraf overeengekomen tarief per geleverd product, werk of dienst;
het contractingbedrijf maakt gebruik van vaste teams van werknemers;
de door het contractingbedrijf ingezette teams zijn in vergaande mate autonoom en de opdrachten op de werkvloer worden gegeven door een leidinggevende die ook in dienst is van het contractingbedrijf;
het contractingbedrijf is (financieel) verantwoordelijk voor planning, administratie, management en toezicht en draagt werkgeversrisico's dan wel neemt de werkgeversrisico's op zich;
de door het contractingbedrijf ingezette teams maken gebruik van productiemiddelen van het contractingbedrijf.

Bij contracting verbindt de ene partij, het contractingbedrijf, zich een (deel van een) werkproces bij de andere partij, de opdrachtgever, uit te voeren. Daarbij geldt voor het contractingbedrijf een resultaatsverplichting en verbindt de opdrachtgever zich een door partijen vastgestelde (stuk)prijs te betalen aan het contractingbedrijf. Bij de uitvoering van de overeenkomst maakt het contractingbedrijf gebruik van eigen productiemiddelen en zet het contractingbedrijf werknemers in, die onder zijn leiding en toezicht en als een in bepaalde mate autonome groep worden ingezet bij de opdrachtgever.

9. Conclusie

Uit de rechtspraak en uit de mededelingen van sociale partners en het kabinet volgt dat kritisch wordt gekeken naar contracting als driehoeksverhouding. Die blik zal nog kritischer worden nu, zoals hiervoor gesteld, met ingang van 30 maart 2015 op grond van de ABU-cao vanaf dag één de inlenersbeloning moet worden betaald aan uitzendkrachten. Contracting kan daardoor voor ondernemers een aantrekkelijker alternatief gaan vormen. Om niet als uitzendovereenkomst of schijnconstructie te worden aangemerkt, zal contracting als arbeidsrechtelijke driehoeksverhouding naar mijn mening in ieder geval moeten passen binnen de op basis van de hiervoor genoemde kenmerken en elementen door mij geformuleerde definitie. Daardoor zullen de bedrijfsactiviteiten van het contractingbedrijf in ieder geval deels gerekend kunnen worden tot, dan wel behoren tot de sector waarbinnen de bedrijfsactiviteiten van de opdrachtgever vallen. Het is aan sociale partners om ervoor te zorgen dat de werkingssfeerbepalingen in (bedrijfstak)cao's zo worden omschreven dat ook het aan contractingbedrijven uitbestede werk onder de werkingssfeer van de cao (blijft) vallen.

Voor zover mij bekend, zijn op dit moment twee cao's afgesloten die specifiek zien op contracting: de cao Stuwadoorsbedrijf Van Rooij B.V. (looptijd 1 juli 2011 t/m 30 juni 2014) en de cao Contracting NL B.V. (looptijd 1 mei 2013 t/m 30 april 2016). Beide cao's zijn ondernemingscao's, afgesloten met CNV Vakmensen. In deze cao's zijn definities opgenomen van een "Meewerkend Voorman", "Voorman" of "Supervisor" die in dienst is van het contractingbedrijf en "toezicht houdt over en leiding geeft aan andere werknemers van [het contractingbedrijf] en de door hen bij de opdrachtgevers van [het contractingbedrijf] te verrichten werkzaamheden." De werknemers zijn op grond van de cao's verplicht de regels en aanwijzingen van de voorman op te volgen. In de Van Rooij-cao maken de voormannen onderdeel uit van de werknemersgroep A ("werknemers die zich bezighouden met magazijnwerkzaamheden") of B ("werknemers die zich bezighouden met laad- en loswerkzaamheden"). In de Contracting-cao vormen de voormannen een eigen werknemersgroep met een eigen functieprofiel. Verder regelen de cao's de beloning en de overige arbeidvoorwaarden en -omstandigheden van de werknemers van het contractingbedrijf. Hierbij wordt niet verwezen naar arbeidvoorwaarden of -omstandigheden bij de opdrachtgevers.

Uit het arrest van het Hof Den Bosch blijkt dat het maken van eenduidige contractuele afspraken kan bijdragen aan de juridische houdbaarheid van de contractingovereenkomst. Dat zal temeer het geval zijn wanneer de arbeidvoorwaarden van de werknemers van het contractingbedrijf zijn vastgelegd in een met een 'gevestigde' vakbond gesloten cao of, wanneer de uitbesteding van het werk door de opdrachtgever kwalificeert als overgang van onderneming in de zin van artikel 7:662 BW. In dat laatste geval gaan de werknemers met

behoud van arbeidsvoorwaarden – de voorheen bij de opdrachtgever op hun arbeidsovereenkomst van toepassing zijnde (bedrijfstak)cao – over naar het contractingbedrijf. Bovendien geldt in dat geval het opzegverbod van artikel 7:670 lid 8 BW. Kwalificeert de uitbesteding van het werk aan het contractingbedrijf niet als een overgang van onderneming, dan vormt dit voor de opdrachtgever geen vrijbrief om de werknemers te ontslaan die het uitbestede werk voorheen in zijn dienst verrichtten. Het UWV zal geen toestemming voor opzegging verlenen omdat in deze situatie naar zijn oordeel sprake is van een vervangingsontslag. Dat zal niet veranderen na de inwerkingtreding van de Wwz op 1 juli 2015. In de memorie van toelichting bij de Wwz (*Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 43/44) maakt de Minister van SZW korte metten met de overwegingen van de kantonrechter te Leiden in de Sierafor-zaak. De minister deelt mee dat wanneer werknemers voor ontslag worden voorgedragen terwijl het werk bij de werkgever naar aard en omvang in het geheel niet wijzigt, feitelijk geen sprake is van het vervallen van arbeidsplaatsen en in een dergelijke situatie geen toestemming voor ontslag wordt verleend. Tegelijkertijd, zo vervolgt de minister, wordt hiermee bescherming geboden aan de sociaal-economische verhoudingen binnen Nederland, zoals het tegengaan van het onnodig vervangen van vaste werknemers door flexibele werknemers en het tegengaan van het ontduiken van cao-verplichtingen die voor een werkgever gelden. Tegen dat laatste wordt tevens een dam opgeworpen in het hiervoor aangehaalde wetsvoorstel Wet aanpak schijnconstructies. Indien sociale partners ervoor zorgen dat de werkingssfeerbepalingen in (bedrijfstak)cao's zo worden omschreven dat ook contractingbedrijven, in verband met het door hen aangenomen werk, onder de werkingssfeer van de cao vallen, zullen deze maatregelen eraan bijdragen dat contracting als verkapte vorm van uitzending dan wel schijnconstructie aan aantrekkingskracht zal verliezen.