

Nieuwsbrief AR Updates - Nummer 07, 2014

Nummer 7, 2014

Redactie: prof. mr. dr. A.R. Houweling, mr. L. Kirkpatrick, mr. M. Assenberg van Eijnden, 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:2014:78 13-02-2014

Strojírny Prostějov a.s./Odvolací finanční ředitelství

Hof

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2014:981 11-02-2014

FNV Bondgenoten/Van Nelle Tabak Nederland B.V., h.o.d.n. Imperial Tobacco Joure (ITG)

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2014:302 04-02-2014

werknemster/H+B Thuiszorg Haaglanden BV

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2014:499 28-01-2014

werknemer/werkgever

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2014:510 28-01-2014

werknemer/werkgevers

Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2013:5128 17-12-2013

Bluemarine Offshore Yard Services/werknemer

Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2013:5126 29-01-2013

Stena Line/Ondernemingsraad Stena Line

Rechtbank

Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2014:588 11-02-2014

werknemer/Mezutec Drachten B.V.

Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2014:2391 06-02-2014

werknemer/werkgever

Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2014:452 04-02-2014

werknemer/werkgeefster

Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2014:653 04-02-2014

werkneemster/werkgever

Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2014:564 04-02-2014

werkneemster/ACK Zorgmaat Kraamzorg B.V.

Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2014:522 03-02-2014

werkneemster/Guidion Nederland B.V.

Rechtbank Zeeland-West-Brabant, ECLI:NL:RBZWB:2014:726 29-01-2014

werknemer/werkgeefster

Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2014:421 08-01-2014

werknemer/Fabel Celbeton B.V. c.s.

Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2013:8297 19-12-2013

X/Y

Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2013:8296 17-12-2013

werknemer/Hochwald Nederland B.V.

Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2013:8293 17-12-2013

X in haar hoedanigheid van curator/werkneemster

Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2013:6420 11-12-2013

werknemer/Blycolin Shares B.V.

Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2013:8298 22-11-2013

werkgeefster/werknemer

Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2013:6779 12-11-2013

werknemer/werkgeefster

Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2013:6419 16-10-2013

Prosperity International B.V./X c.s.

Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2013:7291 18-09-2013

X/Y

Uitspraken zonder ECLI

Hof van Justitie van de Europese Unie 13-02-2014

Commissie/Italië

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

College voor de Rechten van de Mens 30-01-2014

werkneemster/Postkantoren B.V.

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Rechtbank Amsterdam 06-02-2014

werkgever/werknemer

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Rechtbank Zeeland-West-Brabant 27-09-2013

werkgever/werknemer

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Hof van Justitie van de Europese Unie 13-02-2014

TSN en YTN/Mehiläinen Oy en Nokia Siemens

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Hof van Justitie van de Europese Unie 13-02-2014

Österreichischer Gewerkschaftsbund/Verband Österreichischer Banken und Bankiers

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Annotatie

Transnationale arbeid in de EU: race to the top or to the bottom?

mr. dr. J.H. Even

ANNOTATIE

Transnationale arbeid in de EU: race to the top or to the bottom?

mr. dr. J.H. Even

Een van de grootste ‘uitdagingen’ in een sociaal Europa is, naar mijn mening, de mogelijke wrijving tussen de Europese vrijheden enerzijds en sociale rechten anderzijds. Hiervan zijn tal van voorbeelden. Denk bijvoorbeeld aan de discussie over de zogenoemde Bolkestein-richtlijn, die tot een grote betoging in Brussel heeft geleid (zie hierover R. Blanpain, ‘Bolkestein: Sociale dumping?’, *AI* 2005, 2, p. 99 e.v.). Of denk aan de arresten van het HvJ inzake *Spaanse aardbeien* (9 december 1997, C-265/95) en *Schmidberger* (12 juni 2003, C-112/00). Te veel om op te noemen, en zeker te veel om te verwerken in een commentaar. Ik beperk me dan ook tot de potentiële wrijving tussen de vrijheid van transnationale dienstverrichting (art. 56 e.v. VWEU) en de gerechtvaardigde belangen van het land van ontvangst, met inbegrip van het voorkomen van *social dumping*. Ik doe dit naar aanleiding van een politiek gezien belangwekkende uitspraak, namelijk die van de Rechtbank Den Haag van 11 december 2013. Naar de uitspraak zelf zal echter niet de meeste aandacht uitgaan. Die gaat uit naar de achtergrond van deze problematiek en de lange weg die wordt begaan om een oplossing hiervoor te zoeken.

1. Directe aanleiding voor de uitspraak van de Rechtbank Den Haag

Bij transnationale tijdelijke uitzending van uitzendkrachten van Polen naar Nederland dient de uitzendwerkgever op grond van de op de Detacheringsrichtlijn (Richtlijn 96/71/EG) gebaseerde implementatiewet de Wet arbeidsvoorwaarden grensoverschrijdende arbeid (Waga) ten minste het minimumloon te voldoen aan de betrokken werknemers. Het betalen van onkosten valt niet onder het begrip minimumloon. Artikel 3 lid 7 tweede volzin van de Detacheringsrichtlijn bepaalt namelijk dat niet als deel van het minimumloon wordt beschouwd, de vergoeding van daadwerkelijk in verband met de terbeschikkingstelling gemaakte onkosten, zoals reiskosten, verblijfkosten en kosten voor voeding. Dergelijke onkosten worden vide artikel 6 lid 1 onder f WML ook nationaal buiten de reikwijdte van ons minimumloonbegrip gehouden.

Het vergoeden van onkosten bij transnationale detachering wordt dus niet als minimumloon beschouwd dat de werkgever ten minste aan de uitgezonden werknemer dient te voldoen. Ook anderszins schrijft de Detacheringsrichtlijn niet voor dat onkosten voor de uitgezonden werknemer dienen te worden vergoed (A.A.H. van Hoek en M.S. Houwerzijl, 'Comparative study on the legal aspects of the posting of workers in the framework of the provision of services in the European Union', rapport voor de Europese Commissie, VT/2009/0541, 21 maart 2011, p. 74). De Waga kent een dergelijke bepaling evenmin. Dat betekent in principe dat de dienstverrichter de uitgezonden werknemers allerlei onkosten mag laten betalen. Voor zover deze kosten worden voorgeschoten door de werkgever, wil hij deze mogelijk verrekenen met het loon dat hij betaalt aan de betrokken werknemer. Deze praktijk is onder meer besproken in het debat over arbeidsmigranten uit Midden- en Oost-Europa. Daar zijn situaties geconstateerd dat werknemers door verrekeningen onder het minimumloon betaald krijgen. Aan die verrekeningen moet volgens de minister van SZW paal en perk worden gesteld. Voor twee kostenposten heeft de minister van SZW echter een uitzondering voorgesteld. Dat zijn verrekeningen ten aanzien van redelijke kosten voor huisvesting en de premie ziektekostenverzekering. Dit gaat volgens de minister om onvermijdelijke kosten. Bovendien, zo voegt de minister toe, 'als de werkgever behulpzaam is bij het voorzien in huisvesting en een ziektekostenverzekering tegens aanvaardbare kosten, is het niet bezwaarlijk als deze kosten worden verrekend met het minimumloon' (*Kamerstukken II* 2011/12, 32896, 5). Ook stelde de minister een grens aan deze verrekeningen: voor huisvestingskosten tot maximaal 20% van het brutominimum(jeugd)loon en voor de premie zorgverzekering tot maximaal 10% van het brutominimumloon. Deze regel is sedert 4 juli 2011 opgenomen in het handhavingsbeleid van de Inspectie SZW, die onder meer belast is met het controleren van de naleving van de WML. In het persbericht van 28 augustus 2011 waarin deze wijzigingen van de handhaving van de WML waren aangekondigd (met als titel: Handhaving Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag effectiever en efficiënter), voegde de minister dreigend toe: 'té omvangrijke inhoudingen (vooral voorkomend bij – tijdelijke – werknemers afkomstig uit Midden- en Oost-Europa) zijn niet in overeenstemming met de Wml.'

2. Rechtbank Den Haag

De Rechtbank Den Haag moest oordelen over een werkgever (uitzendbureau) die met betrekking tot twee Poolse uitzendwerknemers méér had verrekend ten aanzien van huisvestingskosten en de premie ziektekostenverzekering dan het in het handhavingsbeleid toegestane maximum. Hiervoor had de werkgever van de Inspectie SZW een boete opgelegd gekregen. De werkgever achtte die boete ontoelaatbaar. Zijn standpunt was eenvoudig: de wet staat verrekening van dergelijke kosten toe (tot de beslagvrije voet). Het gewijzigde handhavingsbeleid, dat verder gaat dan de wet, kent geen wettelijke grondslag. De Inspectie

SZW stelde daarentegen dat, door de verrekening, de werkgever minder dan het minimumloon had betaald. Dat zou in strijd met de WML zijn. De rechtbank volgde het standpunt van de werkgever. De WML kent volgens de rechtbank geen expliciete bepalingen inzake verrekening. Daardoor dient te worden aangesloten bij de definitie van artikel 6:127 BW. Verrekening is daarmee een manier waarop, anders dan door betaling, een verbintenis tot betaling van een geldsom teniet gaat. Artikel 7 WML ziet op een *aanspraak* op minimumloon, niet op *betaling* van het minimumloon. Die aanspraak gaat naar zijn aard vooraf aan verrekening. Door een aanspraak ontstaat een verbintenis, die door verrekening teniet kan gaan. Artikel 7 WML kent bovendien geen verbod op verrekening. Door de verrekening heeft de werkgever dan ook geen publiekrechtelijk voorschrift overtreden. Er bestond daardoor geen bevoegdheid aan de zijde van de Inspectie SZW tot handhaving.

3. Analyse van deze uitspraak

De uitspraak heeft de charme van de eenvoud en verraadt (terecht) niets over de complexe politieke en maatschappelijke achtergrond van deze zaak. Ik heb wel enkele kanttekeningen bij het oordeel van de rechtbank. Wat opvalt is dat voor het toestaan van de verrekening in de arbeidsrelatie aan Nederlands recht wordt getoetst. Het is mij niet op voorhand duidelijk op grond waarvan Nederlands recht op de ongetwijfeld internationale arbeidsovereenkomst tussen werkgever en buitenlandse werknemer van toepassing is. Het is zeer wel mogelijk dat Pools recht de arbeidsovereenkomst beheerst. Zie hierover onderdeel 4, waar ik Rome I bespreek. Voorts wordt in de uitspraak artikel 7:632 BW genoemd – het artikel dat verrekening van geldsommen door de werkgever jegens de werknemer tijdens de duur van de arbeidsovereenkomst slechts onder strikte voorwaarden toelaat - maar wordt niet aangegeven op basis van welke limitatieve gronden genoemd in lid 1 van dit artikel precies *is* verrekend. Die grond zie ik niet onmiddellijk ten aanzien van de premie ziektekostenverzekering. Bij verrekening van de huurprijs van de woning moet volgens onderdeel e aan bijzondere voorwaarden worden voldaan. Of daaraan is voldaan wordt in de uitspraak niet duidelijk gemaakt. Wellicht dat het de rechtbank niet uitmaakte of aan de regels van artikel 7:632 BW was voldaan bij de verrekening. Het gevolg van overtreding van deze regels is immers vernietigbaarheid, en niet is gebleken dat is vernietigd. Aangenomen wordt dat een werknemer zich mag neerleggen bij verrekening van geldsommen in strijd met artikel 7:632 BW (zie bijv. W.C.L. van der Grinten, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, bewerkt door W.H.A.C.M. Bouwens en R.A.A. Duk, Deventer: Kluwer 2008, p. 143). Dat naar Nederlands recht verrekend mag worden, ook tot onder het niveau van het minimumloon, lijkt mij tamelijk helder te volgen uit lid 2 van artikel 7:632 BW. Volgens die bepaling mag immers worden verrekend tot de beslagvrije voet, die lager ligt dan het minimumloon.

De minister van SZW heeft fel gereageerd op deze uitspraak. In een brief van 15 januari 2014

aan de Tweede Kamer wordt op niet mis te verstane wijze hoger beroep aangekondigd (*Kamerstukken II* 2013/14, 33623, 10). Zonder enige vorm van inhoudelijke motivering schrijft hij: 'Ik kan mij niet vinden in het oordeel van de rechtbank en sta op het standpunt dat verrekening met het minimumloon niet is toegestaan (met uitzondering van de gelimiteerde bedragen voor huisvesting en ziektekostenverzekering). Ik zal dan ook hoger beroep instellen.' Vanwaar deze stevige reactie? Dat komt door de wrijving tussen de vrijheid van transnationale dienstverrichting en de gerechtvaardigde belangen van het land van ontvangst, in dit geval Nederland. Die wrijving heeft tot maatschappelijke onrust geleid.

4. Maatschappelijke onrust: uitbuiting en verdringing op de arbeidsmarkt

Op 22 november 2013 heeft de Expertcommissie A2 Maastricht een advies geopenbaard (<http://www.a2maastricht.nl/data/files/alg/id1344/Advies%20Expertcommissie.pdf>). Portugese werknemers werden ingezet voor allerlei werkzaamheden ten behoeve van de bouw van een tunnel voor de A2 in Maastricht. Van hun salaris werd bijna € 1000 per maand ingehouden, ter dekking van diverse kosten, zoals woon- en reiskosten. De centrale vraag die aan de Expertcommissie was gesteld – is hier sprake van arbeidsuitbuiting of moderne slavernij – werd met een duidelijk 'nee' beantwoord. De inhouding van dit bedrag werd echter in strijd geacht met artikel 55 lid 1 van de op dat moment algemeen verbindend verklaarde cao voor de bouwnijverheid. Dat artikel bepaalt, kort gezegd, dat de werkgever huisvestingskosten en andere onkosten vergoedt als het werk zo ver van de woning is gelegen dat dagelijks huiswaarts keren van de werknemer onredelijk zou zijn. Een belangrijke vraag in dat verband, de vraag of artikel 55 lid 1 van deze cao mogelijk in strijd is met artikel 56 VWEU, liet de Expertcommissie helaas onbeantwoord. De relevantie van die vraag was daar, omdat de Europese Commissie enige tijd daarvoor was gevraagd te onderzoeken of juist deze bepaling de toets van artikel 56 VWEU zou doorstaan. Het beantwoorden van deze vraag zou echter buiten de opdracht van de Expertcommissie liggen. Ten overvloede concludeerde de commissie niettemin: 'het [valt] nog te bezien of de Europese Commissie de ingediende klacht gegrond zal verklaren en zo ja op welke gronden.'

Interessanter was de bespiegeling van de Expertcommissie over de sociaal-maatschappelijke context van dit geschil. De Expertcommissie refereerde aan de door de minister van SZW aangekondigde maatregelen schijnconstructies bij internationale dienstverlening tegen te gaan (brief van de minister en staatsecretaris van SZW aan de Tweede Kamer van 11 april 2013, betreffende resultaten sociaal overleg). Die schijnconstructies (met name schijnzelfstandigheid, ontduiking minimumloon en premieafdracht en niet toepassen cao-normen) leiden tot oneerlijke concurrentie, onderbetaling en soms ook uitbuiting. In een latere brief voegde de minister SZW hieraan toe dat hierdoor ook verdringing plaatsvindt aan de onderkant van de arbeidsmarkt (brief van de minister en staatsecretaris van SZW aan de

Tweede Kamer van 13 september 2013, betreffende EU-arbeidsmigratie). In deze brief kondigde de minister diverse maatregelen aan om schijnconstructies tegen te gaan. De Expertcommissie verwees niet slechts naar de politiek, maar trachtte ook zelf met een zienswijze te komen over dit probleem (p. 61-62):

‘Kijkend naar de sociaal|maatschappelijke discussie dan lijkt daar een communis opinio te bestaan dat (i) een inhouding ten behoeve van kosten van huisvesting c.a. als er geen andere regeling, zoals een (algemeen verbindend verklaarde) cao geldt, op zich zelf niet onaanvaardbaar is, maar (ii) de hoogte daarvan en de wijze van huisvesting wel punt van zorg en aandacht zijn. (...) Formele wet| en regelgeving die als toetssteen zou kunnen dienen, ontbreekt. Wel wordt er soms in een cao iets over de huisvesting van werknemers geregeld. (...) Als norm voor verrekening van huisvestingskosten houdt de Inspectie SZW een maximum van 20% van het fulltime WML|loon aan. De huisvestingskosten die Rimec [de in het onderzoek betrokken partij; JHE] bij de werknemers in rekening brengt zijn hoger dan deze norm. (...) Het overgrote deel van de door Atop [een andere betrokken partij; JHE] gemaakte kosten betreffen de kosten voor huisvesting. Bij het inhouden van een bedrag op een salaris voor een werknemer die € 13,12 per uur verdient voor voornamelijk huisvesting ad € 968,75, afgezet tegen de goedkope huurprijs van een aantal woningen, kunnen vraagtekens worden gezet. Wanneer deze vergelijking zou worden benaderd vanuit het perspectief van een commerciële op winst gerichte onderneming, is misschien nog wel vol te houden dat er een gemiddeld kostenniveau wordt bereikt waardoor een bedrag van € 968,75 niet onredelijk is (als een behoorlijke risico|opslag en winstmarge wordt ingecalculeerd). (...) Maar kijkend vanuit sociaal|maatschappelijk perspectief, zien we een situatie waarin ca. een derde van het nettoloon wordt ingehouden ten behoeve van de huisvesting van één persoon, in ordentelijke maar zeker niet overmatig luxueuze woningen. (...) De meer dan 30% inhouding op het nettosalaris van de Portugese werknemers ligt wel heel erg ver verwijderd van de 20%|norm van de Inspectie SZW, zelfs wanneer daarbij de kosten van woon|werkverkeer en vliettickets worden meegenomen. De commissie is van oordeel dat de inhouding voor de kosten van huisvesting en vervoer op het salaris van de werknemers in ieder geval vanuit sociaal maatschappelijk oogpunt te hoog is.’

5. Europese context: de Detacheringsrichtlijn en de Waga

De hier besproken wrijving tussen vrijheden en sociale rechten (in overigens fundamentele vorm dan ‘slechts’ het wel of niet mogen verrekenen) gaat al geruime tijd terug. De *landmark ruling* in dat verband is *Rush Portuguesa* (HvJ EG 27 maart 1990, C-113/89). Het Portugese *Rush Portuguesa* assisteerde een Frans bedrijf in onderaanneming met bouwwerkzaamheden aan een spoorlijn in Frankrijk. Portugal was net toegetreden tot de EEG. Conform de Toetredingsakte gold voor Portugal al wel de vrijheid van dienstverrichting, maar de regels van

het vrije verkeer van werknemers nog niet. Rush Portuguesa liet voor het verrichten van de werkzaamheden haar werknemers uit Portugal overkomen. Zij vroeg hiervoor geen vergunningen aan. Naar Frans recht was dat in strijd met immigratiewetgeving en een boete volgde. Rush Portuguesa riep de vernietiging van de boete in en beriep zich op de vrijheid van dienstverrichting. Het HvJ volgde Rush Portuguesa. De Toetredingsakte wilde weliswaar vermijden dat zich ingevolge de toetreding van Portugal door een onmiddellijke, massale toevloed van werknemers verstoringen voordoen op de arbeidsmarkt, maar die situatie was hier niet aan de orde. Het gaat hier namelijk om de tijdelijke verplaatsing van werknemers die naar een andere lidstaat worden gezonden. Die werknemers keerden na voltooiing van hun taak terug naar hun land van herkomst. De vrijheid van dienstverrichting verzette zich volgens het HvJ ertegen dat een lidstaat een in een andere lidstaat gevestigde dienstverlener verbiedt, zich op zijn grondgebied met zijn personeel vrij te verplaatsen, of hem aan beperkende voorwaarden onderwerpt (zoals het aanvragen van werkvergunningen). Dat betekende dat Rush Portuguesa zich met haar Portugese personeel mocht verplaatsen voor de duur van de aangenomen werkzaamheden. (Voor uitzendkrachten zijn deze overwegingen genuanceerd in HvJ EU 10 februari 2011, C-307/09 tot en met C-309/09, *Vicoplus*.) Het gemeenschapsrecht belette de lidstaten echter niet hun wetgeving of collectieve arbeidsovereenkomsten tussen de sociale partners te laten gelden voor een ieder die – zelfs tijdelijk – arbeid in loondienst op hun grondgebied verricht, ongeacht het land van vestiging van de werkgever.

Deze uitspraak poogde, kort gezegd, een balans aan te brengen tussen de fundamentele vrijheden van (in dit geval) een Portugees bedrijf, en de belangen van een ander land, Frankrijk, waarin de diensten werden verricht, met name het belang om niet overspoeld te worden met wat ik maar noem goedkope arbeidskrachten (met een mogelijke verdringing van Franse werknemers tot gevolg). Dat laatste, ook wel (een vorm van) *social dumping* genoemd, kon Frankrijk voorkomen door eigen wetgeving of cao's te laten gelden op deze Portugese werknemers. En passant zou dit een financieel voordeel opleveren voor de uitgezonden Portugese werknemers, die gebruik zouden kunnen maken van de betere Franse arbeidsvoorwaarden. Deze door het HvJ aangebrachte balans vormde de basis voor de Detacheringsrichtlijn. Zie overweging 5 daarvan: 'overwegende dat voor de bevordering van het grensoverschrijdend verrichten van diensten eerlijke mededinging alsook maatregelen die de eerbiediging van de rechten van werknemers garanderen noodzakelijk zijn.' Op basis van de Detacheringsrichtlijn dient, in geval van transnationale detachering binnen de EU, de werkgever ten aanzien van zijn uitgezonden werknemers kernarbeidsvoorwaarden van het land van ontvangst (gastland) toe te passen. Die kernarbeidsvoorwaarden dienen te blijken uit wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen en/of collectieve arbeidsovereenkomsten of scheidsrechtelijke uitspraken die algemeen verbindend zijn verklaard. Zij betreffen de in artikel 3 lid 1 opgesomde onderwerpen, waaronder maximale werktijden en minimale

rustperioden, minimaal aantal betaalde vakantiedagen en minimumlonen inclusief vergoedingen voor overwerk.

Het toepassen van deze arbeidsvoorwaarden van het gastland is vanuit internationaal privaatrechtelijk perspectief niet onmiddellijk voor de hand liggend. Hier is de Verordening inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I) relevant. De arbeidsvoorwaarden van de werknemers worden vastgesteld door het gekozen recht (in de praktijk vrijwel uitsluitend het recht van het land waar de dienstverrichter zich bevindt), en door dwingende bepalingen van het recht van het land dat zonder rechtskeuze van toepassing zou zijn (art. 8 lid 1 Rome I). Als hoofdregel geldt dat het recht van toepassing is van het land waar of, bij gebreke daarvan, van waaruit de werknemer ter uitvoering van de overeenkomst gewoonlijk zijn arbeid verricht (art. 8 lid 2 Rome I). Daaraan wordt toegevoegd dat het land waar de arbeid gewoonlijk wordt verricht niet geacht wordt te zijn gewijzigd wanneer de werknemer zijn arbeid tijdelijk in een ander land verricht. Die laatste uitzondering is bij transnationale detachering in de regel cruciaal: het gewoonlijke werkland blijft vrijwel steeds het land van uitzending. Dat betekent dat de arbeidsrechtelijke regels van het gastland niet van toepassing zijn. Een uitzondering hierop is dat op grond van artikel 9 Rome I regels van bijzonder dwingend recht (voorrangsregels) van het gastland kunnen gelden. Voorrangsregels zijn bepalingen aan de inachtneming waarvan een land zoveel belang hecht voor de handhaving van zijn openbare belangen zoals zijn politieke, sociale of economische organisatie, dat zij moeten worden toegepast op elk geval dat onder de werkingssfeer ervan valt, ongeacht welk recht overeenkomstig deze verordening overigens van toepassing is op de overeenkomst. De kernarbeidsvoorwaarden zijn door de Detacheringsrichtlijn tot dergelijke voorrangsregels verheven. De kernarbeidsvoorwaarden zijn daardoor van toepassing op de uitgezonden werknemers in geval van Europese transnationale detachering, ongeacht het recht dat de arbeidsovereenkomst beheerst.

De Detacheringsrichtlijn is in Nederland geïmplementeerd in de Waga. Op basis hiervan dient, toegepast op de *inbound* detachering, de buitenlandse dienstverrichter niet alleen de regels uit zijn land toe te passen op de werknemer, maar ook de gunstiger Nederlandse kernarbeidsvoorwaarden. Die kernarbeidsvoorwaarden zijn terug te vinden in onze wetgeving, maar kunnen per sector ook verbeterd worden door middel van een algemeen verbindend verklaarde cao (art. 2 lid 6 Wet AVV).

Probleem opgelost, zou je zeggen. De vrijheid van dienstverrichting is gewaarborgd. Dat is belangrijk, want de Europese vrijheden worden toch als hoekstenen van de EU beschouwd. *Social dumping* wordt voorkomen, omdat de concurrentie op kernarbeidsvoorwaarden wordt beperkt. Iedereen, ook de transnationale dienstverrichter, dient de minima aan kernarbeidsvoorwaarden na te leven, die zelfs op sectorniveau door de sociale partners

kunnen worden vastgesteld. Zo wordt verdringing van de lokale beroepsbevolking door goedkope arbeidskrachten in het gastland voorkomen. Het toepassen van deze gunstigere kernarbeidsvoorwaarden is bovendien een leuk extraatje voor de uitgezonden werknemer. Kortom, iedereen gelukkig.

Toch is dit niet het geval gebleken. In de praktijk blijkt dat het enkele toepassen van de kernarbeidsvoorwaarden van het land van ontvangst onvoldoende is om het gevoel te krijgen dat eerlijk wordt geconcurrereerd. Vakbonden (maar soms ook lokale overheden: zie in dat verband HvJ EG 3 april 2008, C-346/06, *Rüffert*) willen volledige cao's opleggen, niet alleen minimumkernarbeidsvoorwaarden daaruit, zodat een werkelijk *level playing field* wordt verkregen waarmee *social dumping* wordt voorkomen. Dat standpunt wordt naar mijn ervaring soms ook (vaak zuiver informeel) door nationale werkgeversverenigingen onderschreven, die het bovendien als prettig ervaren dat goedkope buitenlandse concurrenten zo veel mogelijk buiten de deur worden gehouden. (Het formele standpunt van werkgeversverenigingen ligt overigens vaak ingewikkelder, omdat sommige werkgevers juist weer gebruik maken en willen blijven maken van 'goedkopere buitenlandse dienstverleners' in projecten.) Het opleggen van volledige cao's, en van niet algemeen verbindend verklaarde cao's, is echter door het HvJ verboden. Het opleggen van verdergaande verplichtingen aan de transnationale dienstverrichter dan de minimale verplichtingen die volgen uit de Detacheringsrichtlijn, wordt tot nu toe namelijk steeds door het HvJ als belemmering van de vrijheid van dienstverrichting beschouwd. En artikel 56 VWEU verbiedt dergelijke belemmeringen. Een belemmering is slechts toegestaan indien deze (1) een rechtmatig, met het verdrag verenigbaar doel nastreeft en haar rechtvaardiging vindt in dwingende redenen van algemeen belang, (2) geschikt is om verwezenlijking van dat doel te verzekeren en (3) niet verder gaat dan noodzakelijk om dit doel te bereiken. En deze toets wordt steeds niet gehaald, om de eenvoudige reden dat het HvJ het standpunt huldigt dat, kort gezegd, reeds in de belangen van het land van ontvangst is voorzien door de Detacheringsrichtlijn. Hierdoor wordt de 'minimumbescherming die de richtlijn aan gedetacheerde werknemers garandeert, (...) feitelijk ook het maximale niveau', zoals Houwerzijl en Van Hoek dat hebben verwoord (A.A.H. van Hoek en M.S. Houwerzijl, 'Loonconcurrentie als motor van de interne markt? Een tweeluik – deel 2: de arresten Laval, Rüffert en Commissie/Luxemburg, interpretatie van de detacheringsrichtlijn', *NTER* 2008/12, p. 346). De enige grond uit de Detacheringsrichtlijn die zich leent voor het opleggen van verdergaande bescherming, is die van artikel 3 lid 10. De kernarbeidsvoorwaarden kunnen op grond hiervan worden uitgebreid door bepalingen ter bescherming van de openbare orde. Van deze bepaling kan uitsluitend de wetgever – en niet de sociale partners in het kader van het vaststellen van een cao – gebruik maken (HvJ EG 18 december 2007, C-341/05, *Laval*, punt 84, en HvJ EG 19 juni 2008, C-319/06, *Commissie/Luxemburg*, punten 64 – 66). De wetgever kan dan wel worden gecontroleerd door het HvJ, ingevolge de al genoemde uitspraak

Commissie/Luxemburg. Het HvJ heeft hierin duidelijk gemaakt dat de term openbare orde als bedoeld in lid 10 een 'Europees' begrip is dat strikt moet worden uitgelegd. Hierop kan slechts een beroep worden gedaan in geval van een werkelijke en voldoende ernstige bedreiging van een fundamenteel belang van de samenleving. Het moet gaan om 'bepalingen van de inachtneming waaraan zo veel belang wordt gehecht voor de handhaving van de politieke, sociale of economische organisatie van de betrokken lidstaat, dat zij moeten worden nageleefd door een ieder die zich op het nationale grondgebied van deze lidstaat bevindt, en voor elke daarin gesitueerde rechtsbetrekking'. Er kunnen bovendien géén voorwaarden aan de tewerkstelling worden gesteld als deze voorwaarden al gelden in het land van herkomst.

Het voorgaande betekent dat de wetgever en de sociale partners het uiterste moeten halen uit de kernarbeidsvoorwaarden zelf, willen zij zo veel mogelijk dat door hen gewenste *level playing field* bereiken en mogelijke verdringing van de lokale beroepsbevolking voorkomen. In dat verband speelt in de praktijk vaak een belangrijke rol dat transnationale dienstverrichters op grond van de Detacheringsrichtlijn de 'minimumlonen, inclusief vergoedingen voor overwerk' van het gastland moet respecteren. Over dit onderdeel van de Detacheringsrichtlijn is daardoor veel te doen.

6. Minimumloon onder de Detacheringsrichtlijn en de Waga

Het begrip minimumloon wordt in de Detacheringsrichtlijn niet gedefinieerd, maar wel enigszins afgebakend. Het gaat gezien artikel 3 lid 1 onder c over: 'minimumlonen, inclusief vergoedingen voor overwerk; dit punt is niet van toepassing op de aanvullende bedrijfspensioenregelingen.' De laatste paragraaf van artikel 3 lid 1 voegt toe dat dit begrip 'minimumlonen' wordt bepaald door de nationale wetgeving en/of praktijk van de Lidstaat waar de werknemer ter beschikking is gesteld. In artikel 3 lid 7 tweede volzin van de Detacheringsrichtlijn wordt toegevoegd dat niet als deel van het minimumloon wordt beschouwd, de vergoeding van daadwerkelijk in verband met de terbeschikkingstelling gemaakte onkosten, zoals reiskosten, verblijfkosten en kosten voor voeding.

Maar wat heeft wel en wat niet te gelden als minimumloon? Die vraag is uiteraard van belang en werkt mogelijk twee kanten uit. Als het gastland een 'breed' minimumloonbegrip hanteert, kan dat gastland al deze componenten opleggen aan de dienstverrichter. Daar staat tegenover dat als het gastland een 'smal' minimumloonbegrip hanteert, het gastland zou kunnen bepleiten dat allerlei toeslagen en extra's die de dienstverrichter betaalt aan zijn werknemer, niet mee mogen worden genomen bij het antwoord op de vraag of de dienstverrichter een afdoende loon betaalt. Er zou dan volgens het gastland zuiver naar het brutoloon, zonder poespas, moeten worden gekeken.

In de zaak *Commissie/Duitsland* (HvJ EG 14 april 2005, C-341/02) kwam dit tweede punt aan de orde. Om te bezien of de dienstverrichter voldeed aan het Duitse minimumloon voor de bouwsector, keek de Duitse inspectie uitsluitend naar het door de dienstverrichter betaalde loon en een eventuele bouwtoeslag. Andere door de dienstverrichter betaalde looncomponenten – zoals een dertiende en veertiende maand, en stortingen in vakantie- en compensatiekassen – werden niet in beschouwing genomen. Dat werd door het HvJ in strijd met de Detacheringsrichtlijn en de vrijheid van dienstverrichting geacht. Duitsland was, kort gezegd, niet bevoegd zijn eigen voorgeschreven beloningsstructuur op te leggen aan de dienstverrichters bij het vergelijken van zijn minimumloon met het loon dat in andere lidstaten gevestigde werkgevers betaalden. Toeslagen en bijslagen ‘die geen wijziging brengen in de verhouding tussen de prestatie van de werknemer en het loon dat hij daarvoor ontvangt’ moesten door Duitsland worden meegenomen. Als de dienstverrichter toeslagen en bijslagen betaalt die wél een wijziging brengen in de verhouding tussen de prestatie van de werknemer en het loon dat hij daarvoor ontvangt – zoals het betalen van toeslagen voor vuil, zwaar of gevaarlijk werk – dan hoefden die niet door Duitsland te worden meegenomen, indien dergelijke toeslagen voor de Duitse situatie geen deel uitmaakten van de definitie van minimumloon. In de procedure was tussen Duitsland en de Commissie in confesso dat vergoedingen voor overwerk, bijdragen aan aanvullende bedrijfspensioenregelingen, vergoedingen voor wegens de terbeschikkingstelling daadwerkelijk gemaakte kosten en op een andere grond dan op uurbasis berekende vaste bedragen, *niet* als bestanddelen van het minimumloon in aanmerking moesten worden genomen.

Over het begrip minimumloon heeft het HvJ zich recent voor een tweede maal uitgesproken (HvJ EU 7 november 2013, C-522/12, *Isbir/DB Services*). Daarin is helder aangegeven dat het aan het gastland is te bepalen welke bestanddelen onder het minimumloombegrip worden geschoven, zolang dit maar niet tot gevolg heeft dat het verrichten van diensten tussen lidstaten wordt belemmerd (zoals in voornoemde zaak het geval was met betrekking tot de wijze waarop Duitsland het door de dienstverrichter betaalde loon vaststelde). Volgens het HvJ konden enkel loonbestanddelen die geen wijziging brengen in de verhouding tussen de prestatie van de werknemer en de tegenprestatie die hij daarvoor ontvangt, in aanmerking worden genomen voor de berekening van het minimumloon. Dat zijn bijvoorbeeld componenten zoals de dertiende en veertiende maand als genoemd in *Commissie/Duitsland*, maar ook componenten zoals winstdeling en conjunctuurtoeslagen, als aan de orde in *Isbir/DB Services*. Dergelijke toeslagen konden volgens het HvJ worden beschouwd als tegenprestatie voor de normale activiteit van de werknemer. Een spaarloonregeling daarentegen, zoals eveneens aan de orde in *Isbir/DB Services*, diende echter niet onder het begrip minimumloon te worden gebracht, omdat een dergelijke bijdrage moest worden onderscheiden van loon in eigenlijke zin. Die bijdrage paste in een doelstelling van sociaal

beleid en werd in de zaak *Isbir/DB Services* ondersteund door Duitsland, en paste niet in het kader van de verhouding tussen de arbeidsprestatie en de financiële tegensprestatie die daarvoor wordt verlangd van de werkgever.

Uit deze overigens niet al te duidelijke uitspraken volgt dat de wetgever en de sociale partners er verstandig aan doen een ruime opvatting te huldigen van het begrip 'minimumloon'. Die ruime opvatting kan gezien de zaak *Isbir/DB Services* vervolgens worden opgelegd aan de dienstverrichter. Als er geen ruime, maar juist een enge opvatting wordt gehanteerd, kan die enge opvatting niet (steeds) worden gebruikt bij het bepalen van de hoogte van het loon dat de transnationale dienstverrichter betaalt, zo blijkt uit *Commissie/Duitsland*. Toeslagen en bijlagen betaald door deze dienstverrichter aan de werknemer 'die geen wijziging brengen in de verhouding tussen de prestatie van de werknemer en het loon dat hij daarvoor ontvangt' dienen immers door het gastland te worden meegenomen. Voor mij is echter nog niet duidelijk of dat ook opgaat als bepaalde loonelementen in het gastland expliciet van de definitie van minimumloon zijn uitgesloten. Zo vallen winstuitkeringen gezien artikel 6 lid 1 onder c WML expliciet niet onder de definitie van minimumloon. Ik leid niet zonder meer uit de uitspraak *Commissie/Duitsland* af dat de Nederlandse inspectie zou moeten toestaan dat, bij het bepalen of een dienstverrichter ten minste het minimumloon heeft betaald, deze dienstverrichter bij de opgave van het betaalde loon elke winstuitkering mag meenemen.

Gegeven het voorgaande wekt geen verbazing dat sociale partners in cao's soms zeer ruim omgaan met het begrip minimumloon en vele in de cao benoemde elementen als minimumloon willen opleggen aan buitenlandse dienstverrichters. Het gaat niet om het zuivere loon, maar ook om allerlei toelagen. En soms bijvoorbeeld ook om additionele vergoedingen voor werknemers die verder dan een bepaalde afstand wonen van het werkobject. Zie in dat verband het reeds genoemde voorbeeld artikel 55 lid 1 cao voor de bouwnijverheid (zie onderdeel 4). Hierbij was reeds opgemerkt dat sociale partners hierbij moeten opletten. Zij mogen niet over de grenzen van de mogelijkheden die de Detacheringsrichtlijn hun biedt heenstappen. Dat zou namelijk hoogstwaarschijnlijk een overtreding van het bepaalde in artikel 56 VWEU opleveren. Vandaar dat de grenzen van het begrip minimumloon steeds worden opgezocht. Zie in dat verband bijvoorbeeld de prejudiciële vraag van de Finse rechter (C-396/13): 'Dient artikel 3 van Richtlijn 96/71, gelezen in samenhang met de artikelen 56 VWEU en 57 VWEU, aldus te worden uitgelegd dat het begrip minimumloon het basisuurloon overeenkomstig de loongroep, het garantieloon voor stukwerk, het vakantiegeld, de vaste dagvergoeding en de vergoeding voor de dagelijkse reis naar het werk omvat, zoals deze arbeidsvoorwaarden zijn neergelegd in een, in het kader van de bijlage bij de richtlijn in aanmerking komende, algemeen verbindend verklaarde cao?'

7. Hoe nu verder: een race to the bottom or to the top?

Simpel gezegd moeten de marktvrijheden ervoor zorgen dat bedrijven en werknemers daar gaan zitten waar zij het best tot hun recht komen. Voor werknemers betekent dat, dat werknemers uit landen met een hoge mate van werkloosheid gaan naar landen met een vraag naar arbeid. Dit is in elk geval de achtergrond van de vrijheid van vrij verkeer van werknemers (C. Barnard, *EU Employment Law*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 143). Dit zou tot een *race to the top* moeten leiden. Dit is het gunstige scenario. In het minder gunstige scenario kom je terecht in een *race to the bottom*. Goedkope arbeidskrachten overspoelen een markt die dit niet aankan. Deze arbeidskrachten kunnen uitgebuit worden bovendien. In dat verband wordt de term *social dumping* gebruikt.

De minister van SZW ziet blijkens zijn brief van 13 september 2013 voor hoogopgeleiden een *race to the top*: 'Vrij verkeer van werknemers is een van de verworvenheden van de Europese Unie. Nederland heeft een open, internationaal georiënteerde economie en heeft baat bij een Europese arbeidsmarkt. Vrij verkeer van werknemers biedt voor de individuele burgers kansen om al dan niet tijdelijk in een ander land te werken, maar is ook goed voor de Nederlandse economie en samenleving als geheel. Nederland kent daarom ook een uitnodigend beleid voor hooggekwalficeerde arbeidsmigranten. Zij zijn nodig om onze economie concurrerend te houden en knelpunten op de arbeidsmarkt op te vullen. De vraag naar hooggekwalficeerde arbeid stijgt vooralsnog sneller dan het aanbod.'

Voor de onderkant van de arbeidsmarkt is zijn visie bepaald minder rooskleurig. De minister van SWZ signaleert dat betrekkelijk weinig hoogopgeleiden, en betrekkelijk veel laagopgeleide arbeidsmigranten naar Nederland komen. Dat beschouwt de minister van SZW als een probleem: 'Dit in een periode dat de werkloosheid in Nederland nog steeds stijgt. Een aanzienlijk deel van de beroepsbevolking heeft geen werk. We moeten dan ook voorkomen dat er juist op dit moment verdringing plaatsvindt aan de onderkant van de arbeidsmarkt als gevolg van grote stromen EU-burgers die naar Nederland komen om laaggekwalficeerd werk te verrichten. Verdringing kan plaatsvinden als er sprake is van oneerlijke concurrentie door het gebruik van (oneigenlijke) constructies.' De minister wil hier wat aan doen, waaronder het aanpakken van schijnconstructies. Maar vanwege de duidelijke Europese achtergronden van dit probleem ziet de minister in dat Nederland dit niet alleen kan oplossen. Dat moet in Europees verband geschieden. Hij wil dit in de EU bespreekbaar maken om draagvlak te creëren. Er zijn in dat verband recentelijk al wat proefballonnetjes opgelaten, ook vanuit andere lidstaten. Cameron heeft bijvoorbeeld gesuggereerd om het vrije verkeer te beperken tot de 'volwassen economieën'. Zo ver gaat onze minister niet, maar hij wil wel degelijk de toegang tot de arbeidsmarkt voor EU-migranten verder beperken dan nu (Zie Nu.nl: Vrij verkeer EU niet heilig voor Asscher, 4 december 2013). Dit wordt echter een proces van de lange adem.

In de tussentijd moeten we roeien met de riemen die we hebben. Dat betekent dat we, als we reden zien onze arbeidsmarkt maximaal te beschermen, de Detacheringsrichtlijn ten volle moeten inzetten. Ik zie, toegepast op de hier besproken uitspraak, geen reden waarom het niet mogelijk zou kunnen zijn de WML te veranderen om verrekening tot onder het niveau van het minimumloon slechts beperkt mogelijk te maken. Die beperkingen zullen dan niet uitsluitend aan internationale dienstverrichters moeten worden opgelegd, maar aan een ieder. Ik kan mij voorstellen dat onder de WML slechts een beperkt aantal verrekeningsgronden wordt geïntroduceerd, en dat verrekening bijvoorbeeld wordt gemaximeerd tot de beslagvrije voet. Ik sluit niet uit dat de minister van SZW al met zoiets bezig is, gezien zijn opmerking in de reeds genoemde brief aan de Tweede Kamer van 15 januari 2014: 'Voorts is het van belang om deze zaak zo snel mogelijk nader te analyseren. Ik zal u voor 1 maart 2014 informeren over onze conclusies hieromtrent en welke maatregelen eventueel genomen zullen worden ter verduidelijking van de wetgeving en ter verbetering van de handhaving.' Wordt vervolgd.

RECHTSPRAAK

Commissie/Italië

Uitsluiting leidinggevend personeel ('dirigenti') van regeling inzake collectief ontslag, is in strijd met het personele bereik van de Richtlijn collectief ontslag.

Italië kent de zogenoemde *dirigenti*, een groep werknemers die vergelijkbaar is met senior managers. Voor hen gelden aparte werktijden en speciale regels bij ontslag. Op grond van artikel 10 wet nr. 604/1966 zijn zij uitgesloten van het individueel ontslagrecht. Zij zijn ook uitgesloten van artikel 1 van decreto legislativo nr. 368, 2001 attuazione della direttiva 1999/70/CE relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso dall'UNICE, dal CEEP e dal CES (wetsbesluit nr. 368 inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd). 'Dirigenti' zijn eveneens uitgesloten van de Italiaanse versie van de Wet melding collectief ontslag. Zowel wat betreft hun eigen rechten, alsook wat betreft het meetellen in het getalscriterium. Hierdoor worden niet alleen dirigenti zelf geraakt door de uitsluiting, maar kan als gevolg van het niet meetellen van dirigenti de Italiaanse WMCO mogelijk niet in werking treden waardoor ook de belangen van derden worden getroffen. Eind 2012 heeft dit tot een inbreukprocedure van de Europese Commissie geleid.

Het Hof van Justitie EU oordeelt als volgt. Het Hof brengt in herinnering dat de richtlijn uitgaat van een communautair werknemersbegrip. Onder verwijzing naar Danosa (HvJ EU 11 november 2010, C-232/09) wijst het Hof erop dat het gaat om personen die onder gezag van een ander tegen betaling arbeid verrichten. Het uitsluiten van bepaalde categorieën werknemers zou de raadgevings- en consultatieverplichtingen teniet kunnen doen. Derhalve moet worden geoordeeld dat een dergelijke uitsluiting in strijd is met Richtlijn 98/59.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 13-02-2014

Zaaknummer: C-596/12

RECHTSPRAAK

TSN en YTN/Mehiläinen Oy en Nokia Siemens

Richtlijn 96/34 verzet zich tegen een bepaling van nationaal recht volgens welke een zwangere werkneemster die een onbetaald ouderschapsverlof in de zin van die richtlijn onderbreekt om met onmiddellijke ingang met zwangerschapsverlof te gaan in de zin van Richtlijn 92/85, geen recht heeft op behoud van de bezoldiging waarop zij recht zou hebben gehad indien zij vóór dat zwangerschapsverlof haar werk gedurende een minimumperiode zou hebben hervat.

De verzoeken zijn ingediend in het kader van twee gedingen, enerzijds een geding dat is ingeleid door de Terveys- ja sosiaalialan neuvottelujärjestö (TSN) ry (vakbondsorganisatie voor de gezondheids- en sociale sector; hierna: TSN) tegen de Terveyspalvelualan Liitto ry (werkgeversorganisatie in de gezondheidszorg), in aanwezigheid van Mehiläinen Oy (hierna: Mehiläinen), en anderzijds een geding dat is ingeleid door de Ylemmät Toimihenkilöt (YTN) ry (vakbond voor leidinggevend personeel) tegen de Teknologiateollisuus ry (vereniging voor de technologiesector) en Nokia Siemens Networks Oy (hierna: Nokia Siemens) over de weigering door de respectieve werkgevers van twee Finse werkneemsters om hun krachtens de op hen van toepassing zijnde collectieve arbeidsovereenkomsten het loon te betalen dat krachtens die overeenkomsten tijdens het zwangerschapsverlof van die werkneemsters normalerwijze wordt betaald, op grond dat het zwangerschapsverlof van die werkneemsters is begonnen tijdens een periode van onbetaald ouderschapsverlof. In beide cao's staat namelijk het volgende, dan wel woorden van gelijke strekking, opgenomen: § 21 lid 3 van de collectieve arbeidsovereenkomst voor de gezondheidszorg bepaalt dat een werkneemster recht heeft op het volle loon gedurende 72 werkdagen mits zij vóór aanvang van het verlof, zonder onderbreking, minstens drie maanden in dienst was. Indien de werkneemster opnieuw met zwangerschapsverlof gaat tijdens een van de vormen van onbetaald verlof als bedoeld in die overeenkomst, wordt het betrokken loon tijdens een van die vormen van onbetaald verlof niet betaald, tenzij bij wet anders is bepaald. Na afloop van een dergelijk verlof wordt, indien het zwangerschapsverlof nog niet is afgelopen, het tijdens het zwangerschapsverlof verschuldigde loon voor de rest van de duur van dat zwangerschapsverlof uitgekeerd. De verwijzingsrechter

stelt de volgende vraag: ‘Staan richtlijn 2006/54 [...] en richtlijn 92/85 [...] in de weg aan bepalingen in een nationale collectieve arbeidsovereenkomst of aan de uitlegging daarvan, volgens welke aan een werkneemster die vanuit onbetaald verlof (“hoitovapaan”) met zwangerschapsverlof gaat, tijdens dat zwangerschapsverlof niet het in de collectieve arbeidsovereenkomst bepaalde loon wordt betaald?’ Verzoekers in de hoofdgedingen voeren aan dat de belangen van werknemers zijn geschaad op een wijze die onverenigbaar is met het Unierecht, aangezien zij door hun recht op die twee soorten verlof uit te oefenen, het recht op behoud van hun bezoldiging, waarin de aan de orde zijnde collectieve arbeidsovereenkomsten voorzien, hebben verloren. Het recht op behoud van de bezoldiging zou namelijk worden uitgehold indien als voorwaarde wordt gesteld dat het werk moet worden hervat voordat opnieuw zwangerschapsverlof kan worden genomen.

Het Hof van Justitie EU oordeelt als volgt. Het feit dat een werkneemster ervoor kiest om haar recht op ouderschapsverlof uit te oefenen zou niet mogen afdoen aan de voorwaarden voor de uitoefening van haar recht om een ander verlof, in casu zwangerschapsverlof, op te nemen. In de zaken in de hoofdgedingen brengt het opnemen van onbetaald ouderschapsverlof voor een werkneemster die genoopt is om onmiddellijk na dat ouderschapsverlof met zwangerschapsverlof te gaan, echter noodzakelijkerwijze het verlies van een deel van haar bezoldiging mee. Dit betekent dat een voorwaarde, als die welke in de hoofdgedingen aan de orde is, een werkneemster ertoe dwingt om op het moment dat zij moet beslissen al dan niet onbetaald ouderschapsverlof op te nemen, op voorhand moet afzien van betaald zwangerschapsverlof zoals bepaald in de toepasselijke collectieve arbeidsovereenkomsten, indien zij haar ouderschapsverlof zou moeten onderbreken om onmiddellijk erna met zwangerschapsverlof te gaan. Een werkneemster zou er dus toe worden aangezet om een dergelijk ouderschapsverlof niet te nemen. In die omstandigheden en zoals het Hof reeds heeft geoordeeld, dient rekening te worden gehouden met het feit dat een nieuwe zwangerschap niet altijd een te voorziene gebeurtenis is (zie in die zin arrest Kiiski, 40 en 41). Daaruit volgt dat een werkneemster, wanneer zij haar beslissing neemt om al dan niet met ouderschapsverlof te gaan of aan het begin van dat verlof, niet altijd kan weten of zij tijdens dat verlof verplicht zal zijn om met zwangerschapsverlof te gaan. Vastgesteld moet worden dat een voorwaarde, als die welke in de hoofdgedingen aan de orde is, meebrengt dat een werkneemster ervan wordt weerhouden om de beslissing te nemen om haar recht op ouderschapsverlof uit te oefenen, vanwege de gevolgen die een dergelijke beslissing zou kunnen hebben voor een zwangerschapsverlof dat zou aanvangen tijdens dat ouderschapsverlof. Een dergelijke voorwaarde doet bijgevolg af aan de nuttige werking van Richtlijn 96/34. Derhalve moet op de gestelde vraag worden geantwoord dat Richtlijn 96/34 aldus moet worden uitgelegd dat deze richtlijn zich verzet tegen een bepaling van nationaal recht, zoals de bepaling van de in de hoofdgedingen aan de orde zijnde collectieve

arbeidsovereenkomsten, volgens welke een zwangere werkneemster die een onbetaald ouderschapsverlof in de zin van die richtlijn onderbreekt om met onmiddellijke ingang met zwangerschapsverlof te gaan in de zin van Richtlijn 92/85, geen recht heeft op behoud van de bezoldiging waarop zij recht zou hebben gehad indien zij vóór dat zwangerschapsverlof haar werk gedurende een minimumperiode zou hebben hervat.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 13-02-2014

Zaaknummer: C-512/11

RECHTSPRAAK

Strojírny Prostějov a.s./Odvolací finanční ředitelství

Conclusie A-G: Artikel 56 VWEU verzet zich tegen een nationale wettelijke regeling van inkomstenbelasting waarbij ingezetenen van Tsjechië die gebruik maken van werknemers die hun door een in een andere lidstaat gevestigd uitzendbureau ter beschikking zijn gesteld, de verplichting opgelegd wordt een bronheffing op de lonen van die werknemers in te houden (op basis van een vermoedelijke belastinggrondslag van 60% van het totale door het uitzendbureau in rekening gebrachte bedrag), terwijl deze verplichting in geval van een ingezetene uitzendbureau op dat uitzendbureau zou rusten.

De hoofdgedingen betreffen twee Tsjechische vennootschappen die van de diensten van Slowaakse uitzendbureaus gebruik hebben gemaakt en de in de Tsjechische wetgeving voorgeschreven bronheffing niet hebben toegepast. De Tsjechische belastingautoriteiten hebben deze vennootschappen een naheffingsaanslag opgelegd ten belope van het bedrag dat zij op het loon van de werknemers hadden moeten inhouden. Volgens deze Tsjechische vennootschappen was het bedrag van de bronheffing in het aan de uitzendbureaus betaalde bedrag begrepen. De naheffingsaanslag houdt voor hen derhalve in dat zij deze heffing nogmaals dienen te betalen en bovendien, vanwege het forfaitair vastgestelde percentage van 60%, op basis van een grondslag die aanmerkelijk hoger is dan het werkelijke loon van de werknemers. Volgens hen is sprake van schending van vrij verkeer van diensten. De prejudiciële vraag luidt als volgt: Verzetten de artikelen 56 VWEU en 57 VWEU zich tegen een nationale wettelijke regeling volgens welke, wanneer een onderneming (de dienstverrichter) die werknemers ter beschikking van een andere onderneming stelt, is gevestigd op het grondgebied van een andere lidstaat, de onderneming die de diensten van deze werknemers gebruikt, verplicht is de inkomstenbelasting voor deze werknemers in te houden en aan de schatkist te betalen terwijl, wanneer de dienstverrichter is gevestigd op het Tsjechische grondgebied, die verplichting op de dienstverrichter rust? En voorts of deze bepalingen zich tegen een regeling verzetten volgens welke voor die werknemers de belastinggrondslag in de

inkomstenbelasting forfaitair is vastgesteld op minimaal 60% van het door het uitzendbureau in rekening gebrachte bedrag wanneer dat bedrag ook de bemiddelingskosten van dat uitzendbureau omvat?

De advocaat-generaal Wathelet concludeert als volgt. Artikel 56 VWEU verzet zich tegen een nationale wettelijke regeling als artikel 6 lid 2 van de Tsjechische wet nr. 586/1992 op de inkomstenbelasting waarbij ingezetenen van Tsjechië die gebruik maken van werknemers die hun door een in een andere lidstaat gevestigd uitzendbureau ter beschikking zijn gesteld, de verplichting opgelegd wordt een bronheffing op de lonen van die werknemers in te houden (op basis van een vermoedelijke belastinggrondslag van 60% van het totale door het uitzendbureau in rekening gebrachte bedrag), terwijl deze verplichting in geval van een ingezeten uitzendbureau op dat uitzendbureau zou rusten.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 13-02-2014

ECLI: ECLI:EU:C:2014:78

Zaaknummer: C-53/13

Wetsartikelen: 56 VWEU

RECHTSPRAAK

**Österreichischer Gewerkschaftsbund/Verband
Österreichischer Banken und Bankiers**

Conclusie A-G: Het is passend in de zin van clause 4, punt 2 van de kaderovereenkomst inzake deeltijdarbeid, om het pro rata temporis-beginsel toe te passen op een kindertoelage.

In casu staat de volgende vraag centraal. Een collectieve overeenkomst tussen een vakbond (ÖGB) en een verbond van werkgevers (Verband Österreichischer Banken und Bankiers) eist dat arbeidsovereenkomsten in een bepaalde economische sector een bepaling bevatten voor de betaling van een 'kindertoelage' door de werkgever om te voorzien in de uitgaven van de werknemer voor het onderhoud van zijn of haar kind. Mag het pro rata temporis-beginsel uit clause 4, punt 2 van de kaderovereenkomst inzake deeltijdarbeid (hierna:

kaderovereenkomst) die bij Richtlijn 97/81 van de Raad is gevoegd, worden toegepast op die toelage? Zo niet, kan het nadeel voor deeltijdwerkers dat het gevolg is van een proportionele vermindering van de uitgekeerde kindertoelage (in overeenstemming met het lagere aantal arbeidsuren) objectief worden gerechtvaardigd op grond van clause 4, punt 1 van de kaderovereenkomst? Ten slotte, als een dergelijke proportionele vermindering van de kindertoelage volgens een correcte uitlegging van de kaderovereenkomst onrechtmatig is, maakt artikel 28 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (hierna: Handvest) bepaalde delen van de betrokken collectieve overeenkomst dan ongeldig?

De advocaat-generaal (Sharpston) concludeert als volgt. Deeltijdwerkers werken per definitie minder uren dan voltijdwerkers, het (daadwerkelijke of hypothetische) 'voltijdequivalent' (in het jargon vaak aangeduid als 'fte'). In het algemeen ontvangen ze ook een lager loon. Als zij minder per uur ontvangen dan een fte, is er duidelijk sprake van een discriminerende behandeling. Als zij precies hetzelfde uurtarief genieten, maar een kleiner beloningspakket ontvangen omdat zij (bijvoorbeeld) 20 uur per week werken in plaats van 40, leidt geringere loon pro rata temporis niet tot klachten. Het wordt impliciet beschouwd als 'objectief gerechtvaardigd'. Clause 4, punt 2 van de kaderovereenkomst weerspiegelt deze algemene opvatting met de volgende laconieke formulering: 'Wanneer zulks passend is, wordt het pro rata temporis-beginsel toegepast.' Hoewel de opsteller (nog bondiger) had kunnen zeggen

‘Loon mag pro rata temporis worden betaald’, heeft hij dit niet gedaan. Het gebruik van de woorden ‘wanneer zulks passend is’ impliceert kennelijk dat het pro rata temporis-beginsel flexibeler mag worden toegepast. Ik zal deze woorden hieronder nader toelichten. Sommige ‘arbeidsvoorwaarden’ in de zin van clause 4, punt 1 (de term wordt niet gedefinieerd) kunnen vanwege hun aard niet ‘passend’ naar evenredigheid worden vastgesteld. Een eenvoudig voorbeeld is de terbeschikkingstelling van veiligheidsmiddelen door de werkgever, bijvoorbeeld een veiligheidshelm: het is niet mogelijk of passend om een halve helm ter beschikking te stellen. Als de werkgever in dergelijke gevallen onderscheid maakt tussen een deeltijdwerker en een fte in het nadeel van de deeltijdwerker, is clause 4, punt 1 van de kaderovereenkomst van toepassing. De werkgever moet bewijzen dat een minder gunstige behandeling gerechtvaardigd is op objectieve gronden. Als hij dat niet kan, is het verschil in behandeling een met clause 4, punt 1 van de kaderovereenkomst strijdige vorm van discriminatie. In zijn arrest *Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols*, stelde het Hof dat het ‘passend’ is om het pro rata temporis-beginsel toe te passen op jaarlijks verlof met behoud van loon om ervoor te zorgen dat het verlof werd verkort naar evenredigheid van een periode waarin de werknemer in deeltijd heeft gewerkt. Een dergelijke vermindering ten opzichte van voltijdwerkers was gerechtvaardigd op objectieve gronden. Dat oordeel werd gevolgd in het arrest *Heimann en Toltschin*, waarin het Hof stelde dat de toepassing van het pro rata temporis-beginsel passend was in verband met het jaarlijks verlof met behoud van loon van een werknemer die in deeltijd werkte. Naar het oordeel van de A-G is het passend dit beginsel ook in de onderhavige zaak toe te passen.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 13-02-2014

Zaaknummer: C-476/12

RECHTSPRAAK

**FNV Bondgenoten/Van Nelle Tabak Nederland B.V.,
h.o.d.n. Imperial Tobacco Joure (ITG)**

Op vakbond rust eigen onderzoeksplicht ten aanzien van mogelijke obstakels in nieuw te sluiten cao. Op wederpartij, werkgever(svereniging), rust geen Belehrungspflicht. Verrekening extra periodiek met toegekende toeslag niet in strijd met principeafpraak.

(Hoger beroep van AR 2012-0915.) ITG enerzijds en de bonden CNV Vakmensen en FNV Bondgenoten anderzijds zijn partij bij de CAO Imperial Tobacco Joure (hierna: de cao). De cao bevat in artikel 16 een regeling voor werknemers die ten gevolge van bedrijfs- of persoonlijke omstandigheden worden geplaatst in een lagere functie. Deze werknemers worden ingedeeld in een lagere salarisgroep. Indien het maximum in die lagere salarisgroep minder is dan het actuele salaris van die betreffende werknemer op het moment van plaatsing in de lagere functie, wordt het meerdere als een individuele of persoonlijke toeslag (hierna: IT/PT) toegekend. Over een individuele toeslag worden de collectieve verhogingen toegekend, over een persoonlijke toeslag niet, zo bepaalt de cao. In 2010 is een principeakkoord bereikt over een nieuwe cao, waarbij een extra periodiek is opgenomen. Het principeakkoord maakt geen melding van de IT/PT of van artikel 16 van de cao. De bonden verzetten zich tegen het verrekenen van de extra periodiek met de IT/PT. Zij stellen dat een loonsverhoging door middel van het toevoegen van een periodiek en/of een verhoging van het schaalmaximum geen structuurwijziging is in de zin van artikel 16 B onder 4.3 van de cao. ITG is daarom niet gerechtigd om de extra periodiek die in het principeakkoord overeen is gekomen te verrekenen met de IT/PT. De kantonrechter heeft de vorderingen van de bonden afgewezen.

Het hof oordeelt als volgt. FNV Bondgenoten stelt ten eerste dat door de bonden wel naar voren is gebracht dat niet verrekend zou mogen worden, maar zij 'kan leven met de conclusie' van de kantonrechter dat verrekening van de extra periodiek geen onderwerp van gesprek met ITG is geweest. Als partijen echter niet met elkaar over verrekening van de periodiek hebben gesproken, ziet het hof niet in op grond waarvan FNV Bondgenoten meent dat tussen partijen

is overeengekomen dat ITG geen beroep op artikel 16 van de cao zou doen. Daartoe is immers een wilsverklaring van ITG vereist, waarmee zij afstand deed van haar recht. Die wilsverklaring kan ook besloten liggen in een gedraging, maar FNV Bondgenoten heeft niet gesteld uit welke concrete gedraging zij heeft afgeleid dat ITG haar recht op verrekening heeft willen prijsgeven en van een zodanige gedraging is ook niet gebleken.

Ten tweede stelt FNV Bondgenoten zich op het standpunt dat ITG haar had moeten waarschuwen voor de algemene verrekeningsclausule in de cao. Het hof oordeelt als volgt. De enkele opmerking van vakbondszijde gedurende de onderhandelingen dat alle werknemers de loonsverbetering 'in hun portemonnee moeten voelen' en de bevestigende reactie daarop van ITG past bij de uitkomst van de onderhandelingen, waarbij (ook) alle lonen gefaseerd werden verhoogd. Indien FNV Bondgenoten met de aangehaalde opmerking heeft bedoeld dat ook afgezien van die algemene loonsverhoging de 'optopping' van het maximum in de hoogste regionen van de schalen geheel en onverkort ten goede zou komen van de werknemers die op enig moment lager zijn ingeschaald met behoud van salaris, dan heeft zij niet duidelijk gemaakt waarom ITG die bedoeling ook heeft moeten begrijpen en waarom zij, FNV Bondgenoten, er gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat ITG geen beroep zou doen op de, voor die bedoeling bedreigende, bepaling in de cao, waaraan zijzelf, hoewel zij partij is bij die cao, niet had gedacht. Van FNV Bondgenoten mag worden verwacht dat zij zelf onderzoek doet naar mogelijke obstakels in een eerder door haar met een werkgever afgesloten cao, wanneer zij met die werkgever gaat onderhandelen over een nieuwe cao. Op haar wederpartij bij de cao rust geen 'Belehrungspflicht'. Anders dan FNV Bondgenoten lijkt te betogen, is er in dit geval ook geen sprake van een voor meer dan één uitleg vatbare bepaling in de principeovereenkomst, die naar partijbedoeling moet worden geduid.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 11-02-2014

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2014:981

Zaaknummer: 200.120.976/01

Rechters: K.E. Mollema, M.E.L. Fikkers en L. Groefsema

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

Wetsartikelen: WCAO

RECHTSPRAAK

werknemer/Mezutec Drachten B.V.

Hoewel aannemelijk is dat het concurrentiebeding zwaarder is gaan drukken, leent kort geding zich niet voor een declaratoire of constitutieve beslissing. Werknemer niet ontvankelijk in vordering het beding nietig te verklaren, te vernietigen of te matigen. Belangenafweging in voordeel werkgever.

Werknemer is in 2007 in dienst getreden van Mezutec, een onderneming die gespecialiseerd is op het gebied van bronwaterzuiveringssystemen. In de arbeidsovereenkomst is een concurrentiebeding opgenomen. In 2008 is de arbeidsovereenkomst omgezet naar onbepaalde tijd. Per 1 oktober 2012 is werknemer werkzaam als salesmanager. De arbeidsovereenkomst is per 5 december 2013 ontbonden onder toekenning van een vergoeding aan werknemer. Werknemer kan als hoofd verkoop bij Remon, een concurrent van Mezutec, in dienst treden. Werknemer stelt primair dat overeengekomen concurrentiebeding niet meer geldend is, nu dat noch bij de omzetting van de arbeidsovereenkomst in onbepaalde tijd, noch bij de functiewijziging, opnieuw is overeengekomen. Hij stelt dat het concurrentiebeding zwaarder is gaan drukken. Werknemer heeft, zo stelt hij voorts, belang bij duidelijkheid over de vraag of het beding nog geldig is en vordert, voor het geval het concurrentiebeding nog wel geldend is, het beding nietig te verklaren, te vernietigen of te matigen.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Het concurrentiebeding hoefde bij de omzetting naar onbepaalde tijd niet opnieuw te worden overeengekomen, omdat werknemer dezelfde functie is blijven uitoefenen. Wel is voldoende aannemelijk gemaakt dat het concurrentiebeding met de wijziging van de functie in die van sales manager is gewijzigd en dat het concurrentiebeding door deze functiewijziging onredelijk zwaarder op hem is gaan drukken. Naar voorlopig oordeel is evident dat bij een functiewijziging van een uitvoerende functie naar een commerciële functie, waarbij de contacten met relaties in essentie wijzigen, het concurrentiebeding zwaarder gaat drukken. De functiewijziging was niet redelijkerwijs te voorzien bij indiensttreding. De aard van de onderhavige procedure leent zich echter niet voor het geven van een declaratoire of constitutieve beslissing. Werknemer wordt in zijn primaire vordering, strekkende tot een verklaring voor recht dat het concurrentiebeding niet meer

geldig is, danwel het beding nietig te verklaren, te vernietigen of te matigen, niet-ontvankelijk verklaard.

Naar het voorlopig oordeel dient het belang van Mezutec bij bescherming van haar bedrijfsdebet te prevaleren bij het belang van werknemer om in dienst te treden bij de grootste concurrent van Mezutec. Werknemer kan de bij Mezutec in zijn functie van sales manager opgedane kennis en ervaring direct danwel indirect aanwenden in zijn nieuwe functie als hoofd verkoop bij Remon. Werknemer heeft (uiteraard) belang bij het verwerven van inkomen en bij participatie aan het arbeidsproces. Dat het voor hem echter niet mogelijk is om werkzaam te zijn en in zijn inkomen te voorzien anders dan door indiensttreding bij de (grootste) concurrent van Mezutec in een vergelijkbare functie, heeft werknemer geenszins aannemelijk gemaakt.

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 11-02-2014

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2014:588

Zaaknummer: 2643792 - CV EXPL 13-11802-KG

Rechters: A. van der Meer

Advocaten: L. Laken-Steehouwer en H.J. Funke

Wetsartikelen: 7:653 BW

RECHTSPRAAK

werkgever/werknemer

Managing director verstuurt berichten over werkgever via whatsapp, skype en sms. Berichten zijn via laptop van werknemer rechtmatig verkregen. Voorwaardelijke ontbinding wegens dringende reden.

Werknemer is sinds 2012 in dienst als managing director. Werkgever heeft een whatsapp-conversatie van werknemer via een derde onder ogen gekregen. Op 6 november 2013 is werknemer per e-mail op staande voet ontslagen. In de e-mail worden werknemer diverse verwijten gemaakt. Op 6 november heeft werknemer in de middag zijn laptop ingeleverd. Op de laptop zijn diverse berichten getraceerd, waarin werknemer zich onder meer in neerbuigende zin over werkgever uitlaat. Uit uitdraaien van skype-sessies blijkt dat werknemer bijvoorbeeld bewoordingen gebruikte als 'taiwan idiot' en 'i will tell her to fckhrslve'. Werkgever verzoekt voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens een dringende reden. Daarbij wordt gesteld dat niet alle gegevens op 6 november bekend waren, maar dat ook gronden die bij het ontslag op staande voet niet als grond waren genoemd maar waarvan de werknemer redelijkerwijs moest begrijpen dat deze ook aan het ontslag ten grondslag waren gelegd, bij de beoordeling van de rechtsgeldigheid van het ontslag kunnen worden betrokken. Werknemer betwist de dringende reden en stelt dat de gegevens van zijn laptop op onrechtmatige wijze zijn verkregen.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Gelet op de overgelegde whatsapp-berichten (die werkgever ter kennis zijn gekomen), bestond voldoende aanleiding nader onderzoek te doen naar de inhoud van de laptop van werknemer. Werkgever heeft uitsluitend een beroep gedaan op berichten gestuurd aan of van werknemer of ex-werknemers, en die verband hielden met het werk. Tevens is gekeken naar werkzaamheden die werknemer tijdens het dienstverband van en met bedrijfsmiddelen van werkgever heeft verricht ten eigen bate. Werkgever had, gelet op de verkregen informatie, belang bij deze informatie. Niet gebleken is dat de verificatie van de verstrekte informatie op een andere, voor werknemer minder belastende wijze had kunnen plaatsvinden. Voldoende aannemelijk is dat het ingebrachte materiaal rechtmatig is verkregen. Werknemer heeft onvoldoende gemotiveerd bestreden dat de inhoud van de overgelegde berichten onjuist was. De inhoud van de berichten is zodanig dat die met het goed

functioneren van een managing director onverenigbaar zijn. Volgt voorwaardelijke ontbinding wegens een dringende reden.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 06-02-2014

Zaaknummer: 2603474 \ EA VERZ 13-1406

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgever

Managing director verstuurt berichten over werkgever via whatsapp, skype en sms. Berichten zijn via laptop van werknemer rechtmatig verkregen. Ontslag op staande voet naar voorlopig oordeel rechtsgeldig.

Werknemer is sinds 2012 in dienst als managing director. Werkgever heeft een whatsapp-conversatie van werknemer via een derde onder ogen gekregen. Op 6 november 2013 is werknemer per e-mail op staande voet ontslagen. In de e-mail worden werknemer diverse verwijten gemaakt. Op 6 november heeft werknemer in de middag zijn laptop ingeleverd. Op de laptop zijn diverse berichten getraceerd, waarin werknemer zich onder meer in neerbuigende zin over werkgever uitlaat. Uit uitdraaien van skype-sessies blijkt dat werknemer bijvoorbeeld bewoordingen gebruikte als 'taiwan idiot' en 'i will tell her to fckhrslve'. Werkgever stelt dat niet alle gegevens op 6 november bekend waren, maar dat ook gronden die bij het ontslag op staande voet niet als grond waren genoemd maar waarvan de werknemer redelijkerwijs moest begrijpen dat deze ook aan het ontslag ten grondslag waren gelegd, bij de beoordeling van de rechtsgeldigheid van het ontslag kunnen worden betrokken. Werknemer beroept zich op de vernietigbaarheid van het ontslag. Hij stelt dat de gegevens van zijn laptop op onrechtmatige wijze zijn verkregen.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Gelet op de overgelegde whatsapp-berichten (die werkgever ter kennis zijn gekomen), bestond voldoende aanleiding nader onderzoek te doen naar de inhoud van de laptop van werknemer. Werkgever heeft uitsluitend een beroep gedaan op berichten gestuurd aan of van werknemer of ex-werknemers, en die verband hielden met het werk. Tevens is gekeken naar werkzaamheden die werknemer tijdens het dienstverband van en met bedrijfsmiddelen van werkgever heeft verricht ten eigen bate. Werkgever had, gelet op de verkregen informatie, belang bij deze informatie. Niet gebleken is dat de verificatie van de verstrekte informatie op een andere, voor werknemer minder belastende, wijze had kunnen plaatsvinden. Voldoende aannemelijk is dat het ingebrachte materiaal rechtmatig is verkregen. Werknemer heeft onvoldoende gemotiveerd bestreden dat de inhoud van de overgelegde berichten onjuist was. Of alle aan het ontslag ten grondslag gelegde gronden

komen vast te staan, dan wel of de gronden die komen vast te staan, op zichzelf een geldig ontslag op staande voet kunnen dragen, zal in een bodemprocedure moeten worden vastgesteld. Tot op heden heeft werknemer een aantal gemaakte verwijten onvoldoende gemotiveerd weersproken. Dat geldt onder andere voor het verwijt dat hij zijn eigen belang voor liet gaan boven dat van werkgever. Er zijn onvoldoende gronden aanwezig om te kunnen oordelen dat het aannemelijk is dat het ontslag op staande voet in een bodemprocedure zal worden vernietigd. Volgt afwijzing van de vorderingen.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 06-02-2014

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2014:2391

Zaaknummer: 2604558 \ KK EXPL 13-1958

Rechters: G.C. Boot

Advocaten: J.A.A. van de Westelaken en A. Tekin Erdogan

Wetsartikelen: 7:677 BW en 7:678 BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/H+B Thuiszorg Haaglanden BV

Thuiszorgwerkneemster die een ongeval overkomt op weg van huis naar eerste cliënt handelt in de ‘uitoefening van haar werkzaamheden’. Feit van algemene bekendheid dat voor dit werk (incidenteel) eigen autovervoer wordt gebruikt, ondanks vergoeding van OV-kosten door werkgever. Werkgever is tekortgeschoten in zijn zorgplicht een behoorlijke verzekering voor werkneemster af te sluiten. Feit dat verzekeraar 25% van de schade reeds heeft vergoed, doet aan het voorgaande niet af.

(Hoger beroep van AR 2012-0395.) Werkneemster is in dienst van H+B Thuiszorg als verpleegkundige. Zij stelt dat haar tijdens een rit naar een cliënt op 1 mei 2004 een ernstig verkeersongeval is overkomen doordat een bus van Connexxion achterop haar auto is gereden. Werkneemster heeft in coma gelegen en heeft als gevolg van het ongeval functioneringsstoornissen. In 2004 is H+B Thuiszorg aansprakelijk gesteld voor de schade. De verzekeraar van Connexxion heeft maar een deel van de schade vergoed. Thans verzoekt werkneemster te bepalen dat H+B Thuiszorg aansprakelijk is voor haar volledige schade als gevolg van het ongeval. Doordat H+B Thuiszorg geen behoorlijke verzekering heeft afgesloten, schiet H+B Thuiszorg tekort in de uit artikel 7:611 BW voortvloeiende verplichtingen, aldus werkneemster. De kantonrechter heeft de vordering afgewezen, stellende dat werkneemster voor vervoer niet op haar eigen auto was aangewezen. Voorts had H+B Thuiszorg geen instructie gegeven dat zij met haar eigen auto naar haar twee werkadressen in Zwanenburg moest.

Het hof oordeelt als volgt. Er was geen dwingende instructie van H+B Thuiszorg om met het openbaar vervoer te reizen en H+B Thuiszorg heeft nimmer bij werkneemster geïnformeerd hoe zij naar en van de door haar te bezoeken/bezochte cliënten reisde. Het hof neemt als feit van algemene bekendheid aan dat het gebruik van de eigen auto bij trajecten als het onderhavige veelal zal worden geprefereerd boven het reizen met openbaar vervoer. Vanwege dit een en ander had H+B Thuiszorg, ook als zij werkneemster strippenkaarten ter

beschikking stelde om met openbaar vervoer naar en van cliënten te reizen, er ten minste rekening mee dienen te houden dat werkneemster (al was het maar incidenteel) gebruik zou maken van de eigen auto. Een en ander geldt ook ten aanzien van de rit op 1 mei 2004, temeer daar deze op een zaterdag plaatsvond. Dat H+B Thuiszorg werkneemster geen onkostenvergoeding voor de auto betaalde, doet aan dit oordeel niet af. Voorts heeft werkneemster onweersproken gesteld dat het (kennelijk: in het algemeen) door H+B Thuiszorg werd toegestaan dat vanuit huis naar een werkadres werd gereisd en niet eerst haar kantoor, en dat van een werkplek direct naar huis werd gereisd. Dat dit met betrekking tot het bezoek van werkneemster aan cliënt op 1 mei 2004 anders was is gesteld noch gebleken. Zou werkneemster het ongeval zijn overkomen op weg van de woning van cliënt naar het kantoor van H+B Thuiszorg, dan zou sprake zijn geweest van een ongeval tijdens de uitoefening van de werkzaamheden. In het licht van voormelde omstandigheid bestaat een nauw verband tussen de reis gedurende welke het ongeval plaatsvond en de werkzaamheden van werkneemster ten behoeve van H+B Thuiszorg. Er rustte derhalve op de werkgever een verzekeringsplicht.

Het feit dat werkneemster bij vaststellingsovereenkomst akkoord is gegaan met 25% vergoeding van de schade door Allianz, doet niet af aan de omstandigheid dat de resterende schade nog steeds van werkgever kan worden gevorderd.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 04-02-2014

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2014:302

Zaaknummer: 200.144.069

Rechters: R.J.M. Smit, D.J. van der Kwaak en J.E. Molenaar

Advocaten: C.C.J. de Koning en P.J.L.J. Duijsens

Wetsartikelen: 7:611 BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/ACK Zorgmaat Kraamzorg B.V.

Het verplichten van een zieke werkneemster om eerst bij de directeur langs te komen om te bespreken of inschakeling van een arboarts wel nodig is, is in strijd met goed werkgeverschap en met de re-integratieverplichtingen van werkgever. Ontslag op staande voet niet rechtsgeldig.

Werkneemster is in dienst van ACK als kraamverzorgende. Zij is arbeidsongeschikt en heeft een operatie ondergaan. ACK heeft werkneemster uitgenodigd voor een gesprek over de situatie van werkneemster. Werkneemster is niet verschenen, zij heeft diverse keren gevraagd om opgeroepen te worden door de arboarts. ACK blijft van werkneemster verlangen dat zij eerst langskomt voor een gesprek, voordat de arboarts wordt ingeschakeld. Toen zij wederom niet verscheen, is zij op staande voet ontslagen. Werkneemster beroept zich op de vernietigbaarheid van het ontslag.

De kantonrechter is van oordeel dat voldoende aannemelijk is dat in een bodemprocedure zal worden geoordeeld dat geen sprake was van een geldig ontslag op staande voet, omdat de door aan werkneemster gedane verzoeken geen redelijke verzoeken zijn. Werkneemster heeft bij herhaling en met klem verzocht om inschakeling van een arboarts, nadat zij zich had ziek gemeld. Zij heeft zelfs aan ACK bericht dat deze arboarts toestemming kreeg om met haar specialist (gynaecoloog) contact op te nemen, alsook dat zowel haar huisarts en gynaecoloog haar absolute rust voorschreven. Het gaat niet aan, en is in strijd met het goed werkgeverschap, dat de werkgever een werknemer dan toch verplicht om eerst bij de directeur van het bedrijf langs te komen om te bespreken of inschakeling van een arboarts wel nodig is. Inschakeling van een arbodienst of een gecertificeerde bedrijfsarts is verplicht op grond van artikel 13 en 14 Arbeidsomstandighedenwet. Op grond van de Regeling procesgang eerste en tweede ziektejaar geeft de bedrijfsarts, indien sprake is van dreigend langdurig ziekteverzuim, zijn oordeel over het ziektegeval. Bij dreigend langdurig verzuim wordt van de arbodienst verlangd dat er uiterlijk binnen zes weken na de eerste ziektedag een oordeel aan de werkgever gegeven wordt over het ziektegeval. De ziektemelding aan de arbodienst zal dus in ieder geval ruim binnen die termijn dienen plaats te vinden. Uit deze regelgeving en de

totstandkoming daarvan blijkt dat het de arbodienst dan wel bedrijfsarts is die beoordeelt of een werknemer arbeidsongeschikt is en adviseert over de re-integratie. De werknemer hoeft geen medische informatie aan zijn werkgever te verstrekken, doch slechts die informatie die nodig is om een plan van aanpak op te kunnen stellen. Ten onrechte stelt ACK zich op een andersluidend standpunt. Volgt toewijzing van de vorderingen.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 04-02-2014

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2014:564

Zaaknummer: 2672942 \ KK EXPL 14-17

Rechters: G.C. Boot

Advocaten: D.L. Gerritse

Wetsartikelen: 7:611 BW, 7:629 BW, 7:658a BW, 14 Arbowet en Regeling procesgang eerste en tweede ziektejaar

RECHTSPRAAK

werkneemster/Postkantoren B.V.

Met het weigeren van een uitkering en aanvulling bij werkloosheid op grond van sociaal plan aan volledig en duurzaam arbeidsongeschikte werkneemster, wordt geen verboden onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte gemaakt. Vakbonden verklaren over bedoeling bij opstellen sociaal plan met betrekking tot zieke werknemers.

Werkneemster is sinds 1985 in dienst als medewerkster verkoop. Als gevolg van een reorganisatie is zij per 1 juli 2010 boventallig verklaard. Tussen werkgeefster en de vakbonden is het Sociaal Plan Postkantoren B.V. overeengekomen. Werkneemster is sinds 1 april 2011 arbeidsongeschikt. Met ingang van 29 maart 2013 ontvangt zij een IVA-uitkering (80-100% arbeidsongeschikt). Werkgeefster heeft de arbeidsovereenkomst tegen 1 januari 2014 opgezegd. Werkneemster stelt dat werkgeefster verboden onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte maakt door haar vanwege haar arbeidsongeschiktheid geen uitkering en aanvulling bij werkloosheid op grond van artikel 34 en 35 van het sociaal plan te verstrekken.

Het College voor de Rechten van de Mens oordeelt als volgt. Werkneemster heeft borstkanker met uitzaaiingen. Dit is een chronische ziekte. Voorts wordt het sociaal plan aangemerkt als arbeidsvoorwaarde. Er is echter geen sprake van onderscheid op basis van handicap of chronische ziekte. De vakbonden die betrokken zijn bij het sociaal plan hebben ter zitting desgevraagd meegedeeld dat zij bij het opstellen van het sociaal plan rekening hebben gehouden met de bijzondere positie van zieke werknemers die overcompleet en geheel arbeidsongeschikt waren. Door voor hen bepalingen in de cao ten aanzien van ziekte te laten prevaleren, konden deze werknemers twee jaar langer bij werkgeefster in dienst blijven met behoud van salaris. Het sociaal plan is geschreven voor gedeeltelijk of geheel arbeidsongeschikte werknemers die als gevolg van de reorganisatie werkloos zijn geworden en die op zoek zijn naar een nieuwe baan. Werkneemster behoort niet tot deze doelgroep, nu zij volledig en duurzaam arbeidsongeschikt is verklaard. Bovendien zouden volledig arbeidsongeschikte werknemers, ook als er geen reorganisatie zou zijn geweest, sowieso na twee jaar worden

ontslagen zonder financiële tegemoetkoming. De situatie van werknemster kan niet als gelijk geval worden aangemerkt in de zin van de gelijkebehandelingswetgeving in vergelijking met werknemers die geheel of gedeeltelijk arbeidsgeschikt zijn en eveneens overcompleet zijn verklaard.

Instantie: College voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 30-01-2014

Zaaknummer: 2014-9

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgever

Werknemer dient voorgewende reden ontslag te bewijzen.

Werknemer wordt toegelaten bewijs te leveren dat sprake is van een voorgewende reden voor opzegging. Hoewel de opzegging heeft plaatsgevonden in het kader van bedrijfseconomische gronden, blijkt uit verschillende documenten dat de werkelijke grondslag voor ontslag zou zijn gelegen in een verstoorde arbeidsrelatie. De werkgever heeft eerder aan werknemer en een collega gezegd dat zij de ontslagaanvragen bij UWV niet serieus hoefde te nemen, maar dat deze enkel waren ingediend ter geruststelling van de financier van werkgever. Voorts zouden de werkzaamheden van werknemer (poetswerk) na diens ontslag door een derde zijn uitgevoerd. Voorts stelt werknemer dat het afspiegelingsbeginsel onjuist is toegepast nu hij veel meer dan alleen poetswerk deed bij werkgever. Volgt aanhouding van de zaak.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 28-01-2014

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2014:499

Zaaknummer: 200.092.970

Rechters: I.A. Katz-Soeterboek, A.A. van Rossum en R.S. de Vries

Advocaten: D.M. van Genderen en S.H.O. Aben

Wetsartikelen: 7:681 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgevers

Ontslag 56-jarige Director New Business Development met 25 dienstjaren conform algemeen sociaal plan, niet kennelijk onredelijk. Feit dat werknemer werd gedetacheerd bij werkgever 2 doet aan bedrijfseconomische noodzaak tot ontslag niet af.

Werknemer (56 jaar) is bijna 25 jaar in dienst van werkgever. Lange tijd is hij CFO van werkgever geweest. Sinds enige jaren is de functie van werknemer Director New Business Development. Wegens bedrijfseconomische redenen is de arbeidsovereenkomst van werknemer opgezegd. Volgens werknemer is sprake van een kennelijk onredelijke opzegging. Werknemer stelt daartoe dat hij – hoewel in dienst van werkgever – feitelijk werd gedetacheerd naar werkgever 2 die ook de volledige loonkosten aan werkgever 1 betaalde. De reorganisatie bij werkgever 1 zou hem derhalve niet moeten treffen, aldus werknemer.

Het hof oordeelt als volgt. Anders dan werknemer is het hof van oordeel dat werkgever 1 geen valse reden aan de ontslagaanvraag ten grondslag heeft gelegd. Zolang en voor zover werknemer gedetacheerd was bij werkgever 2 – en in zoverre vooral werkzaamheden ten behoeve van de food-tak verrichtte – kwamen zijn salariskosten weliswaar niet ten laste van werkgever 1, maar werknemer heeft onvoldoende betwist dat de financiële situatie van het concern niet toeliet dat hij zijn werkzaamheden voor de food-tak zou voortzetten naast een voor werkgever 2 aan te trekken CEO, zodat de salariskosten weer ten volle voor rekening van werkgever 1 zouden komen.

Evenmin is sprake van strijdigheid met het afspiegelingsbeginsel. Zoals de kantonrechter terecht heeft overwogen, vraagt de functie van CFO een (voorzichtige) controlerende houding, terwijl voor de functie van Director New Business Development een initiërende ondernemersrol werd gevraagd. Overigens is naar het oordeel van het hof voldoende komen vast te staan dat werknemer voor de banken niet langer aanvaardbaar was als CFO, zoals ook is bevestigd in de brief van 10 maart 2011 ('Per 1 september 2009 is, mede op ons verzoek, een nieuwe CFO aangetrokken.'), en dat werkgever 1 de stellingname van de banken niet naast zich kon neerleggen, gezien de noodzakelijke medewerking van die banken om de precare

financiële situatie van het concern door te komen.

Hoewel het hof in beginsel het oordeel van werknemer deelt dat het sociaal plan onvoldoende rekening houdt met de anciënniteit van werknemer (er wordt geen onderscheid gemaakt tussen werknemers met tien jaar dienstverband of – zoals werknemer – 25 jaar dienstverband), miskent werknemer dat werkgever 1 een aanvullende vergoeding heeft aangeboden, welke werknemer heeft afgewezen. De opzegging is derhalve niet kennelijk onredelijk.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 28-01-2014

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2014:510

Zaaknummer: 200.111.348

Rechters: I.A. Katz-Soeterboek, G.P.M. van den Dungen en A.A. van Rossum

Advocaten: J.P.C. van Ruiven en P.J. Eshuis

Wetsartikelen: 7:681 BW

RECHTSPRAAK

Bluemarkine Offshore Yard Services/werknemer

Ontslag op staande voet medewerker offshorewerkgever wegens onder invloed verschijnen op werk niet rechtsgeldig ondanks duidelijke zero-tolerancebeleidsregels. Ontslag op staande voet is ultimum remedium. Ontbreken van duidelijke sancties in beleidsregels van werkgever.

Werknemer is in dienst van BOYS als warehouseman. Voor de werkzaamheden die een warehouseman uitoefent, moet hij ook met een vorkheftruck op de werf rijden. BOYS maakt deel uit van de Zwitserse Allseas Groep, een wereldleider in offshore installatie van pijpleidingen voor olie- en gastransport. Binnen BOYS en/of Allseas gelden verschillende reglementen, waaronder de 'corporate drug and alcohol policy'. Op vrijdag 14 juni 2013 verschijnt werknemer op het werk, maar wordt hij kort daarna geconfronteerd met zijn leidinggevende die hem erop wijst dat hij (werknemer) een alcohollucht verspreidt. Er wordt een blaastest afgenomen, waaruit blijkt dat hij te veel op heeft. werknemer stelt dat hij die avond is wezen 'stappen' en met een aantal biertjes op rond 3.00 uur naar bed is gegaan. Dat er nog sprake is van alcohol dampen om 7.00 uur is dan niet uitgesloten. BOYS heeft werknemer diezelfde dag nog op staande voet ontslagen, niettegenstaande de 'spijt-e-mail' die werknemer die dag nog aan BOYS heeft gestuurd. Na het ontslag is werknemer opgenomen op een klinische afdeling van BoumanGGZ. Er is bij hem sprake van psychische problemen. De kantonrechter heeft het ontslag op staande voet nietig geoordeeld, omdat uit het duidelijke beleid van werkgever wel volgde dat 'sancties' zouden worden opgelegd, maar niet welke sancties dat waren. Ontslag op staande voet is een vergaande sanctie. In casu had een minder vergaande sanctie voor de hand gelegen.

Het hof oordeelt als volgt. Het hof acht van belang dat BOYS in de 'corporate drug and alcohol policy' weliswaar een arbeidsplaats '(...) free from the adverse effects of drugs and alcohol' voorstaat en dat '(...) persons working (...) for Allseas are strictly prohibited to be under the influence of alcohol (...) ' maar slechts met ontslag worden bedreigd '[e]mployees found selling or distributing alcohol or drugs on company premises', zij worden 'dismissed'. En gesteld is (slechts): 'Jij bent vanmorgen onder invloed van alcohol op het werk verschenen.' Daarmee zou werknemer, die als aangenomen niet 'free from the adverse effects of alcohol' op het werk

verscheen, '(...) may be subject to disciplinary action' van BOYS worden. BOYS maakte ten pleidooie onderscheid tussen offshore/crew en andere werknemers. In dit kort geding heeft BOYS onvoldoende gemotiveerd dat werknemer als werknemer aan de wal wist dat hij een ontslag op staande voet kon verwachten bij het onder invloed van alcohol op het werk verschijnen. Het hof herinnert aan het ter zitting door het hof voorgelegde en door (de raadsman van) BOYS erkende tekstuele onderscheid tussen de woorden 'may be' en 'will be' in de vijfde alinea van de 'corporate drug and alcohol policy'. De stelling van BOYS dat voorts werknemer de policy van BOYS met betrekking tot het onder invloed van alcohol op het werk verschijnen uit andere ontslagen heeft moeten begrijpen, is niet overtuigend, nu het daartoe aangevoerde ontslag van collega-werknemer 1 uit hetzelfde incident volgde en de twee werknemers in IJmuiden kennelijk ontslagen zijn ná het onderhavige incident met werknemer. Eerdere ervaring met een werknemer die onder invloed op het werk verscheen was er ook niet. Waarom BOYS heeft gekozen voor de zwaarst mogelijke sanctie, heeft zij in dit kort geding niet voor het voetlicht kunnen krijgen.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 17-12-2013

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2013:5128

Zaaknummer: 200.133.193/01

Rechters: J.W. van Rijkom, V. Disselkoen en G.J.J. Heerma-van Voss

Advocaten: H.T. ten Have en J. Berkouwer

Wetsartikelen: 7:677 BW en 7:678 BW

RECHTSPRAAK

werkgever/werknemer

Arbeidsovereenkomst is niet stilzwijgend voortgezet, omdat partijen geen overeenstemming hebben bereikt over arbeidsvoorwaarden. Werknemer is na opzegging geen gefixeerde schadevergoeding verschuldigd.

Werknemer is op 1 januari 2012 voor de duur van een jaar in dienst getreden in de functie assistent-accountant/relatiebeheerder. In de arbeidsovereenkomst is bepaald dat bij gebleken geschiktheid de arbeidsovereenkomst per 1 januari 2013 zal worden omgezet naar een overeenkomst voor onbepaalde tijd. Vanaf eind 2012 hebben partijen gesproken over de nieuwe arbeidsovereenkomst. Werknemer heeft aangegeven zich niet te kunnen vinden in de volgende arbeidsvoorwaarden: bepaalde tijd in plaats van onbepaalde tijd, dertiende maand, opbouw winstuitkering, soort lease-auto en overuren in tijd voor tijd. Werknemer heeft op 25 februari 2013 geschreven dat hij per heden stopt met zijn werkzaamheden voor werkgever. Werkgever stelt dat werknemer de arbeidsovereenkomst onregelmatig heeft opgezegd en vordert gefixeerde schadevergoeding. Volgens werkgever is de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd op grond van artikel 7:668 BW voortgezet voor de duur van een jaar.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Uit de feitelijke gang van zaken blijkt dat de discussie tussen partijen over de voorwaarden waaronder de arbeidsovereenkomst zou worden voortgezet na 1 januari 2013 nog niet was afgerond, laat staan dat daarover tussen partijen overeenstemming was bereikt. Op grond van het arrest van het Hof Amsterdam (27 september 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BD4065) kan het feitelijk verrichten van werkzaamheden na 1 januari 2013 derhalve niet worden gekwalificeerd als een voortzetting van de arbeidsovereenkomst zonder tegenspraak als bedoeld in artikel 7:668 BW. De feitelijke voortzetting heeft plaatsgevonden met het oog op de mogelijkheid dat partijen alsnog overeenstemming zouden kunnen bereiken. Nu overeenstemming niet is bereikt, is de grondslag voor de werkzaamheden komen te vervallen. Dat werknemer zich is gaan oriënteren op een werkkring elders en hij op 25 februari 2013 – toen werkgever eindelijk het initiatief nam tot het gesprek waar werknemer al in december 2012 en januari 2013 om had verzocht – zelf te kennen gaf dat hij niet langer wilde werken voor werkgever doet hieraan niet af. Volgt

afwijzing van de vorderingen.

Instantie: Rechtbank Zeeland-West-Brabant

Datum uitspraak: 27-09-2013

Zaaknummer: 2051850 CV \ EXPL 13-287

RECHTSPRAAK

X/Y

Winkeleigenaar aansprakelijk voor schade klant als gevolg van het onrechtmatig handelen van winkelmedewerker jegens de klant. Splitsing tussen formele en materiële werkgeverstaken staat niet aan aansprakelijkheid in de weg.

X is op januari 2009 in de winkel van Y geweest. Hij is na een woordenwisseling door een medewerker van Y hardhandig de winkel uitgezet. X stelt Y voor zijn geleden schade aansprakelijk.

De rechtbank oordeelt als volgt. Op grond van verschillende getuigenverklaringen is komen vast te staan dat X door een medewerker van Y is beledigd en hardhandig uit de winkel is verwijderd, zonder dat het gedrag van X daartoe enige aanleiding gaf. Het gedrag van deze medewerker is onrechtmatig. Y heeft aangevoerd dat de medewerker formeel in dienst was van Repay. Het enkele feit dat sprake is van een splitsing tussen de formele en materiële werkgeverstaken – wat hier het geval lijkt – leidt er niet toe dat geen aansprakelijkheid op grond van artikel 6:170 BW kan worden aangenomen. Daarbij komt dat uit de stellingen van Y kan worden afgeleid dat zij zeggenschap had over de wijze waarop de in de winkel aanwezige medewerkers hun werkzaamheden dienden te verrichten. Y is dus op grond van artikel 6:170 BW risico-aansprakelijk voor de schade die X heeft geleden als gevolg van de ‘fout’ (de onrechtmatige gedraging) door de medewerker. De overige verweren van Y slagen niet. Er wordt een voorschot van € 2.500 op de materiële en immateriële schade toegekend.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 18-09-2013

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2013:7291

Zaaknummer: C/16/326950 / HA ZA 12-926

Rechters: J. Sap

Advocaten: M.A.J. Kubatsch en L. de Leon

Wetsartikelen: 6:170 BW

RECHTSPRAAK

Stena Line/Ondernemingsraad Stena Line

Wijziging pensioengrondslag is een instemmingsplichtig voorgenomen besluit ex artikel 27 WOR. Primaire arbeidsvoorwaarden versus instemmingsrecht. Vervangende toestemming rechter wegens onredelijke onthouding van instemming OR.

Arrest van het Hof Den Haag dat aanleiding gaf tot de beschikking van de Hoge Raad 24 januari 2014, AR 2014-0072. Binnen Stena Line zijn drie verschillende arbeidsvoorwaardenpakketten van toepassing. Een van die pakketten betreft het kantoorpersoneel. Artikel 6 lid 3 van het huidige pensioenreglement voor het kantoorpersoneel luidt als volgt: 'Het pensioengevend salaris is 12 x het maandsalaris (...) vermeerderd met de vakantietoeslag en de overeengekomen vaste uitkeringen. (...)'. Stena Line betaalt haar kantoorpersoneel een roostertoeslag voor werk gedurende anormale uren (hierna ook ORT genoemd). Stena Line meent dat het ORT niet behoort tot het pensioengevend salaris. Volgens Stena Line is het nooit de bedoeling geweest de ORT pensioengevend te maken. Dat de ORT nooit pensioengevend was, moge, aldus Stena Line, ook blijken uit het feit dat in juni 2006 de vakbonden nog voorgesteld hebben om de ORT pensioengevend te maken (in welk verzoek Stena Line niet is meegegaan).

Het hof oordeelt als volgt. Nu het met de vakbonden niet is gekomen tot een regeling ten aanzien van de pensioengevendheid van de ORT, dient Stena Line zich met betrekking tot dat onderwerp te wenden tot de OR om een wijziging als voorgestaan (waarbij de systematiek van de pensioenopbouw wordt gewijzigd) te realiseren. Naar het oordeel van het hof is het voorgenomen besluit dat hier aan de orde is (op de voet van art. 27 van de WOR) instemmingsplichtig. Terecht heeft Stena Line zich dan ook tot de kantonrechter gewend om de vereiste instemming van de OR te verkrijgen. Waar de OR de lezing die Stena Line gegeven heeft met betrekking tot de ontstaansgeschiedenis van de zinsnede 'overeengekomen vaste uitkeringen' niet gemotiveerd bestreden heeft, kan er in rechte vanuit gegaan worden dat het nooit de bedoeling geweest is de ORT onderdeel uit te laten maken van het pensioengevend salaris. Tegen die achtergrond en in aanmerking genomen het gegeven dat op grond van het arrest van dit hof van 9 november 2010 (eerder tussenarrest van het Hof Den Haag) de

bepaling zoals die thans luidt (niet beoogde) negatieve financiële consequenties heeft voor Stena Line, is het hof van oordeel dat de weigering van de OR om de gevraagde instemming te verlenen, onredelijk is. Met betrekking tot voorgaande is ook nog van belang dat door de wijziging aanspraken van werknemers die gegrond zijn op de tekst van het pensioenreglement zoals die thans luidt, niet per definitie komen te vervallen.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 29-01-2013

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2013:5126

Zaaknummer: 200.112.570/1

Rechters: R.S. van Coevorden, S.R. Mellema en V. Disselkoen

Advocaten: H.B. Dekker en N. Ruiter

Wetsartikelen: 27 WOR

RECHTSPRAAK

werkgeefster/werknemer

***Vernietiging bepaling over finale kwijting in
beëindigingsovereenkomst wegens dwaling werkgeefster.
Werkgeefster was niet op de hoogte van nevenwerkzaamheden
werknemer tijdens het dienstverband. Onrechtmatige concurrentie.***

Op 1 mei 2011 is werknemer in de functie van Projectleider/Hoofd Business Development bij werkgeefster, een bedrijf dat zich bezighoudt met het verzorgen van potentiële klanten voor MKB-bedrijven, in dienst getreden. De arbeidsovereenkomst bevat een geheimhoudings- en concurrentiebeding. Op 1 november 2011 is de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd stilzwijgend voortgezet. Werknemer heeft aangegeven de arbeidsovereenkomst per 1 februari te willen beëindigen. Partijen zijn hiertoe een beëindigingsovereenkomst overeengekomen. Thans stelt werkgeefster dat werknemer tijdens het dienstverband het concurrentiebeding heeft overtreden en zich schuldig heeft gemaakt aan onrechtmatige concurrentie. Werknemer heeft gedurende het dienstverband voor zichzelf domeinnamen aangemaakt, terwijl hij daarmee voor werkgeefster leads had moeten genereren.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Bij voortzetting van de arbeidsovereenkomst heeft het concurrentiebeding zijn geldigheid behouden. Omtrent het concurrentiebeding is in de beëindigingsovereenkomst geen specifieke regeling opgenomen. In beginsel impliceert dit dat (de werking van) het concurrentiebeding valt onder de uitputtende, allesomvattende regeling die partijen blijkens de bewoordingen van de beëindigingsovereenkomst beoogden te treffen, waarbij zij afzien van alle bestaande afspraken. Niet valt in te zien waarom, indien het de bedoeling van partijen was geweest om het concurrentiebeding in stand te laten, ook daaromtrent niet een uitdrukkelijke regeling had kunnen worden opgenomen. Werkgeefster heeft zich verder nog beroepen op vernietiging van de relevante bepalingen van de beëindigingsovereenkomst op grond van dwaling en/of bedrog en zij heeft daartoe met name verzwijging door werknemer van zowel zijn al opgerichte bedrijf en geregistreerde domeinnamen als zijn toekomstplannen aangevoerd. Het beroep op dwaling slaagt. Werkgeefster was niet op de hoogte van de nevenwerkzaamheden van werknemer tijdens het dienstverband. Als zij daarmee wel bekend was, zou zij artikel 6 van de

beëindigingsovereenkomst niet zijn aangegaan. Werknemer had tijdens het dienstverband geen domeinnamen zoals door hem is gedaan voor zichzelf mogen registreren. Met deze domeinnamen begaf hij zich op het terrein van de internetmarketing waarop ook werkgeefster al actief was, dan wel bezig was activiteiten te ontwikkelen en daarom had hij zich daarvan moeten onthouden. Daarmee heeft hij zich onrechtmatig gedragen jegens werkgeefster. Hij zal deze domeinnamen niet meer mogen gebruiken en dienen over te dragen aan werkgeefster. Voor het overige is geen sprake van onrechtmatige concurrentie.

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 22-11-2013

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2013:8298

Zaaknummer: 430329 \ CV EXPL 13-2773

Rechters: M. Jansen

Advocaten: J. Bonnema en R.G. Riemersma

Wetsartikelen: 6:162 BW, 6:228 BW en 7:653 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgeefster

Werkgeefster is verplicht tot betaling van opleidingskosten in het kader van re-integratie in het tweede spoor. Hoewel arbeidsovereenkomst formeel (nog) niet is geëindigd, brengt een redelijke wetstoepassing mee dat het dienstverband na geslaagde re-integratie in tweede spoor als geëindigd in de zin van artikel 7:641 lid 1 BW moet worden beschouwd.

Werknemer is sinds 2008 in dienst als medewerker pomptechniek/mestmixer. Op 14 september 2010 is hij arbeidsongeschikt geraakt als gevolg van een huidziekte en chronische knieklachten. Werknemer heeft in het kader van zijn re-integratie (tweede spoor) de opleiding MVK (Middelbare Veiligheidskunde) gevolgd. Per 14 september 2012 is werknemer in dienst getreden van Safety.nl. Werkgeefster heeft slechts 1/3 deel van de studiekosten betaald. In geschil is of werkgeefster op grond van artikel 7:658a BW en 7:611 BW gehouden is de volledige studiekosten voor haar rekening te nemen.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Werkgeefster is in het kader van haar verplichting om de re-integratie van werknemer in het bedrijf van een andere werkgever te bevorderen, gehouden om de kosten van de door werknemer gevolgde opleiding MVK voor haar rekening te nemen, nu er zich concreet een andere werkgever, in de persoon van het bedrijf Safety.nl, had aangediend waar werknemer stage kon lopen naast de door hem gewenste/gevolgde opleiding MVK. Bij de beantwoording van de vraag of en in hoeverre van een werkgever enige financiële bijdrage kan worden gevergd ten behoeve van de re-integratie speelt ook de redelijkheid een rol. Van een werkgever kan redelijkerwijs niet worden gevergd dat hij financieel bijdraagt aan re-integratietrajecten waarvan vaststaat dat die niet tot hervatting van werk zullen leiden. Er was in dezen echter geen sprake van 'zomaar' een opleiding, maar van een opleiding die tot een concrete baan bij een andere werkgever kon leiden. Werknemer is ook daadwerkelijk in dienst getreden van Safety.nl. De vordering tot betaling van de re-integratiekosten wordt toegewezen. In het onderhavige geval is de arbeidsovereenkomst kennelijk nog niet formeel beëindigd. Waar evenwel vaststaat dat werknemer na zijn re-integratie tweede spoor per 14

september 2012 in dienst is getreden bij een andere werkgever, brengt een redelijke wetstoepassing mee dat het dienstverband als geëindigd in de zin van artikel 7:641 lid 1 BW moet worden beschouwd. Aldus is werkgeefster gehouden om per die datum nog openstaande vakantiedagen aan werknemer uit te betalen.

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 12-11-2013

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2013:6779

Zaaknummer: 427984 \ CV EXPL 13-2401

Rechters: R. Giltay

Advocaten: B.R. Buwalda

Wetsartikelen: 7:611 BW, 7:641 BW en 7:658a BW

RECHTSPRAAK

Prosperity International B.V./X c.s.

Onrechtmatige concurrentie tijdens dienstverband door twee werknemers, waarbij gebruik wordt gemaakt van materialen van werkgever. Aanhouding zaak voor bewijslevering.

X is per 13 september 2010 op basis van een arbeidsovereenkomst voor de duur van twaalf maanden in dienst getreden bij Prosperity in de functie van Product Manager Private Sector. Onder de naam Prosole houdt Prosperity zich bezig met de productie en levering van producten voor de zonwering, waaronder rolluiken en bedieningssysteemten ten behoeve van verschillende zonweringen en rolluiken. Op aanbeveling van X is Y als office manager in dienst genomen. Haar arbeidsovereenkomst is van rechtswege geëindigd op 1 augustus 2011. Op 12 augustus 2011 is X op staande voet ontslagen. Op de bedrijfscomputer van X is een grote hoeveelheid chatberichten aangetroffen tussen X, Y en een Poolse vriendin. Zij spreken over oprichting van Rolloblinds, een concurrerende onderneming. Kern van het geschil tussen partijen is de vraag of X en Y met hun activiteiten vanuit Rolloblinds onrechtmatig zijn gaan concurreren met Prosperity, dan wel of zij anderszins onrechtmatig hebben gehandeld jegens Prosperity en of X en Y uit dien hoofde aansprakelijk zijn voor de geleden en te lijden schade van Prosperity.

De rechtbank oordeelt als volgt. Dat Rolloblinds geen concurrent zou zijn van Prosperity is onvoldoende onderbouwd. Vast is komen te staan dat X en Y al tijdens hun dienstverband vanuit Rolloblinds rolluiken hebben geleverd en geplaatst, dan wel opdrachten daarvoor hebben aangenomen en daarmee dus tijdens hun dienstverband concurrerend hebben gehandeld tegenover Prosperity. Prosperity wordt in de gelegenheid gesteld bewijs te leveren van de stelling dat X en Y via Rolloblinds (potentiële) klanten van Prosperity benaderden. Bewezen wordt geacht dat X en Y voor het plaatsen van rolluiken vanuit Rolloblinds gebruik hebben gemaakt van de gereedschappen en materialen van Prosperity en dat de materialen ten behoeve van Rolloblinds zijn meegenomen. Prosperity wordt ook in de gelegenheid gesteld bewijs te leveren van een ten onrechte aan haar gerichte factuur. X en Y worden in de gelegenheid gesteld tegenbewijs te leveren, onder meer tegen het voorshands bewezen geachte feit dat de materialen op de als productie 16 overgelegde lijst ten behoeve van

Rolloblinds zijn meegenomen. Volgt aanhouding van de zaak.

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 16-10-2013

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2013:6419

Zaaknummer: C/05/240095 / HA ZA 13-133

Rechters: B.J. Engberts

Advocaten: M.J. van Basten Batenburg en C.J. Driessen

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgeefster

Door zonder voorafgaand overleg van chauffeur na periode van (situatieve) arbeidsongeschiktheid te verlangen dat hij zijn werk hervat en geen zorg te dragen voor re-integratie, wordt in strijd met het goed werkgeverschap gehandeld. Toewijzing 70% loon op grond van artikel 7:628 BW .

Werknemer is in dienst als chauffeur. Sinds augustus 2011 is hij arbeidsongeschikt. Aan werkgeefster is een loonsanctie opgelegd vanwege het verrichten van onvoldoende re-integratie-inspanningen. Vanaf 25 november 2013 is de loondoorbetaling stopgezet, omdat werknemer weigert zijn werkzaamheden te hervatten en er volgens de arbeidsdeskundige van het UWV geen sprake (meer) is van medische arbeidsongeschiktheid. Werknemer heeft een loonvordering ingesteld.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Werkgeefster was vooraf bekend met het feit dat werknemer zich bij het gesprek op 25 november 2013 wilde laten vergezellen door zijn gemachtigde. Tevens was vooraf bekend dat de gemachtigde verhinderd was. Dat het gesprek op 25 november 2013 geen doorgang kon vinden, kan werknemer dan ook niet worden toegerekend. Om vervolgens van werknemer te verlangen zijn werkzaamheden te hervatten, zonder dat vooraf overleg had plaatsgevonden en zonder zorg te dragen voor adequate re-integratieactiviteiten, getuigt niet van goed werkgeverschap. Werknemer diende immers nog te re-integreren, hetzij in passend werk bij werkgeefster, hetzij bij een andere werkgever. De FML van 10 juli 2012, die blijkens de brief van het UWV van 13 november 2013 nog steeds geldig is, vermeldt ten aanzien van de beperkingen en mogelijkheden met betrekking tot de werktijden ook dat werknemer bij voorkeur op regelmatige tijden overdag moet werken, dat de te werken uren opgebouwd moeten worden en dat op termijn, na opbouw van uren, maximaal 40 uur per week gewerkt kan worden. Dat werkgeefster stappen heeft ondernomen om een en ander te realiseren, is gesteld noch gebleken. Dat werknemer op of na 25 november 2013 zijn werkzaamheden niet heeft hervat, komt naar het voorlopig oordeel van de kantonrechter op grond van het bepaalde in artikel 7:628 lid 1 BW dan ook voor rekening van werkgeefster. Gelijk werkgeefster heeft aangevoerd brengt dit met zich dat werknemer

aanspraak kan maken op 70% van zijn salaris. De vordering van werknemer is toewijsbaar tot uiterlijk 25 augustus 2014, nu de in het geding zijnde loondoorbetalingsverplichting op dat moment eindigt.

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 04-02-2014

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2014:452

Zaaknummer: 2665445 \ CV EXPL 14-1

Rechters: A. van der Meer

Advocaten: F. Bakker en A.J.C. van Gurp

Wetsartikelen: 7:611 BW, 7:628 BW, 7:629 BW en 7:658a BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/werkgever

Volledig loonstop wegens zonder deugdelijke grond niet verrichten van passende arbeid door arbeidsongeschikte werkneemster. Oorzaak arbeidsconflict dient aan werkneemster te worden toegerekend, nu zij weigert het gesprek met werkgever aan te gaan. Geen recht op loondoorbetaling.

Werkneemster is sinds 1998 in dienst als Apotheekhulp. Zij heeft last van chronische pijnklachten aan haar voeten en heeft zich op 5 maart 2013 ziek gemeld. Nadat zij haar werk deels heeft hervat, heeft zij zich op 17 juni 2013 opnieuw ziek gemeld. De bedrijfsarts heeft vastgesteld dat geen sprake is medische ongeschiktheid, maar van een arbeidsconflict. Een mediationtraject heeft niet tot een oplossing geleid. Werkneemster is een aantal keer niet verschenen toen zij door werkgever voor een gesprek over haar re-integratie was uitgenodigd. Met ingang van 28 oktober 2013 is de loonbetaling stopgezet. Op 28 november 2013 heeft de bedrijfsarts vastgesteld dat nog steeds sprake is van een arbeidsconflict en dat dat zij verwacht dat er onmiddellijk medische beperkingen zullen optreden als werkneemster zonder een mediationtraject naar het werk gaat. Werkneemster vordert loondoorbetaling vanaf 28 oktober 2013.

De kantonrechter oordeelt onder verwijzing naar het arrest van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 23 juli 2013 (AR 2013-0579) dat werkgever op grond van artikel 7:629 lid 3 onder c BW gerechtigd is om de loonbetaling volledig te stoppen vanaf 28 oktober 2013. Op basis van de overgelegde stukken, waaronder het oordeel van de bedrijfsarts en de omstandigheid dat werkneemster haar werkzaamheden in de loop van 2013 gedurende twee dagen voor vier uren per dag heeft hervat, kan worden vastgesteld dat werkneemster medisch gezien in staat moet worden geacht gedurende vier uren per dag haar werkzaamheden te verrichten. De kern van het arbeidsconflict is gelegen in de weigering van werkneemster haar werk te verdelen over vier dagen in plaats van twee dagen en haar weigering daarover in gesprek te gaan met werkgever. Hoewel zij daartoe meerdere malen is uitgenodigd, is werkneemster niet in gesprek gegaan om tot een verdere invulling van haar contracturen te komen. Onder verwijzing naar het arrest Mak/SGBO (HR 27 juni 2008, AR 2008-0402) wordt

geoordeeld dat werknemster geen recht heeft op loondoorbetaling op grond van artikel 7:628 BW. Werknemster heeft zich onvoldoende constructief opgesteld in dezen. De oorzaak van het arbeidsconflict dient te worden toegerekend aan werknemster. Gesteld noch gebleken is dat van werknemster niet verwacht kan worden dat zij haar werkzaamheden zou verrichten. Volgt afwijzing van de loonvordering.

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 04-02-2014

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2014:653

Zaaknummer: 2635357 \ CV EXPL 13-11727

Rechters: J.C.G. Leijten

Advocaten: L.A. Stormezand en R.H. Bossen

Wetsartikelen: 7:628 BW, 7:629 BW en 7:660a BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/Guidion Nederland B.V.

Arbeidsovereenkomst oproepkracht (bepaalde tijd) wordt zonder verkregen toestemming tussentijds opgezegd. Toewijzing vordering ter hoogte van acht maandsalarissen, terwijl werkneemster maar vier maanden heeft gewerkt, leidt niet tot wanverhouding.

Werkneemster is als oproepkracht voor de duur van een jaar in dienst getreden van Guidion. In de arbeidsovereenkomst is een tussentijds opzegbeding overeengekomen. Op enig moment heeft Guidion besloten werkneemster niet meer op te roepen. In april 2013 is aangekondigd dat de arbeidsovereenkomst eindigt. Werkneemster stelt dat zij conform het bepaalde in artikel 7:610b BW recht heeft op een arbeidsduur van 23 uur per week en dat zij zich voor deze uren beschikbaar heeft gehouden. Zij heeft een beroep gedaan op de vernietigbaarheid van de opzegging en vordert gefixeerde schadevergoeding. Guidion voert geen verweer tegen de arbeidsduur van 23 uur per week. Wel voert Guidion aan dat de arbeidsovereenkomst tussentijds opzegbaar is, dat bij onregelmatige opzegging de schadevergoeding gelet op de duur van de opzegtermijn van één maand het bedrag van € 770,96 bruto bedraagt en dat Guidion dat bedrag in augustus 2013 aan werkneemster heeft uitbetaald.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Vast staat dat Guidion werkneemster niet meer heeft opgeroepen en dat werkneemster geen werkzaamheden meer voor Guidion heeft verricht. Weliswaar heeft Guidion de arbeidsovereenkomst met werkneemster niet expliciet opgezegd, maar in het geval van een oproepovereenkomst als die van werkneemster is feitelijk het niet verder oproepen van een werknemer hetzelfde als het opzeggen van de overeenkomst. Dat de oproepovereenkomst van werkneemster een tussentijds opzegbeding bevat, maakt dit niet anders. Guidion heeft ten onrechte geen ontslagvergunning aangevraagd. Door het tijdig inroepen van de nietigheid van de opzegging is de oproepovereenkomst van werkneemster dus niet geëindigd. Aldus heeft werkneemster terecht aanspraak gemaakt op loondoorbetaling op basis van 23 uur per week, tot het einde van de overeengekomen contractsduur. Door het benoemen van haar vordering als gefixeerde schadevergoeding, heeft werkneemster niet alsnog berust in het einde van de arbeidsovereenkomst. Het beroep op matiging van de loonvordering faalt. Dat werkneemster slechts vier maanden heeft gewerkt en bij toewijzing

van de vordering over nog acht maanden salaris zou ontvangen, kan niet tot afwijzing of matiging van de vordering leiden. Mede gelet op de bepaalde tijd van de oproepovereenkomst is bij toewijzing van de vordering van werkneemster geen sprake van een wanverhouding (vgl. ECLI:NL:HR:2012:BV7347, AR 2012-0509).

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 03-02-2014

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2014:522

Zaaknummer: CV 13-17341

Rechters: M.V. Ulrici

Advocaten: M.L.A. Verleun en M.J. Folkeringa

Wetsartikelen: 7:610b BW, 7:628 BW en 7:677 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgeefster

Dat aan werkgeefster een loonsanctie is opgelegd, maakt niet dat opzegging van de arbeidsovereenkomst van langdurig arbeidsongeschikte monteur kennelijk onredelijk is.

Werknemer is sinds 2001 in dienst als monteur. In 2009 is hij als gevolg van problemen met zijn zicht arbeidsongeschikt geraakt. Aan werkgeefster is een loonsanctie opgelegd wegens het verrichten van onvoldoende re-integratie-inspanningen. Nadat werkgeefster alsnog is gestart met re-integratie in het tweede spoor, is de loonsanctie beëindigd. Na verkregen toestemming is de arbeidsovereenkomst tegen 1 november 2012 opgezegd. Werknemer stelt dat werkgeefster het dienstverband met hem kennelijk onredelijk heeft opgezegd, omdat werkgeefster in de UWV-procedure heeft gesteld dat hij arbeidsongeschikt was, terwijl dat niet het geval was. Verder acht werknemer de opzegging kennelijk onredelijk op grond van het gevolgcriterium.

De kantonrechter oordeelt als volgt. In het kader van de WIA-aanvraag heeft het UWV werknemer 23,90% arbeidsongeschikt verklaard. Werknemer heeft tegen dit besluit geen bezwaar gemaakt. Daarmee staat juridisch gezien vast dat werknemer zowel ten tijde van de ontslagaanvraag (12 juni 2012) als ten tijde van het verlenen van de ontslagvergunning door het UWV op 8 augustus 2012 niet (volledig) arbeidsgeschikt voor het eigen werk was. Daarmee is van een kennelijk onredelijk ontslag gebaseerd op een valse of voorgewende reden geen sprake. De omstandigheid dat het UWV op 26 mei 2011 heeft geoordeeld dat werkgeefster tekortgeschoten is in haar re-integratieverplichtingen, vormt onvoldoende grond voor de conclusie dat de beëindiging van de arbeidsovereenkomst kennelijk onredelijk is. Van belang is dat werkgeefster op 26 april 2012 haar tekortkoming heeft hersteld, waardoor de loonsanctie is bekort. Verder is het verzuim van werkgeefster ten aanzien van de re-integratie niet van voldoende gewicht om het ontslag kennelijk onredelijk te doen zijn. In de rapportage van de UWV-arbeidsdeskundige van 14 december 2011 is geconcludeerd dat het eigen werk van werknemer niet passend gemaakt kan worden en dat de werkgeefster hem geen andere passende arbeid kan aanbieden. Tevens staat vast dat de lichamelijke beperkingen van werknemer niet een gevolg zijn van de werkzaamheden die hij voor werkgeefster heeft

verricht. Er doen zich geen bijzondere omstandigheden voor die, ook gezien in samenhang met de overige door werknemer aangevoerde feiten en omstandigheden waaronder zijn lichamelijke beperkingen, zijn elfjarig dienstverband en zijn eenzijdige werkervaring, de conclusie rechtvaardigen dat sprake is van een kennelijke onredelijke opzegging van de arbeidsovereenkomst. Volgt afwijzing van de vorderingen.

Instantie: Rechtbank Zeeland-West-Brabant

Datum uitspraak: 29-01-2014

ECLI: ECLI:NL:RBZWB:2014:726

Zaaknummer: 2142816 CV EXPL 13-5348

Rechters: J.L. Sierkstra

Advocaten: I.R. Noordik en K.J.J.W. Smedts

Wetsartikelen: 7:681 BW en 7:658a BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Fabel Celbeton B.V. c.s.

Militair invaliditeitspensioen mag met schadevergoeding op grond van artikel 7:658 BW worden verrekend, nu zowel het invaliditeitspensioen als de schadevergoeding ex artikel 7:658 BW strekken tot vergoeding van inkomensschade.

Op 7 oktober 2004 is werknemer – voorheen beroepsmilitair – tijdens de uitoefening van zijn werkzaamheden, op dat moment in dienst van Faber, een ongeval overkomen. Hij is van 4,5 meter hoog van een ladder in een bouwput gevallen, waarbij hij op zijn rug terecht is gekomen. Als gevolg hiervan heeft hij letsel opgelopen en schade geleden. De aansprakelijkheid van Faber voor de gevolgen van het ongeval is door verzekeraar Achmea volledig en onvoorwaardelijk erkend. Het ABP heeft werknemer bericht dat aan hem een militair invaliditeitspensioen wordt toegekend vanaf 19 september 2006. In geschil is of de uitkering die werknemer uit hoofde van het militair invaliditeitspensioen ontvangt al dan niet in mindering mag komen op de door Achmea namens Faber aan werknemer te betalen schadevergoeding. Werknemer stelt dat verrekening niet is toegestaan, omdat de uitkering haar grond vindt in gebeurtenissen die hebben plaatsgevonden gedurende de periode dat hij als beroepsmilitair gestationeerd is geweest in Bosnië en dus niet in gebeurtenissen die verband houden met het hem overkomen bedrijfsongeval. Het invaliditeitspensioen heeft het karakter van een compensatie voor het feit dat hij – gezien de bij hem gediagnosticeerde posttraumatische stressstoornis – het militaire dienstverband niet langer kan uitoefenen.

De rechtbank oordeelt als volgt. Het onderhavige geschil leent zich voor behandeling in een deelgeschilprocedure. Uit het arrest van de Hoge Raad van 1 oktober 2010 (ECLI:NL:HR:2010:BM7808) volgt dat, indien sprake is van letselschade en het gaat om voordeel dat bestaat in een verzekeringsuitkering, verrekening in het algemeen aan de orde kan zijn wanneer de uitkering ertoe strekt dezelfde schade te vergoeden als die waarvoor de partij die zich op de voordeelstoerekening beroept, aansprakelijk is. Terughoudendheid dient te worden betracht in gevallen waarin schade is verzekerd, die rechtens of in de praktijk niet voor (volledige) vergoeding in aanmerking komt. De rechtbank stelt vast dat tussen partijen niet in geschil is dat de uitkering van het ABP als een uitkering krachtens een

schadeverzekering dient te worden beschouwd. Onvoldoende weersproken is dat uit de opzet van de Veteranenwet (wet van 11 februari 2012) volgt dat het militair invaliditeitspensioen wordt gezien als een aanvulling op een uitkering als de WIA en dat deze uitkeringen in feite met elkaar gelijk worden gesteld. De uitkering van werknemer uit hoofde van het militair invaliditeitspensioen strekt – evenals een WIA-uitkering – tot vergoeding van inkomensschade ten gevolge van arbeidsongeschiktheid. (De verzekerde van) Achmea is op grond van artikel 7:658 BW jo. artikel 6:95 BW gehouden tot vergoeding van deze inkomensschade, zodat de uitkering strekt tot vergoeding van dezelfde schade als die waarvoor Faber aansprakelijk is. Derving van inkomen is bovendien schade die rechtens voor volledige vergoeding in aanmerking komt. Het militair invaliditeitspensioen mag met de schade worden verrekend.

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 08-01-2014

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2014:421

Zaaknummer: C-09-450807 - HA RK 13-466

Rechters: J.L.M. Luiten

Advocaten: I.E. Hilhorst en J. Schep

Wetsartikelen: 6:95 BW, 6:100 BW, 7:658 BW en Veteranenwet

RECHTSPRAAK

X/Y

Algemene voorwaarden bemiddelingsovereenkomst voor inlenen uitzendkrachten, op grond waarvan schadevergoeding verschuldigd is als de uitzendkrachten na aangaan van de opdracht worden ingeleend via ander uitzendbureau, is niet in strijd met vrijheid van arbeidskeuze en de Waadi.

X drijft een onderneming in arbeidsbemiddeling. Y heeft twee uitzendkrachten van X ingeleend. In artikel 10 van de algemene voorwaarden is bepaald dat een schadevergoeding verschuldigd is als de opdrachtgever binnen een termijn van 52 weken na de aanvang van de opdracht een arbeidsverhouding rechtstreeks voor zich, middels en/of via derden met de betrokken arbeidskracht aangaat. Sinds begin september zijn de twee uitzendkrachten bij Y aan het werk gegaan. Na ontvangst van een factuur halverwege september heeft Y aangegeven niet akkoord te kunnen gaan met de uurtarieven van de twee uitzendkrachten. Y heeft de samenwerking met X gestaakt en de twee uitzendkrachten via een ander uitzendbureau ingeleend. Kern van het geschil is de vraag of Y wegens het inlenen van de twee uitzendkrachten via een ander uitzendbureau een vergoeding aan X verschuldigd is. Als verweer heeft Y zich onder andere op Richtlijn 2008/104 EG (betreffende uitzendarbeid) beroepen.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Y heeft onder verwijzing naar Richtlijn 2008/104 EG betoogd dat artikel 10 onder b van de algemene voorwaarden van X met zich brengt dat een (aspirant) uitzendkracht wordt belemmerd in zijn recht op vrijheid van arbeidskeuze, welke beperking niet wordt gerechtvaardigd met redenen van algemeen belang. Geoordeeld wordt dat deze richtlijn, die onder meer tot doel heeft de bescherming van uitzendkrachten te garanderen, is geïmplementeerd door aanpassing van de Wet allocatie arbeidskrachten (Waadi). Artikel 9a van de Waadi bepaalt weliswaar dat er geen belemmeringen in de weg mogen worden gelegd voor de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst na afloop van de terbeschikkingstelling, maar het tweede lid van dit artikel (dat Y niet heeft aangehaald) bepaalt dat elk beding in strijd met het eerste lid nietig is, maar dat dit niet geldt voor zover er – kort gezegd – een vergoeding wegens verleende diensten in verband met de

terbeschikkingstelling, werving of opleiding is bedongen. Dit laatste is nu juist hier het geval, gelet op de bepaling 10 onder b van de algemene voorwaarden die daarop ziet. De reden van de beëindiging van de samenwerking komen voor rekening en risico van Y. Y had bij de beëindiging van de samenwerking ervoor kunnen kiezen om tevens afscheid te nemen van de twee uitzendkrachten, zodat X hen kon behouden voor het uitlenen aan een andere opdrachtgever. Nu zij dit niet heeft gedaan, is Y een boete verschuldigd van € 15.000.

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 19-12-2013

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2013:8297

Zaaknummer: 583055 CV EXPL 13-4213

Rechters: E.J. Oostdijk

Advocaten: F.F. Darwinkel en A.T. Slofstra

Wetsartikelen: 9a Waadi, Richtlijn 2008/104 EG en 19 lid 3 Gw

RECHTSPRAAK

X in haar hoedanigheid van curator/werkneemster

Arbeidsovereenkomst met PGB-budgethouder. Onverschuldigd betaald loon dient te worden terugbetaald.

X heeft een hulpbehoevende dochter. De dochter is als PGB-budgethouder per 1 januari 2010 een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd aangegaan met werkneemster. De dochter is in 2011 vanwege een geestelijke stoornis onder curatele gesteld. Sinds eind juli 2010 heeft werkneemster geen werkzaamheden meer verricht. Over de maand augustus 2010 is wel loon betaald, omdat de Sociale Verzekeringsbank deze betaling niet meer kon terugdraaien. X vordert (in haar hoedanigheid van curator) terugvordering van het onverschuldigd betaalde loon over de maand augustus 2010.

De kantonrechter oordeelt als volgt. In het midden wordt gelaten of er eind juli 2010 nu wel of geen ontslagname door werkneemster heeft plaatsgevonden. Daartoe is van belang, dat als door X q.q. gesteld en door werkneemster niet weersproken als vaststaand moet worden aangenomen dat werkneemster in de maand augustus 2010 géén werkzaamheden heeft verricht. Waar geen arbeid is verricht, bestaat in beginsel, ingevolge artikel 7:627 BW, geen recht op loon. Werkneemster heeft ten verweere niet gesteld dat zij de overeengekomen arbeid niet heeft verricht door een oorzaak die in redelijkheid voor rekening van de dochter als werkgever behoort te komen, noch heeft zij gesteld dat zij in deze maand ziek was, in welke beide gevallen zij ondanks het niet verrichten van arbeid niettemin recht op betaling van loon zou hebben gehad. Volgt toewijzing van de vordering.

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 17-12-2013

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2013:8293

Zaaknummer: 2294513 - CV EXPL 13-6336

Rechters: J.C.G. Leijten

Advocaten: J.S. Bauer en J.J. Achterveld

Wetsartikelen: 6:203 BW, 7:627 BW en 7:628 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Hochwald Nederland B.V.

Afwijzing verzoek tot herroeping ontbindingsbeschikking. Geen bedrog of achtergehouden stukken in ontbindingsprocedure.

Werknemer is in dienst geweest van Hochwald. De arbeidsovereenkomst is per 1 september 2013 op verzoek van Hochwald wegens een vertrouwensbreuk ontbonden, onder toekenning van een vergoeding van € 125.000 aan werknemer. Werknemer heeft gesteld dat de ontbindingsbeschikking primair op grond van artikel 382 onder a Rv dient te worden herroepen, omdat Hochwald bedrog heeft gepleegd in de ontbindingsprocedure. Hochwald heeft in deze procedure namelijk in strijd met de waarheid verklaard dat werknemer onverwachts een bodemprocedure tegen haar is begonnen over de rectificatie van zijn personeelsdossier.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Van bedrog is geen sprake. De stelling dat de bodemprocedure voor Hochwald onverwachts kwam, was in de ontbindingsprocedure al bij werknemer bekend. Werknemer heeft in de ontbindingsprocedure ook uitdrukkelijk verweer gevoerd tegen deze stelling van Hochwald. Het verzoek van werknemer kan evenmin met succes worden gegrond op de artikelen 382 onder c en 390 Rv. Ingevolge deze artikelen kan een beschikking worden herroepen, indien de belanghebbende na de beschikking stukken van beslissende aard in handen heeft gekregen die door toedoen van de wederpartij waren achtergehouden. De stukken die werknemer in de onderhavige procedure heeft overgelegd ter onderbouwing van zijn stelling dat de bodemprocedure niet onverwachts kwam voor Hochwald, betreffen een conceptvaststellingsovereenkomst en e-mailberichten aan de mediator. Dat werknemer deze stukken pas na de ontbindingsbeschikking in handen heeft gekregen, is niet aannemelijk. Deze stukken hebben namelijk betrekking op de onderhandelingen over de inhoud van de vaststellingsovereenkomst, die voorafgaand aan de ontbindingsprocedure zijn gevoerd en deze stukken zijn grotendeels van de hand van werknemer afkomstig. Het betoog van werknemer strookt alsdan ook niet met zijn stelling dat hij voor en tijdens de zitting in de ontbindingsprocedure door Hochwald onder druk is gezet om deze stukken niet in het geding te brengen. Deze stelling impliceert immers dat hij de stukken voor en tijdens de ontbindingsprocedure in handen had. Bovendien zijn de stukken

ook niet van beslissende aard, in die zin dat de beslissing van de kantonrechter in de ontbindingsprocedure anders zou hebben geluid als hij bekend zou zijn geweest met deze stukken. Volgt afwijzing van het verzoek.

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 17-12-2013

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2013:8296

Zaaknummer: 2519910 - VZ VERZ 13-289

Rechters: A. van der Meer

Advocaten: U. Hoogland en S.M. Breukels

Wetsartikelen: 7:685 BW, 382 Rv en 390 Rv

RECHTSPRAAK

werknemer/Blycolin Shares B.V.

Ontslag statutair directeur vooralsnog rechtsgeldig. Dat in de oproepingsbrief voorafgaand aan de AVA ook de gronden voor het voorgenomen ontslag moeten zijn vermeld, vindt geen steun in de wet. Kort geding leent zich niet voor beoordeling kennelijk onredelijk ontslag wegens valse of voorgewende reden.

Werknemer is sinds 1 april 2010 in dienst van Womitex Holding als financieel directeur. Op 16 april 2010 is hij door de algemene vergadering van aandeelhouders (hierna: AVA) benoemd tot statutair bestuurder. In het voorjaar van 2013 zijn de aandelen van Womitex Holding overgedragen aan Blycolin Group B.V. Op 19 juli 2013 heeft de AVA besloten werknemer als bestuurder te ontslaan, omdat men onvoldoende vertrouwen heeft in werknemer als bestuurder. Aan werknemer is bericht dat zijn arbeidsovereenkomst van rechtswege met inachtneming van een opzegtermijn van drie maanden zal eindigen. In de onderhavige procedure stelt werknemer primair dat sprake van een vernietigbaar ontslag, nu hij onvoldoende gebruik heeft kunnen maken van zijn raadgevende stem. Voorafgaand aan de AVA zijn werknemer geen gronden voor het ontslag gegeven, waardoor een goede voorbereiding op de vergadering onmogelijk was. Subsidiair stelt werknemer dat het ontslag kennelijk onredelijk is. Er zijn onjuiste voorbeelden van gebrek aan vertrouwen aan het ontslag ten grondslag gelegd, waarmee sprake is van valse of voorgewende redenen.

De voorzieningenrechter oordeelt als volgt. Werknemer is tijdig opgeroepen voor de AVA. In de uitnodiging is vermeld dat het enige onderwerp op de agenda het voorgenomen ontslag van werknemer in hoedanigheid van bestuurder van Womitex Holding was. Daarmee is voldaan aan het vereiste in artikel 2:224 lid 1 BW. Dat in de oproepingsbrief ook de gronden voor het voorgenomen ontslag moeten zijn vermeld, zoals werknemer heeft gesteld, vindt geen steun in de wet. Evenmin volgt dit uit (vaste) jurisprudentie of vloeit dit voort uit artikel 2:8 BW. Dat werknemer om hem moverende redenen niet is verschenen op die vergadering op 19 juli 2013 komt voor zijn eigen rekening en risico. Op dat moment had hij immers van de aandeelhouder kunnen vernemen wat de redenen van zijn ontslag waren en de onderbouwing hiervan, waarna hij daarop zijn visie had kunnen geven en daarover zijn raadgevende stem had kunnen

uitbrengen. Het besluit om werknemer als statutair directeur te ontslaan wordt vooralsnog als geldig aangemerkt.

Hiermee is eveneens een einde gekomen aan de arbeidsrechtelijke relatie tussen partijen. Ook overigens is het vaste jurisprudentie van de Hoge Raad (HR 15 april 2005, JOR 2005/144 en JOR 2005/145) dat de bepalingen 2:134 en 2:244 BW ertoe strekken te bewerkstelligen dat door een ontslagbesluit ook een einde wordt gemaakt aan de arbeidsrechtelijke verhouding, zodat een ontslagbesluit in beginsel tevens beëindiging van de dienstbetrekking van de bestuurder tot gevolg heeft. Van een uitzondering is in dit geval niet gebleken. In het bestek van dit kort geding kan niet worden vastgesteld of sprake is van valse of voorgewende redenen op grond waarvan het ontslag kennelijk onredelijk zou zijn. Nu partijen over en weer het nodige hebben aangevoerd en de standpunten dermate ver uiteen liggen, is om over al deze punten een goed oordeel te kunnen vormen een gedegen onderzoek naar de feiten noodzakelijk. Daarvoor is een bodemprocedure de geëigende weg. Volgt afwijzing van de vorderingen.

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 11-12-2013

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2013:6420

Zaaknummer: C/05/252807 / KG ZA 13-586

Rechters: N.W. Huijgen

Advocaten: B.E.J.M. Tomlow en N. van Gelder

Wetsartikelen: 2:8 BW, 2:134 BW, 2:224 BW, 2:227 BW en 2:244 BW