

Nieuwsbrief AR Updates - Nummer 22, 2015

Nummer 22, 2015

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

INHOUDSOPGAVE

Hof

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2015:3760 26-05-2015

werknemer/Kinderopvang X

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2015:2047 26-05-2015

werknemer/Het Parool BV

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2015:1910 26-05-2015

Nestinox BV/werknemer

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2015:1856 26-05-2015

Design Anyway/Stichting Pensioenfonds Metaal en Techniek c.s.

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2015:1881 26-05-2015

werknemers en FNV Bondgenoten/BBA Tours BV

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2015:1883 26-05-2015

werknemer/ICT B.V.

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2015:2034 26-05-2015

werknemster/Stichting Cordaan

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2015:1781 19-05-2015

werknemer/werkgever

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2015:1793 19-05-2015

Internationaal Veetransport BV/werknemer

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2015:1779 19-05-2015

werknemer/4Works

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2015:1927 19-05-2015

Y/X

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2015:1451 16-04-2015

ondernemingsraad van de Provincie Zuid-Holland/Provincie Zuid-Holland

Rechtbank

Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2015:4411 27-05-2015

werknemer/coöperatie De Ursulinen

Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2015:4391 27-05-2015

werknemer/Meander Media Groep Zuid-Limburg

Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2015:3233 26-05-2015

Katoen Natie Amsterdam/werknemer

Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2015:3235 26-05-2015

werknemer/Katoen Natie Amsterdam B.V.

Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2015:3236 26-05-2015

Smart Carriers Services B.V./werknemer

Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2015:4405 22-05-2015

werknemer/NG-Perfumes B.V.

Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2015:4406 22-05-2015

NG-Perfumes B.V./werknemer

Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2015:3572 22-05-2015

werknemster/F.H. Louers B.V.

Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2015:3234 04-05-2015

werkgeefster/Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor de Bouwnijverheid

Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2015:2548 06-03-2015

FleishmanHillard B.V./werknemster

Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2015:2652 26-02-2015

werknemer/PCI Groep B.V.

Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBZLY:2012:BY2941 04-07-2012

werknemer/X

Uitspraken zonder ECLI

Rechtbank Amsterdam 19-05-2015

werknemer/Generali Levensverzekering Maatschappij N.V.

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Annotatie

De verlengde opzegtermijn: iudex non calculat!

F.M. Dekker

RECHTSPRAAK

werkneemster/Stichting Cordaan

Werkneemster weigert passende arbeid te verrichten, waardoor recht op loon verloren gaat (art. 7:627 BW). Doorbetaling loon tot einde dienstverband met verrekening van vakantiedagen, staat niet in de weg aan opbouw nieuwe vakantiedagen.

Werkneemster (geboren 1946) is per 1 augustus 2001 als bejaardenhulp nachtdienst in dienst getreden bij een rechtsvoorgangster van de Stichting. De functie van werkneemster is in 2003 gewijzigd. De 'slaapdienst' werd vervangen door 'wakkere dienst' in de nacht. Werkneemster heeft daartegen bezwaar gemaakt. In januari 2004 heeft hij zich ziek gemeld op grond van het ontbreken van een bed tijdens de nachtdiensten. In april 2004 heeft de rechtsvoorgangster van de Stichting getracht werkneemster te laten re-integreren in de dagdienst, hetgeen niet is gelukt. Werkneemster is op 25 juni 2004 arbeidsgeschikt verklaard voor haar eigen werk. Zij heeft daarna het standpunt ingenomen dat sprake was van een functiewijziging en dat het werk van een wakkere nachtwacht voor haar niet passend was. Zij heeft geweigerd de werkzaamheden te verrichten. Sindsdien heeft er een wisseling van werkgever plaatsgevonden en zijn diverse functies beproefd. In 2005 is een vaststellingsovereenkomst gesloten over diverse vorderingen uit het vorige dienstverband. Uiteindelijk is de arbeidsovereenkomst in 2009 ontbonden zonder vergoeding. Werkneemster vordert in deze procedure uitbetaling van 1236 vakantieuuren, vergoeding van advocaatkosten en toepassing van de wachtgeldregeling conform de Collectieve Arbeidsovereenkomst voor de Verpleeg-, Verzorgingshuizen en Thuiszorg.

Het hof oordeelt als volgt. Werkneemster stelt zich op het standpunt dat haar vakantiedagen van voor 2005 niet krachtens de finale kwijting in de vaststellingsovereenkomst van 2005 vallen. Nu de Stichting evenwel uitdrukkelijk alles onder de finale kwijting heeft gebracht, behoudens een paar zaken, had het op de weg van werkneemster geleden uitdrukkelijk de vakantiedagen buiten de vaststellingsovereenkomst te laten. Deze grief faalt derhalve.

De kantonrechter heeft voorts overwogen dat de Stichting de loonbetalingen op 22 juni 2009 op de voet van artikel 7:627 BW had kunnen staken, aangezien werkneemster het werk niet

heeft hervat nadat zij arbeidsgeschikt was bevonden voor het aangeboden werk. Naar het oordeel van het hof heeft de Stichting in redelijkheid beide functies aan werkneemster kunnen aanbieden en kon van werkneemster worden geleverd een van deze functies te aanvaarden. De zorgverlenende taken sluiten immers aan bij de reeds in haar oude functie bestaande 'helpende taken' jegens de bejaarde bewoners, verblijvend in een zorginstelling, terwijl van haar kan worden geleverd de voor de nieuwe functies benodigde en bij haar ontbrekende kennis te verwerven. Werkneemster voert in dit verband overigens niet aan dat zij de functies slechts had kunnen accepteren ná het volgen van een opleiding. Gelet op de – onbetwist gebleven – stellingen omtrent het maatwerk van de zijde van de Stichting, moet het er bovendien voor worden gehouden dat werkneemster de kans zou hebben gekregen de benodigde kennis en ervaring in de praktijk op te doen. In dit verband is tevens van belang dat de Stichting, gelet op haar onbetwiste stellingen dienaangaande, geen andere voor werkneemster passende functies voorhanden had. Het hof overweegt dat de Stichting aan werkneemster heeft meegedeeld ervoor te kiezen haar loon door te betalen en de niet-gewerkte dagen vanaf 17 juni 2009 af te boeken van haar vakantiesaldo. Dit betekent dat werkneemster ook over de periode na 17 juni 2009 nog vakantie-uren heeft opgebouwd die, nu zij deze niet heeft opgenomen, bij het einde van het dienstverband aan haar dienen te worden uitbetaald. Dat achteraf is gebleken dat werkneemster over deze periode geen recht heeft gehad op uitbetaling van loon, maakt dit niet anders. De Stichting heeft immers ervoor gekozen het loon wel uit te betalen en de niet-gewerkte dagen als opgenomen vakantie te beschouwen.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 26-05-2015

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2015:2034

Zaaknummer: 200.114.401/01

Rechters: M.A. Goslings, D. Kingma en M.L.D. Akkaya

Advocaten: I.M.C.A. Reinders Folmer en S.K. Schreurs

Wetsartikelen: 7:611 BW, 7:900 BW en 7:627 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgever

Schadebegroting aan de hand van inschatting accountant voor berekening schade na frauduleus handelen werknemer, is in overeenstemming met artikel 6:97 BW.

(Vervolg op AR 2014-0918.) Werknemer is in de periode van 13 februari 2009 tot 17 juli 2011, naast een vaste baan elders, als oproepkracht werkzaam geweest voor werknemer in de functie van barman. Werknemer werkte op onregelmatige zaterdagen. Werkgever werd op enig moment geconfronteerd met opmerkelijk lagere kassaopbrengsten. Na bestudering van de kasstromen bleek steeds wanneer werknemer was ingeroosterd er lagere kassaopbrengsten waren. Een detective heeft werknemer geobserveerd. Aan het einde van de avond is werknemer staande gehouden door werkgever. Werknemer heeft toen zijn zakken leeg gemaakt en bleek 14 biljetten van € 20 en 22 biljetten van € 50 bij zich te hebben, alle nat en/of verkreukeld. Werknemer heeft deze biljetten, in totaal € 1.380, toen aan werkgever afgestaan. In deze procedure vordert werkgever € 34.253 aan begrote schade over de afgelopen periode van werknemer. Werknemer betwist niet de onrechtmatigheid van zijn gedragingen, maar wel de periode waarin hij de gedragingen zou hebben gepleegd, alsmede de hoogte van de schade. Werkgever heeft aan de hand van de door hem overgelegde boekhoudkundige gegevens voorshands bewezen dat werknemer begin november 2009 is begonnen met het verduisteren van gelden. Voor de veronderstelling van werknemer dat de lagere omzetcijfers vanaf november 2009 veroorzaakt zouden kunnen zijn door fraude door andere medewerkers, acht het hof vooralsnog onvoldoende aanknopingspunten aanwezig. Werknemer voert als verweer dat hij pas vanaf omstreeks Koninginnedag 2011 gelden van werkgever is gaan verduisteren en dat hij in totaal, met inbegrip van het op 17 juli 2011 door hem afgegeven bedrag van € 1.380, slechts € 4.080 heeft verduisterd.

Het hof oordeelt als volgt. De diverse getuigenverklaringen hebben het voorshands aangenomen bewijs niet ontzenuwd. Zoals het hof reeds in zijn tussenarrest van 21 oktober 2014 (r.o. 7.5.2) overwoog moet de schade worden begroot op de wijze die het meest met de aard van de schade in overeenstemming is en moet zij, indien zij niet nauwkeurig kan worden vastgesteld, worden begroot (art. 6:97 BW). Bij begroting van de schade is de rechter niet

gebonden aan de gewone regels van stelplicht en bewijslast. Voorts overwoog het hof (r.o. 7.5.3) dat in de aard van het onrechtmatig handelen van werknemer ligt besloten dat het voor werkgever uitermate moeilijk zo niet onmogelijk is om hard bewijs te leveren van het exacte aanvangsmoment van de fraude en van de exacte omvang van het verduisterde bedrag. Naar het oordeel van het hof heeft werkgever zijn schadevordering voldoende onderbouwd met de in eerste aanleg overgelegde gegevens omtrent het aantal bezoekers op de zaterdagavond, de kasopbrengst per zaterdagavond, de zaterdagavonden waarop werknemer werkte en de schadeberekening met toelichting door de accountant. Aangenomen kan worden dat de langere meetperiode, het feit dat het aantal zaterdagen waarop werknemer werkte en waarop hij niet werkte niet heel erg van elkaar verschilde en het gebruik van gemiddelden afdoende heeft voorkomen dat onvoldoende rekening zou zijn gehouden met toevallige andere omstandigheden die de omzet op de zaterdagavond ongunstig zouden kunnen hebben beïnvloed. Werknemer heeft daar te weinig tegenover gesteld. Voorts neemt het hof ook in aanmerking dat er geen enkele aanwijzing is dat eventuele andere omstandigheden veel zwaarder zouden hebben gedrukt op de omzet op de zaterdagavonden waarop werknemer werkte dan op de zaterdagavonden waarop werknemer niet werkte. Schade wordt begroot op € 32.334.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 19-05-2015

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2015:1781

Zaaknummer: HD 200.116.717/01

Rechters: I.B.N. Keizer, M.A. Wabeke en J.H.C. Schouten

Advocaten: H.C. Struik en D.J.C. Hans

Wetsartikelen: 7:661 BW en 6:97 BW

RECHTSPRAAK

Internationaal Veetransport BV/werknemer

Ontslag op staande voet wegens werkweigering niet rechtsgeldig, nu het werk onmogelijk uit te voeren bleek. Cumulatie gefixeerde schadevergoeding (art. 7:680 BW) en schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag (art. 7:681 BW).

Werknemer is per 1990 in dienst getreden van de rechtsvoorganger van Internationaal Veetransport. Op 22 december 2010 is werknemer op staande voet ontslagen wegens onder meer werkweigering. Nadat werknemer aanvankelijk de nietigheid van het ontslag had ingeroepen, heeft hij bij brief van 31 januari 2011 laten weten dat hij berust in het ontslag, maar aanspraak maakt op een schadevergoeding vanwege de onrechtmatige beëindiging van het dienstverband, waarbij geen rekening is gehouden met de geldende opzegtermijn.

Het hof oordeelt als volgt. Uit de afgelegde verklaringen volgt naar het voorlopig oordeel van het hof niet, althans niet voldoende overtuigend, dat werknemer een ritopdracht van Internationaal Veetransport heeft geweigerd. Wat uit de verklaringen blijkt, is dat telefonisch contact heeft plaatsgevonden over een opdracht om 's ochtends in Houtkerque te gaan laden, waarvan naar objectieve maatstaven kan worden vastgesteld dat deze niet of nauwelijks uitvoerbaar was. Uit de vastgestelde feiten volgt dat werknemer onder normale omstandigheden al niet of nauwelijks in staat was om op 22 december 2010 in de ochtend varkens te laden in Houtkerque. Wanneer hij al om 04.00 uur had kunnen lossen in Wittlicht, was het met inachtneming van de tijd die benodigd is om te lossen en om de voorgeschreven reiniging van auto en aanhangwagen uit te voeren naar het oordeel van het hof, gelet op de afstand van 400 kilometer tussen Wittlich en Houtkerque en de winterse weersomstandigheden, niet of nauwelijks mogelijk om nog diezelfde ochtend in Houtkerque te laden. Een afstand van 400 kilometer laat zich onder normale omstandigheden in een vrachtautocombinatie niet binnen vijf uur afleggen. In dit geval staat bovendien vast dat de rit onder winterse omstandigheden moest worden uitgevoerd. Vastgesteld is verder dat zowel de vrachtwagen als de aanhangwagen gebreken vertoonden die herstel vergden. De stabilisatorstang van de vrachtwagen was kapot. Het is dan ook aannemelijk dat werknemer bij het geven van de opdracht heeft gewezen op de omstandigheid dat hij daar niet aan zou

kunnen voldoen, toen hem uitdrukkelijk opdracht werd gegeven om die ochtend in Houtkerque te gaan laden.

Het hof stelt voorop dat een cumulatie van vergoedingen ex artikel 7:680 en 7:681 BW niet is uitgesloten (HR 21 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ5360). De vraag of in dit concrete geval de cumulatie ook toelaatbaar is beoordeelt het hof aan de hand van de vraag of de beide vergoedingen strekken tot dekking van dezelfde schade en aan de hand van de vraag of de aard van de aansprakelijkheid en de mate van verwijtbaarheid richting de aansprakelijke persoon met zich brengt dat verrekening van voordeel uit de gefixeerde schadevergoeding redelijk is. De schadevergoeding op voet van het bepaalde in artikel 7:680 BW is onafhankelijk van de daadwerkelijk geleden schade. Zij is dus niet direct gerelateerd aan een daadwerkelijk geleden inkomensschade als gevolg van het onregelmatig ontslag. De begroting van de schade die op grond van artikel 7:681 BW voor vergoeding in aanmerking komt geschiedt op voet van artikel 6:97 BW en is gerelateerd aan de aard en de ernst van het tekortschieten van de werkgever in zijn verplichting als goed werkgever te handelen en aan de daaruit voor de werknemer voortvloeiende materiële en immateriële nadelen. Bij de bepaling van de omvang van deze schade dient de rechter acht te slaan op alle relevante omstandigheden van het geval (HR 12 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4472). Bij vergelijking van de beide schadevergoedingen stelt het hof vast dat zij slechts ten dele dezelfde schade dekken. Bij de beoordeling van de omvang van de schade wegens een kennelijk onredelijke opzegging kan ook de mate van verwijtbaarheid van het handelen van de werkgever worden betrokken en, voorts, ook immateriële schade. De enkele omstandigheid dat bij cumulatie van de beide vergoedingen een bedrag wordt toegewezen dat de directe inkomensschade als gevolg van een ontslag overtreft, levert dus op zichzelf geen grond op om te oordelen dat cumulatie niet is toegestaan. Voor zover Internationaal Veetransport heeft betoogd dat werknemer minder schade heeft geleden dan aan hem is toegekend, miskent Internationaal Veetransport dat de gefixeerde schadevergoeding ook verschuldigd is indien de werknemer tijdens de niet inachtgenomen opzegtermijn geen inkomensschade heeft geleden, terwijl bij de bepaling van de omvang van de vergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag ook immateriële schade voor vergoeding in aanmerking kan komen en – anders dan de kantonrechter heeft gedaan – ook een compensatie voor het verlies van anciënniteit bij indiensttreding van een nieuwe werkgever. Alle omstandigheden van het geval tegen elkaar afgewegend komt het hof tot het oordeel dat niet is gebleken dat in dit geval de cumulatie van beide vergoedingen leidt tot een ongerechtvaardigde verrijking van werknemer of dat deze cumulatie zou leiden tot een situatie die naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Overigens is de omvang van de schadevergoeding ook niet betwist. Nu het ontslag op staande voet geen stand houdt, staat afdoende vast dat de opzegging op grond van het bepaalde in artikel 7:681 lid 2 aanhef en onderdeel a BW als kennelijk onredelijk kan worden gekwalificeerd.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 19-05-2015

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2015:1793

Zaaknummer: HD 200.140.051/01

Rechters: R.J.M. Cremers, J.M. Brandenburg en J.J. Minnaar

Advocaten: A. Müller en M.J.M. Postma

Wetsartikelen: 7:680 BW, 7:681 BW en 7:677 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/4Works

Berekening loonvordering na samenloop cao's en WAADI.

(Vervolg op AR 2013-0574 en AR 2014-0993.) Bij tussenarresten is geoordeeld over de samenloop van de CAO Beton en de Uitzend-cao. In dit arrest wordt vastgesteld wat het verschil aan loon is waar werknemer nog recht op heeft.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 19-05-2015

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2015:1779

Zaaknummer: HD 200.100.034/01

Rechters: C.E.L.M. der Smeenk-van Weijden, M.G.W.M. Stienissen en P.P.M. Rousseau

Advocaten: D. Vanicková en J.M. van Gool

Wetsartikelen: WAADI, CAO Beton en CAO Uitzendkrachten (ABU)

RECHTSPRAAK

Y/X

***Wet minimumloon van toepassing op agentuurovereenkomst met rechtspersoon (aanvullende werking redelijkheid en billijkheid).
Verantwoord opdrachtgeverschap.***

Y is een deurwaarders- en incassokantoor. Hij heeft met X2 waarvan X1 bestuurder is een agentuurovereenkomst gesloten waarbij X2 zal bemiddelen in het tot stand komen van opdrachten ten behoeve van incasso-, proces- en executiediensten, alsmede aanverwante diensten op basis van provisie. In dit geding vordert Y dat X1 en X2 hoofdelijk zullen worden veroordeeld tot betaling van € 18.603,54, te vermeerderen met rente en kosten. Y legt aan haar vordering ten grondslag dat X1 het aan voorschot betaalde bedrag dient terug te betalen nu zij niet erin is geslaagd klanten en/of incasso-opdrachten binnen te halen, waardoor zij geen omzet heeft gerealiseerd en zij dus geen recht op provisie heeft. In reconventie stellen X c.s. zich op het standpunt dat de overeenkomst onregelmatig is opgezegd.

Het hof oordeelt als volgt. Y heeft in hoger beroep niet bestreden dat het voorschot ertoe diende X c.s. van voldoende inkomsten te voorzien gedurende de periode dat X1 bezig was (te trachten) een marktaandeel te veroveren. Partijen hebben echter niet geregeld hoe lang X1 de tijd zou krijgen om enige omzet te genereren en daarmee provisie te verdienen. Een behoorlijke regeling hieromtrent zou, anders dan Y betoogt, niet indruisen tegen de aan de handelsagent toekomende zelfstandigheid, maar integendeel getuigen van verantwoord opdrachtgeverschap. Evenmin hebben partijen een regeling getroffen voor de situatie dat, zoals thans het geval is, provisie-inkomsten van meer dan verwaarloosbare omvang zouden uitblijven. Het hof leidt uit het voorgaande af dat partijen, in hun optimisme en hun enthousiasme tot samenwerking, de situatie dat omzet zou uitblijven niet onder ogen hebben gezien en daarvoor dus geen regeling hebben getroffen. De overeenkomst van partijen bevat in zoverre dus een leemte, die door het hof aan de hand van de eisen van redelijkheid en billijkheid met inachtneming van alle omstandigheden van het geval, moet worden ingevuld. In het kader van deze afweging acht het hof het volgende van belang. X c.s. hebben ter onderbouwing van hun vordering, subsidiair, een beroep gedaan op het bepaalde in artikel 2 lid 2 van de Wet minimumloon en minimumvakantietoeslag (WML). Die bepaling luidt als

volgt: 'Onder dienstbetrekking wordt mede verstaan de arbeidsverhouding van degene, die krachtens overeenkomst met een ander tegen beloning geregeld bemiddeling verleent bij het tot stand komen van overeenkomsten van die ander – of een opdrachtgever van deze – met derden, mits hij de bedoelde bemiddeling uitsluitend voor die ander verleent, het verlenen van die bemiddeling niet een voor hem bijkomstige werkzaamheid is en hij zich daarbij doorgaans niet door meer dan twee andere personen laat bijstaan.' Nu een dienstbetrekking alleen kan worden aangegaan door een natuurlijke persoon en X1 geen overeenkomst met Y heeft gesloten krachtens welke hij zijn werkzaamheden verrichtte, voldoet de onderhavige situatie niet aan genoemde bepaling. In reactie op het verweer van Y van die strekking hebben X c.s. ook niets aangevoerd wat ertoe zou moeten leiden dat 'door' de vennootschap 'heen' zou moeten worden gekeken. Een wettelijk recht op minimumloon bestaat derhalve in dit geval niet. Niettemin is het duidelijk, en heeft het ook voor Y duidelijk moeten zijn, dat de situatie van X c.s. zich slechts in geringe mate onderscheidde van die van een natuurlijke persoon die handelsagent is voor één opdrachtgever. Het ligt dan ook in de rede om bij de invulling van de bedoelde leemte aan te knopen bij het bepaalde in artikel 2 lid 2 WML. Hieraan doet niet af dat, naar Y stelt, aan X1 uit zijn eerdere werkzaamheden bekend was dat Y ten behoeve van de acquisitie uitdrukkelijk geen arbeidsovereenkomst wilde sluiten; het sluiten van een arbeidsovereenkomst heeft voor de werkgever immers nog wel meer consequenties en dat de bezwaren van Y met name op het betalen van een minimumloon zagen, is gesteld noch gebleken.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 19-05-2015

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2015:1927

Zaaknummer: 200.152.127/01

Rechters: C. Uriot, J.C.W. Rang en R.H. de Bock

Advocaten: J.H. Prins en P. van Lingen

Wetsartikelen: 7:428 BW, 6:248 BW en 2 WML

ANNOTATIE

De verlengde opzegtermijn: iudex non calculat!

F.M. Dekker

1. Inleiding

Op 1 mei 2015 heeft de Hoge Raad voor het eerst een arrest gewezen met betrekking tot de bij opzegging van de arbeidsovereenkomst in acht te nemen termijnen. Meer concreet ging het over de vraag wat rechtens is, indien partijen op onjuiste wijze van de op grond van de wet voor de werknemer geldende opzegtermijn zijn afgeweken. In de rechtspraak en de literatuur werd over deze kwestie verschillend gedacht. Het arrest van de Hoge Raad schept duidelijkheid.

2. De wettelijke regeling van de opzegtermijnen

De wettelijke regeling inzake de opzegtermijnen is niet eenvoudig. Voor de werknemer bedraagt de opzegtermijn één maand (art. 7:672 lid 3 BW). Voor de werkgever is de opzegtermijn afhankelijk van de duur van het dienstverband. De door hem in acht te nemen termijn bedraagt bij een arbeidsovereenkomst die (art. 7:672 lid 2 BW):

- korter dan vijf jaar heeft geduurd: één maand;
- vijf jaar of langer, maar korter dan tien jaar heeft geduurd: twee maanden;
- tien jaar of langer, maar korter dan vijftien jaar heeft geduurd: drie maanden;
- vijftien jaar of langer heeft geduurd: vier maanden.

Voor de berekening van de duur van het dienstverband moet in bepaalde gevallen ook rekening worden gehouden met voorgaande arbeidsovereenkomsten met dezelfde of een vorige werkgever. Dit is in de eerste plaats het geval als opzegging nodig is krachtens de Ragetlie-regel (art. 7:667 lid 4 slotzin). In de tweede plaats indien de arbeidsovereenkomst op grond van de ketenregeling is geconverteerd in een contract voor onbepaalde tijd (art. 7:668a lid 4 BW). Voorts geldt dat arbeidsovereenkomsten voor de toepassing van artikel 7:672 BW

geacht worden eenzelfde, niet onderbroken arbeidsovereenkomst te vormen in geval van herstel van de arbeidsovereenkomst (art. 7:672 lid 9 BW). Wanneer de werkgever een ontslagvergunning heeft aangevraagd en verkregen, mag hij zijn opzegtermijn met een maand verkorten, met dien verstande dat minimaal één maand moet resteren (art. 7:672 lid 4 BW). Na inwerkingtreding van de Wet werk en zekerheid (Wwz) mag de werkelijke duur van de UWV-procedure in mindering worden gebracht in plaats van forfaitair een maand.

De door de werkgever in acht te nemen opzegtermijn mag schriftelijk worden verlengd. Verkorting is daarentegen alleen toegestaan bij cao (art. 7:672 lid 5 BW). Ook mag bij cao worden afgeweken van de regel dat voorgaande arbeidsovereenkomsten voor de berekening van de duur van het dienstverband meetellen in geval van conversie op grond van de ketenregeling (art. 7:668a lid 5 BW). Tot slot mag bij cao ten nadele van de werknemer worden afgeweken van de minimaal te resteren termijn van één maand voor de werkgever na aftrek van de forfaitaire maand voor het doorlopen van de UWV-procedure (art. 7:672 lid 7 BW). Van de wettelijke opzegtermijn voor de werknemer mag schriftelijk worden afgeweken. De voor de werknemer geldende termijn mag evenwel niet op meer dan zes maanden worden gesteld. Voorts geldt als voorwaarde dat de opzegtermijn voor de werkgever bij een verlenging van die van de werknemer ten minste het dubbele moet bedragen (art. 7:672 lid 6 BW). Bij cao mag echter weer van deze laatste voorwaarde worden afgeweken, maar dan nog steeds mag de voor de werkgever geldende opzegtermijn niet korter worden dan die van de werknemer (art. 7:672 lid 8 BW).

3. Afwijken van de voor de werknemer geldende termijn in rechtspraak en literatuur

In de praktijk doen zich vooral problemen voor met betrekking tot onjuiste afwijkingen van de voor de werknemer geldende opzegtermijn. Dit laat zich op twee manieren denken:

- a. de arbeidsovereenkomst bevat voor de werknemer een verlengde opzegtermijn en voor de werkgever een termijn die niet ten minste het dubbele van die van de werknemer bedraagt;
- b. de arbeidsovereenkomst bevat voor de werknemer een verlengde opzegtermijn, terwijl voor de werkgever niets is overeengekomen.

Ad a

In situatie a is het helder dat de opzegregeling niet voldoet aan de eisen van artikel 7:672 lid 6 BW. Er bestaat evenwel onenigheid over het antwoord op de vraag wat daarvan de consequentie is.

De regering heeft zich bij de introductie van artikel 7:672 lid 6 BW op het standpunt gesteld

dat daarmee strijdige bedingen nietig zijn (*Kamerstukken I* 1997/98, 25263, 132b, p. 30; en *Kamerstukken II* 1998/99, 26257, 7, p. 14). In de literatuur wordt daarentegen over het algemeen het standpunt ingenomen dat artikel 7:672 lid 6 BW ertoe strekt de werknemer te beschermen, zodat schending daarvan op grond van artikel 3:40 lid 2 BW vernietigbaarheid tot gevolg heeft. Deze sanctie leidt volgens de meeste schrijvers bovendien ook tot een bevredigender oplossing, omdat het de werknemer de mogelijkheid biedt om, indien de wettelijke opzegtermijn voor hem minder gunstig is, van vernietiging van de contractuele regeling af te zien. Daarnaast zou het bij nietigheid voor de werkgever risicoloos zijn om met artikel 7:672 lid 6 BW strijdige opzegtermijnen te bedingen, aangezien nietigheid door ieder van de partijen kan worden ingeroepen. Zie Verhulp in zijn noot bij Ktr. Alkmaar 13 januari 2003, *JAR* 2003/43; Beltzer in zijn noot bij Rb. Breda 10 maart 2004, *JAR* 2004/160; E. Verhulp, 'De opzegtermijnen nader beschouwd', *ArbeidsRecht* 2005/1, nr. 1; P.W.H.M. Willems, 'De verlengde opzegtermijn: twee maal twee is vier. Toch?', *TAP* 2012/5, p. 207; en Van der Voet in haar noot bij Hof 's-Hertogenbosch 5 juni 2012, *JAR* 2012/185. Anders: C.J. Loonstra en W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke Themata*, Den Haag: BJu 2010, p. 412-413, die uitgaan van nietigheid.

Zowel het standpunt van de regering als dat uit de literatuur heeft in de rechtspraak navolging gevonden. In een zaak waarin voor de werknemer een opzegtermijn van twee maanden en voor de werkgever één van drie maanden was afgesproken, oordeelde de Kantonrechter Alkmaar bijvoorbeeld kort en krachtig (Ktr. Alkmaar 13 januari 2003, *JAR* 2003/43): 'De door partijen overeengekomen opzegtermijnen zijn in strijd met het systeem van artikel 7:672 BW en daardoor nietig.' Ook in deze zin vonnisten Ktr. Zutphen 8 oktober 2008, *JIN* 2009/68; Ktr. Groningen 24 mei 2007, *Prg* 2007/97; en Rb. Breda 10 maart 2004, *JAR* 2004/160. Het standpunt van de literatuur werd evenwel gevolgd in Hof Den Haag 16 april 2013, *AR* 2013-0405; Rb. Rotterdam 8 augustus 2012, *AR* 2012-0725; Hof 's-Hertogenbosch 5 juni 2012, *AR* 2012-0545; Hof 's-Hertogenbosch 3 april 2012, *AR* 2012-0325; Ktr. Amsterdam 18 september 2009, *AR* 2009-0937; Hof Den Haag 14 april 2006, *JAR* 2006/116; Ktr. Zutphen 22 februari 2005, *ECLI:NL:RBZUT:2005:AT0302*; en Ktr. Gouda 10 juni 2004, *JAR* 2004/174.

De vervolgvraag is wat de consequentie is van de nietigheid of vernietigbaarheid van de contractuele opzegregeling: wordt teruggevallen op de wettelijke termijnen of vindt conversie plaats in een geldige contractuele afwijking? Op dit punt bestaat in de rechtspraak meer eensgezindheid. Algemeen lijkt te worden aangenomen dat bij een ongeldig verlengde opzegtermijn voor de werknemer – na een ingeroepen nietigheid of vernietiging – voor beide partijen de wettelijke opzegtermijnen gelden. In deze zin Hof Den Haag 16 april 2013, *AR* 2013-0405; Rb. Rotterdam 8 augustus 2012, *AR* 2012-0725; Hof 's-Hertogenbosch 5 juni 2012, *AR* 2012-0545; Hof 's-Hertogenbosch 3 april 2012, *AR* 2012-0325; Ktr. Zutphen 8 oktober 2008, *JIN* 2009/68; Ktr. Groningen 24 mei 2007, *Prg* 2007/97; Hof Den Haag 14 april 2006, *JAR*

2006/116; Ktr. Zutphen 22 februari 2005, ECLI:NL:RBZUT:2005:ATo302; en Ktr. Alkmaar 13 januari 2003, *JAR* 2003/43. Mij is slechts één – wat oudere – uitzondering bekend. De president van de Haarlemse rechtbank nam in een geval waarin voor beide partijen een opzegtermijn van zes maanden was afgesproken conversie aan door de termijn van de werknemer op drie maanden te stellen (Pres. Rb. Haarlem 3 oktober 2001, *JAR* 2001/231).

Ad b

Situatie b wordt in de literatuur en rechtspraak doorgaans anders benaderd. De gangbare leer is dat een arbeidsovereenkomst die enkel voorziet in een verlengde opzegtermijn voor de werknemer niet met het wettelijk systeem in strijd is, maar slechts een leemte bevat, welke leemte met behulp van artikel 6:248 lid 1 BW kan worden aangevuld door voor de werkgever een dubbele opzegtermijn aan te nemen. In deze zin werd bij mijn weten voor het eerst geoordeeld door de kantonrechter te Gouda (Ktr. Gouda 10 juni 2004, *JAR* 2004/174). Hij overwoog:

‘Met in achtneming van die bedoeling is de kantonrechter van oordeel dat het door partijen overeengekomen beding met betrekking tot de opzegtermijn niet in strijd is met het systeem van artikel 7:672 BW. Nietigheid of de noodzaak van conversie is (...) in deze zaak niet aan de orde. In de arbeidsovereenkomst zijn partijen afgeweken van de wettelijke opzegtermijn van de werknemer en is de verlenging van de opzegtermijn conform het bepaalde in lid 6 schriftelijk vastgelegd. Uit de wet vloeit voort dat alsdan de opzegtermijn van de werkgever minstens twee keer zolang is. De kantonrechter leest in de wettelijke bepaling niet de verplichting dat (ook) de verlengde termijn van de werkgever uitdrukkelijk in de arbeidsovereenkomst moet worden vermeld.’

Verhulp heeft zich in zijn eerder genoemde artikel in *ArbeidsRecht* voorstander getoond van deze benadering (Verhulp 2005). Volgens Verhulp kan uit een beding als bedoeld in situatie b de conclusie worden getrokken dat de werkgever de werknemer wil binden aan een langere termijn dan op grond van artikel 7:672 lid 3 BW zou gelden, hetgeen alleen kan indien voor de werkgever een dubbele termijn geldt. Hij acht het in de lijn van artikel 6:248 lid 1 BW redelijk in een dergelijk geval de arbeidsovereenkomst dienovereenkomstig aan te vullen. Deze visie wordt gedeeld door Willems (Willems 2012, p. 207) en is ook in de rechtspraak heersend (zie Ktr. Utrecht 23 juli 2014, *AR* 2014-0684; Hof 's-Hertogenbosch 5 juni 2012, *AR* 2012-0545; Hof 's-Hertogenbosch 3 april 2012, *AR* 2012-0325; Ktr. Groningen 24 mei 2007, *Prg* 2007/97; en Hof Den Haag 14 april 2006, *JAR* 2006/116).

4. HR 1 mei 2015, AR 2015-0419 (Flextronics)

Het Flextronics-arrest betreft situatie b. De arbeidsovereenkomst in die zaak bepaalde onder

meer:

‘Deze arbeidsovereenkomst kan door de werknemer tussentijds worden opgezegd met inachtneming van een opzegtermijn van twee (2) maanden.’

Ondanks deze bepaling had de werknemer het dienstverband opgezegd op een termijn van één maand. De werkgever, Flextronics, vorderde een verklaring voor recht dat deze opzegging onregelmatig was, met veroordeling van de werknemer tot betaling van de gefixeerde schadevergoeding ter hoogte van één maand loon. De werknemer verweerde zich met een beroep op de vernietigbaarheid van het opzegbeding, omdat – anders dan artikel 7:672 lid 6 BW eist – geen langere opzegtermijn voor de werkgever was overeengekomen. Die langere opzegtermijn voor de werkgever had volgens de werknemer bovendien schriftelijk moeten zijn overeengekomen. Het Hof 's-Hertogenbosch heeft het betoog van de werknemer in zijn geheel gegrond geoordeeld en de vorderingen – die in eerste aanleg waren toegewezen – alsnog afgewezen (Hof 's-Hertogenbosch 5 juni 2012, AR 2012-0545).

Flextronics ging in cassatie en betoogde in de kern dat het hof had miskend dat het schriftelijkheidsvereiste van artikel 7:672 lid 6 BW slechts ziet op de verlenging van de opzegtermijn voor de werknemer, en dat indien deze verlenging overeenkomstig die bepaling is overeengekomen, (van rechtswege) vaststaat dat de opzegtermijn voor de werkgever (ten minste) het dubbele is van die voor de werknemer. Deze klacht ging volgens de Hoge Raad niet op. Hij oordeelde dat het hof terecht had overwogen dat uit de tekst van artikel 7:672 lid 6 BW volgt dat partijen bij een verlenging van de opzegtermijn die geldt voor de werknemer, tevens afspraken (dienen te) maken over de voor de werkgever geldende opzegtermijn. Deze lezing vond volgens de Hoge Raad bevestiging in de wetsgeschiedenis, waarbij hij de volgende twee passages aanhaalde (*Kamerstukken II* 1989/90, 21479, 3, p. 9):

‘Afwijking is mogelijk. Bij schriftelijke overeenkomst of collectieve arbeidsovereenkomst kunnen langere opzegtermijnen worden overeengekomen die voor de werknemer niet langer dan zes maanden mogen zijn en voor de werkgever niet korter dan het dubbele van die voor de werknemer.’

En (*Kamerstukken II* 1996/97, 25263, 3, p. 30-31):

‘Van deze termijn kan schriftelijk worden afgeweken. Om afspraken die een werknemer tot al te lange opzegtermijnen zouden verplichten af te remmen is, naast het maximum van zes maanden, bepaald dat bij verlenging de termijn van de werkgever tenminste twee keer zo lang moet zijn als die voor de werknemer.’

Uit deze passages blijkt, aldus ons hoogste rechtscollege, dat met de in artikel 7:672 lid 6 BW

verplicht gestelde verlenging van de opzegtermijn die geldt voor de werkgever, is beoogd de werknemer te beschermen. Met deze strekking, en met de bepaling van het vijfde lid van artikel 7:672 BW dat de ingevolge het tweede lid van dat artikel voor de werkgever geldende opzegtermijn schriftelijk kan worden verlengd, strookt dat ook de verlenging van het zesde lid schriftelijk moet worden overeengekomen. De Hoge Raad achtte tot slot van belang dat ook de Centrale Raad van Beroep in deze zin heeft geoordeeld (CRvB 18 juli 2012, *USZ* 2012/253).

Uit dit alles volgt naar het oordeel van de Hoge Raad dat artikel 7:672 lid 6 BW vereist dat zowel de voor de werknemer geldende opzegtermijn (van maximaal zes maanden), als de voor de werkgever geldende opzegtermijn (die niet korter mag zijn dan het dubbele van die voor de werknemer) schriftelijk wordt overeengekomen. Indien hieraan niet is voldaan, kan de werknemer het opzegbeding, wat betreft de opzegtermijn, ingevolge artikel 3:40 lid 2 BW vernietigen, met als gevolg dat hij slechts de wettelijke opzegtermijn van één maand van artikel 7:672 lid 3 BW in acht hoeft te nemen.

5. Commentaar

De Hoge Raad oordeelt dat het bepaalde in artikel 7:672 lid 6 BW meebrengt dat in het daar bedoelde geval ook de door de werkgever in acht te nemen opzegtermijn schriftelijk moet worden vastgelegd. Daarmee wijkt hij, zoals A-G Spier in onderdeel 5.23 van zijn conclusie voor het arrest ook onderkent, af van de heersende leer op dit punt. Het Hof Den Haag en de Kantonrechter Gouda hebben expliciet geoordeeld dat artikel 7:672 lid 6 BW niet vereist dat de opzegtermijn voor de werkgever uitdrukkelijk in de arbeidsovereenkomst wordt opgenomen (Hof Den Haag 14 april 2006, *JAR* 2006/116; en Ktr. Gouda 10 juni 2004, *JAR* 2004/174). Verschillende andere rechters hebben dit voorts impliciet geoordeeld door te overwegen dat in een geval waarin voor de werkgever geen opzegtermijn is bedongen, sprake is van een leemte die moet worden aangevuld door voor hem uit te gaan van een opzegtermijn die twee keer zo lang is als die van de werknemer (zie de eerder aangehaalde rechtspraak). Deze benadering is nu door de Hoge Raad de pas afgesneden. Een op grond van artikel 6:248 lid 1 BW aangevulde opzegtermijn is immers niet schriftelijk vastgelegd.

Het oordeel van de Hoge Raad leidt mijns inziens tot een enigszins onbevredigende oplossing. Gevolg daarvan is namelijk dat het voor de werkgever risicoloos is om voor de werknemer een verlengde opzegtermijn te bedingen zonder voor zichzelf een opzegtermijn vast te leggen. Voor de werkgever geldt in deze situatie de wettelijke opzegtermijn, ongeacht of de werknemer het opzegbeding vernietigt of in stand laat, zodat in zoverre geen verschil bestaat met het geval waarin voor de werknemer geen verlengde opzegtermijn was overeengekomen. Indien de werknemer de arbeidsovereenkomst wil opzeggen, zijn er twee opties. Ofwel de werknemer houdt zich aan de contractueel bedongen verlengde opzegtermijn, in welk geval de

werkgever zijn zin heeft. Ofwel de werknemer vernietigt het opzegbeding, in welk geval wordt teruggevallen op de wettelijke opzegtermijn. In het ongunstigste geval is de werkgever dus niet slechter af dan wanneer hij geen verlengde opzegtermijn voor de werknemer had bedongen. Deze risicoloosheid is met betrekking tot situatie a in de literatuur steeds een argument geweest om te kiezen voor de sanctie van vernietigbaarheid in plaats van voor nietigheid. In dat opzicht is er veel te zeggen voor de benadering waarin het opzegbeding wordt aangevuld met een dubbele opzegtermijn voor de werkgever.

Toch was er voor de Hoge Raad volgens mij geen ruimte om tot een ander oordeel te komen. De reden daarvoor is gelegen in een argument dat in het arrest slechts in een bijzin is te vinden: het vijfde lid van artikel 7:672 BW. Op grond van dat artikellid is verlenging van de voor de werkgever geldende opzegtermijn slechts schriftelijk mogelijk. Ervan uitgaande dat de opzegtermijn doorgaans in maanden wordt uitgedrukt, leidt een verlenging van de voor de werknemer geldende termijn tot een termijn van minstens twee maanden. Bij die termijn hoort voor de werkgever een opzegtermijn van (minimaal) vier maanden. Tenzij het dienstverband meer dan vijftien jaar heeft geduurd, betreft een dergelijke opzegtermijn een verlenging van de wettelijke termijn voor de werkgever en artikel 7:672 lid 5 BW schrijft voor zo'n verlenging schriftelijkheid voor. Voor zover de schriftelijkheidseis voor de werkgeverstermijn niet reeds in het zesde lid van artikel 7:672 BW besloten zou liggen, volgt deze dus wel uit het vijfde lid van dat artikel.

Interessant is dat de Hoge Raad zijn oordeel omtrent het schriftelijkheidsvereiste mede motiveert met een verwijzing naar de rechtspraak van de Centrale Raad van Beroep. Deze rechtspraak heeft betrekking op de fictieve opzegtermijn in geval van een met artikel 7:672 lid 6 BW strijdige contractuele regeling. In de uitspraak waar de Hoge Raad naar verwijst, was sprake van eenzelfde opzegbeding als in zijn eigen arrest: voor de werknemer was een opzegtermijn van twee maanden overeengekomen en voor de werkgever was niets vastgelegd. De Centrale Raad van Beroep oordeelde dat artikel 7:672 lid 6 BW, mede uit een oogpunt van rechtszekerheid, zo moet worden verstaan dat in geval van afwijking van de door de werknemer in acht te nemen opzegtermijn de door de werkgever in acht te nemen opzegtermijn eveneens schriftelijk moet worden vastgelegd. Daarbij achtte de Centrale Raad van Beroep nog van belang dat uit artikel 7:672 lid 6 BW niet zonder meer voortvloeit dat de door de werkgever in acht te nemen opzegtermijn het dubbele is van die voor de werknemer. Deze bepaling laat immers de mogelijkheid open om een langere opzegtermijn voor de werkgever overeen te komen.

Is het terecht dat de Hoge Raad waarde hecht aan deze uitspraak van de Centrale Raad van Beroep? Laat ik vooropstellen dat er naar mijn mening zo veel mogelijk naar moet worden gestreefd één en hetzelfde wetsartikel binnen alle rechtsgebieden op dezelfde manier toe te

passen. In ieder geval zou een goede reden moeten zijn aan te wijzen om dat niet te doen. Dit doet zich ook voor in het kader van de kwalificatie van een overeenkomst als arbeidsovereenkomst. De rechtspraak over dit onderwerp lijkt in het sociaalzekerheidsrecht, het fiscale recht en het civiele recht steeds meer naar elkaar toe te groeien. Zo verwees de derde kamer van de Hoge Raad in het WW-rechtelijke Gouden Kooi-arrest (HR 25 maart 2011, AR 2011-0232) naar de jurisprudentie van zijn civielrechtelijke eerste kamer (verwezen werd naar HR 3 juli 2007, JAR 2007/231 (Stichting Thuiszorg Rotterdam/PGGM)). In het fiscaalrechtelijke Notarissen-arrest (HR 17 februari 2012, AR 2012-0431) werd vervolgens zowel acht geslagen op het sociaalzekerheidsrechtelijke Gouden Kooi-arrest als op het civielrechtelijke Stichting Thuiszorg Rotterdam/PGGM-arrest.

Op het eerste gezicht lijken de belangen van de werknemer in beide situaties niet parallel te lopen. In het kader van het verwerven van een WW-uitkering is een aanvulling van de voor de werkgever geldende opzegtermijn voor de werknemer immers nadelig (aangezien dat tot een lange(re) fictieve opzegtermijn leidt), terwijl hij voorafgaande aan ontslag bij een dergelijke aanvulling juist wel belang kan hebben. Dit laatste is echter alleen zo als het de werkgever is die de arbeidsovereenkomst wil opzeggen. Komt het initiatief tot beëindiging van de werknemer zelf, zoals in het Flextronics-arrest het geval was, dan heeft hij meer belang bij verkorting van zijn eigen termijn en schiet hij met een verlenging van die voor de werkgever weinig op. Het perspectief van de werknemersbescherming dwingt dus niet per se in de ene of de andere richting en rechtvaardigt dus ook niet een verschil in benadering tussen de Centrale Raad van Beroep en de Hoge Raad. De Centrale Raad van Beroep motiveert zijn uitspraak overigens ook niet met een beroep op het belang van de werknemer, maar vanuit de rechtszekerheid. Het zou wat mij betreft niet zijn uit te leggen als in sociaalzekerheidsrechtelijke kwesties zou worden aangenomen dat het schriftelijkheidsvereiste uit artikel 7:672 lid 6 BW zich ook uitstrekt over de voor de werkgever geldende termijn en in civiele zaken zou worden aangenomen dat dit vereiste alleen betrekking zou hebben op de werknemerstermijn. Het lijkt mij daarom toe te juichen dat de Hoge Raad de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep van belang acht.

Op de valreep – in r.o. 3.3.6 – beantwoordt de Hoge Raad nog een tweetal andere vragen. Hij oordeelt (1) dat het niet schriftelijk vastleggen van de voor de werkgever geldende opzegtermijn leidt tot vernietigbaarheid van de contractuele regeling (en dus niet tot nietigheid) en (2) dat het gevolg daarvan is dat wordt teruggevallen op de wettelijke termijnen (en dus geen conversie plaatsvindt). Deze twee oordelen motiveert ons hoogste rechtscollege niet (expliciet). Het eerste oordeel laat zich evenwel verklaren door hetgeen de Hoge Raad in r.o. 3.3.4 overweegt: ‘Uit het vorenstaande blijkt, zoals het hof eveneens terecht heeft geoordeeld, dat met de in art. 7:672 lid 6 BW verplicht gestelde verlenging van de opzegtermijn

die geldt voor de werkgever, is beoogd de werknemer te beschermen.’ In dat geval dwingt artikel 3:40 lid 2 BW tot de sanctie van vernietigbaarheid. Dit oordeel van de Hoge Raad lijkt mij dan ook juist.

Dat geldt ook voor het oordeel dat een vernietiging van het opzegbeding leidt tot een terugval op het wettelijk systeem en dat geen sprake is van conversie in een geldige contractuele afwijking. Een dergelijke conversie zal gebaseerd moeten zijn op artikel 3:42 BW. In de literatuur is wel gesteld dat conversie niet mogelijk zou zijn, omdat artikel 3:42 BW dat alleen toestaat voor *nietige* rechtshandelingen (Beltzer 2004; Willems 2012; en Asser/Heerma van Voss 7-V 2012/366). Dat standpunt berust evenwel op een te letterlijke lezing van artikel 3:42 BW. Ook een vernietigde rechtshandeling komt voor conversie in aanmerking (HR 10 december 2010, *NJ* 2010/669). Er doet zich op dit punt evenwel een ander probleem voor. Voor conversie is ingevolge artikel 3:42 BW vereist dat de nietige of vernietigde rechtshandeling in een zodanige mate beantwoordt aan die van een andere, als geldig aan te merken rechtshandeling, dat aangenomen moet worden dat die andere rechtshandeling zou zijn verricht, indien van de eerstgenoemde wegens haar ongeldigheid was afgezien. Hierbij gaat het niet zozeer om wat men subjectief zou hebben verklaard, maar om hetgeen objectief omtrent de inhoud en de strekking van de vervangende rechtshandeling moet worden aangenomen (HR 22 november 2002, *NJ* 2003/34). Bij een ongeldig opzegbeding is niet aan dit criterium voldaan. Het is immers moeilijk (objectief) vast te stellen of partijen, ingeval zij wisten van de ongeldigheid van hun afspraak, zouden hebben afgezien een verlengde opzegtermijn voor de werknemer dan wel voor de werkgever een dubbele opzegtermijn zouden zijn overeengekomen (evenzo Van der Voet in haar noot bij Hof 's-Hertogenbosch 5 juni 2012, *JAR* 2012/185).

Een terugval op de wettelijke termijnen doet volgens mij ook het beste recht aan de strekking van artikel 7:672 lid 6 BW om de werkgever ‘af te remmen’ bij het bedingen van een al te lange opzegtermijn voor de werknemer. De strekking is derhalve de werknemer die wil opzeggen te beschermen. Daarmee strookt het dat de werknemer middels een vernietiging onder een onjuist verlengde opzegtermijn uit kan komen, om de arbeidsovereenkomst vervolgens met inachtneming van de wettelijke termijn van één maand op te zeggen.

Het arrest van de Hoge Raad heeft betrekking op situatie b. Ik meen evenwel dat met het arrest tevens duidelijkheid is gecreëerd voor situatie a. Nu vaststaat dat de schriftelijkheidseis uit artikel 7:672 lid 6 BW ook geldt voor de door de werkgever in acht te nemen opzegtermijn, zie ik geen principieel verschil meer tussen beide situaties. In beide gevallen is duidelijk dat de contractuele regeling met artikel 7:672 lid 6 BW in strijd is en rijzen dezelfde twee vragen: (1) is een dergelijke regeling nietig of vernietigbaar en (2) wat is het gevolg van de nietigheid dan wel vernietigbaarheid? Het feit dat de strijdigheid de ene keer bestaat uit het ontbreken

van schriftelijkheid en de andere keer uit een onjuiste lengte van de voor de werkgever geldende opzegtermijn doet mijns inziens niet ter zake. Dat verschil kan er niet toe leiden dat het antwoord op voormelde twee vragen in situatie a anders luidt dan in situatie b. Ook in situatie a is de strekking van artikel 7:672 lid 6 BW immers bescherming van de werknemer en dwingt artikel 3:40 lid 2 BW dus tot de sanctie van vernietigbaarheid. Daarnaast geldt in situatie a net zo goed als in situatie b – zo niet in sterkere mate – dat niet kan worden vastgesteld wat partijen zouden zijn overeengekomen als zij hadden geweten van de ongeldigheid van hun afspraak: zouden zij dan hebben gekozen voor een kortere termijn voor de werknemer of juist voor een langere termijn voor de werkgever? Deze onzekerheid maakt dat conversie ex artikel 3:42 BW niet mogelijk is.

Deze uitkomst strookt met de rechtspraak van de Centrale Raad van Beroep. In een geval waarin zowel voor de werkgever als voor de werknemer een opzegtermijn van zes maanden was overeengekomen, oordeelde de Centrale Raad van Beroep dat de fictieve opzegtermijn werd bepaald door de wettelijke opzegtermijnen. Aangezien het dienstverband in die zaak zes jaar had geduurd, bedroeg de fictieve opzegtermijn, na aftrek van de forfaitaire maand voor het doorlopen van de ontslagvergunningsprocedure, één maand (CRvB 15 januari 2003, RSV 2003/103).

6. Slot

Na meer dan vijftien jaar bestaat er eindelijk duidelijkheid over de uitleg van artikel 7:672 lid 6 BW. Indien de werkgever de werknemer wil binden aan een langere opzegtermijn dan op grond van de wet zou gelden, zal hij zich – afgezien van een eventuele cao – schriftelijk moet vastleggen op een eigen opzegtermijn die ten minste het dubbele bedraagt. Doet de werkgever dit niet – door geen enkele dan wel een te korte termijn voor zichzelf overeen te komen – dan is de contractuele opzegregeling vernietigbaar en geldt in plaats daarvan het wettelijk regime. Voor de werknemer betekent dit dat hij bij opzegging van de arbeidsovereenkomst kan volstaan met inachtneming van een termijn van één maand.

De door de werkgever in acht te nemen opzegtermijn is afhankelijk van de aan de orde zijnde situatie. In situatie b is dit steeds, ongeacht of het opzegbeding wordt vernietigd of in stand blijft, de wettelijke termijn. In situatie a geldt voor de werkgever daarentegen in principe de contractueel bedongen termijn, tenzij de werknemer besluit het opzegbeding te vernietigen. In het laatste geval wordt teruggevallen op het wettelijk systeem. In situatie a ligt de regie dus bij de werknemer: is de contractuele opzegtermijn voor hem gunstiger, dan laat hij deze in stand; is de wettelijke termijn voor hem gunstiger, dan vernietigt hij het opzegbeding.

RECHTSPRAAK

ondernemingsraad van de Provincie Zuid-Holland/Provincie Zuid-Holland

Gefaseerde besluitvorming mag effectief gebruik van de WOR niet aantasten. Personele gevolgen onvoldoende belicht. Adviesrecht geschonden.

Groenservice Zuid-Holland (GZH) is een onderdeel van de ambtelijke organisatie van de provincie. Bij GZH zijn (volgens de situatie in januari 2015) 124 personen, zijnde 117 fte werkzaam. In april 2011 heeft de provincie het Hoofdlijnenakkoord 2011-2015 vastgesteld. In dit akkoord staat onder meer dat het beheer van recreatiegebieden efficiënter kan worden georganiseerd en dat GZH wordt verzelfstandigd. Op 14 mei 2014 heeft de provincie aan de ondernemingsraad advies gevraagd over het concept 'Inpassingsplan voor GZH-taken en functies in opdracht van PZH'. In dit plan (hierna: het Inpassingsplan) staat onder meer dat bestuurlijk is besloten dat er een splitsing moet worden gemaakt in de taken die GZH uitvoert. Het Inpassingsplan betreft de wijziging van de inrichting van de provinciale organisatie ten aanzien van werkzaamheden die GZH momenteel in opdracht van de provincie uitvoert. Beleids- en projectmatige taken, adviestaken en het beheer van provinciale recreatiegebieden zullen bij GZH worden weggehaald en bij andere onderdelen van de provincie worden ondergebracht (zoals Water en Groen, Ruimte, Wonen en Bodem). De te plaatsen medewerkers gaan functioneel deel uitmaken van de taakteams binnen (onder andere) de afdeling Water en Groen. De ondernemingsraad heeft aan zijn verzoek ten grondslag gelegd dat de provincie bij afweging van alle betrokken belangen in redelijkheid niet heeft kunnen komen tot de besluiten tot vaststellen van het Inpassingsplan en het Inrichtingsplan, beide van 14 november 2014. Hij heeft daartoe gesteld dat (1) onduidelijk is waarom een 'knip' wordt voorgesteld tussen de werkzaamheden voor de schappen en de werkzaamheden voor de provincie omdat voorheen steeds werd uitgegaan van een verzelfstandiging van GZH in zijn totaliteit, (2) de provincie vooruitloopt op de politieke besluitvorming over de verzelfstandiging van GZH waardoor onvoldoende duidelijk is wat het draagvlak is voor de nieuwe bestuurlijke organisatie bij de bestuurlijke partners in de schapsbesturen; hierdoor wordt GZH kwetsbaar in termen van levensvatbaarheid en in bedrijfsmatige en financiële zin,

(3) de onderbouwing voor het maken van de knippen in de besluitvorming ontbreekt, (4) de gevolgen voor het personeel van GZH in de gescheiden adviesaanvragen niet (in zijn totaliteit) in kaart zijn gebracht, (5) op taakniveau de verbinding ontbreekt tussen de bestaande organisatie en de nieuwe organisatie, (6) de ondernemingsraad niet de informatie heeft gekregen waarom hij heeft verzocht, en, (7) onvoldoende concreet is gemaakt wat de besluiten inhouden, waardoor de ondernemingsraad geen wezenlijke invloed op de besluiten heeft kunnen uitoefenen.

De Ondernemingskamer oordeelt als volgt. Het is aan de ondernemer keuzes te maken en een eventuele knip aan te brengen. Iets anders is of de wijze waarop de provincie deze knip heeft vormgegeven in het Inpassingsplan en in het Inrichtingsplan de toets der redelijkheid als bedoeld in artikel 25 WOR kan doorstaan. Naar het oordeel van de Ondernemingskamer bieden de argumenten die de provincie heeft aangevoerd, ieder voor zich en in onderlinge samenhang bezien, onvoldoende inzicht in de keuze die de provincie heeft gemaakt voor de wijze waarop GZH zal worden ingericht. Met de ondernemingsraad stelt de Ondernemingskamer vast dat een afdoende motivering in het Inrichtingsplan ontbreekt om de splitsing van GZH (als opmaat voor de verzelfstandiging) de voorgestelde vorm te geven. Dat hangt samen met het ontbreken van een duidelijke toekomstvisie die aan het besluit tot inrichting van GZH nieuwe stijl ten grondslag is gelegd. Dit klemmt, nu reeds ten tijde van de adviesprocedure voor de provincie duidelijk was dat een aantal gemeenten zich niet op voorhand achter de verzelfstandiging van GZH willen scharen, hetgeen op zijn minst tot een nadere toelichting in de adviesaanvraag had moeten leiden, te meer daar de ondernemingsraad aandacht had gevraagd voor de relatie tussen splitsing en verzelfstandiging. Het standpunt van de provincie dat beide besluiten voor een belangrijk deel losstaan van bestuurlijke ontwikkelingen die de uiteindelijke vorm van een verzelfstandigde GZH bepalen en dat besluitvorming daarover niet tot de competentie behoort van A, volstaat in dit verband niet. In ieder geval had van de provincie verwacht kunnen worden nader in te gaan op het door de ondernemingsraad gesignaleerde gevaar dat GZH nieuwe stijl een kwetsbare organisatie is met vraagtekens omtrent de levensvatbaarheid, mede omdat op de politieke besluitvorming over verzelfstandiging vooruit wordt gelopen. Dit alles leidt tot de conclusie dat de provincie in de motivering van het Inrichtingsplan te kort is geschoten. De provincie heeft op die grond niet in redelijkheid kunnen komen tot het Inrichtingsplan en gelet op de samenhang tussen de besluiten, evenmin tot het Inpassingsplan. Alleen al hierom zullen de verzoeken worden toegewezen. Daarnaast overweegt de Ondernemingskamer het volgende. Ten aanzien van het door de ondernemingsraad naar voren gebrachte bezwaar dat de gevolgen voor het personeel in zijn totaliteit niet in kaart zijn gebracht, heeft de provincie zich erop beroepen dat dit op zichzelf juist is, maar dat dit inherent is aan een gefaseerde besluitvorming zoals die ook bij voorgaande reorganisaties is verlopen, waarbij steeds eerst

een inrichtingsplan aan de ondernemingsraad ter advisering is voorgelegd, gevolgd door een personeelsplan, waarin de personele gevolgen worden geregeld. De ondernemingsraad heeft zich bij voorgaande reorganisaties steeds gecommitteerd aan een gefaseerde besluitvorming. Niet valt in te zien waarom de ondernemingsraad bij de onderhavige besluitvorming bezwaar maakt tegen de gang van zaken, aldus de provincie. De Ondernemingskamer overweegt als volgt. De ondernemingsraad heeft aannemelijk gemaakt dat hij zich niet heeft gecommitteerd aan een gefaseerde besluitvorming ten aanzien van de onderhavige besluiten. Naar de provincie heeft erkend, is er geen concrete afspraak gemaakt tussen de ondernemingsraad en de provincie op basis waarvan de ondernemingsraad in deze procedure gebonden zou zijn aan een gefaseerde besluitvorming in die zin dat de ondernemingsraad zich daarop in het kader van de onderhavige procedure niet zou kunnen beroepen. Dat de ondernemingsraad bij eerdere reorganisaties geen bezwaar heeft gemaakt tegen een fasering, bindt hem derhalve niet in de onderhavige procedure. Evenmin zijn er feiten of omstandigheden gesteld door de provincie waaruit zou kunnen volgen dat de ondernemingsraad bij de provincie het vertrouwen zou hebben gewekt geen bezwaar te maken tegen fasering van de onderhavige besluitvorming. Eerder het tegendeel is gebleken uit de overgelegde stukken: de ondernemingsraad heeft zijn kritische kanttekeningen in de loop van de adviesprocedure steeds kenbaar gemaakt en zich erop beroepen dat de gevolgen voor het personeel in de voorgenomen besluiten niet inzichtelijk zijn gemaakt en dat een personeelsplan in een volgende fase niet volstaat. De conclusie luidt dat het de ondernemingsraad in deze procedure vrijstaat bezwaren tegen gefaseerde besluitvorming naar voren te brengen.

De provincie heeft ten onrechte nagelaten op deze bezwaren tijdens de adviesprocedure afdoende in te gaan. De provincie heeft zich tegen de bezwaren van de ondernemingsraad verweerd door te verwijzen naar de fase van het personeelsplan, waarin de gevolgen voor het personeel aan de orde zullen komen en waarover afzonderlijk advies zal worden gevraagd. Naar het oordeel van de Ondernemingskamer kan de provincie met deze verwijzing niet volstaan omdat die verwijzing voorbijgaat aan het fundamentele niveau van het bezwaar van de ondernemingsraad, welk bezwaar zich zowel uitstrekt over zowel de gefaseerde als over de gesplitste besluitvorming. In dat verband wijst de Ondernemingskamer erop dat de ondernemingsraad in de overlegvergadering van zowel 3 juli 2014 als 25 september 2014 gevraagd heeft om een 'was-wordt-tabel' en dat A in de laatste vergadering heeft toegezegd die tabel aan de ondernemingsraad te doen toekomen. Bij haar brief van 30 september 2014 heeft zij een – in deze procedure niet overgelegde – 'was-tabel' gevoegd. Het is de Ondernemingskamer niet duidelijk wat er in deze tabel staat. Dat de ondernemingsraad meer inzicht wilde hebben in de gevolgen voor het personeel in zijn totaliteit (en dus in beide besluiten) op taakniveau, moet A duidelijk zijn geweest. Naar het oordeel van de Ondernemingskamer heeft zij dat inzicht niet verstrekt, ook niet in haar brief van 30

september 2014, waarin zij onvoldoende concreet is ingegaan op het verzoek om informatie van de ondernemingsraad, welk verzoek erop gericht was om huidige taken te kunnen vergelijken met toekomstige taken, zoals neergelegd in de besluiten. Nu de ondernemingsraad niet de – noodzakelijke – informatie heeft gekregen waarom zij heeft verzocht en diensgevolge de gevolgen van het besluit ten aanzien van het verband tussen huidige en toekomstige taken onvoldoende inzichtelijk zijn gemaakt, heeft de provincie niet in redelijkheid kunnen komen tot beide besluiten. Ook dit is een zelfstandige grond voor toewijzing van de verzoeken.

Weliswaar heeft A in de reeds eerder genoemde brief van 30 september 2014 geschreven dat er een reductie is van ruim 40 fte ten opzichte van de 158,75 formatieplaatsen die nog formeel in de boeken staan, maar zij heeft niet nader toegelicht waar in de bestaande organisatie op taakniveau deze reductie zal worden gerealiseerd. Met het vaststellen van het Inpassingsplan en het Inrichtingsplan zijn ten aanzien van het personeel in dit opzicht onomkeerbare besluiten genomen, die in het personeelsplan tot uitgangspunt zullen dienen. Ten aanzien van de reductie van 40 fte heeft de ondernemingsraad onvoldoende invloed kunnen uitoefenen door een gebrek aan informatie. Daarmee heeft de provincie zich onvoldoende gericht op het voorschrift van artikel 25 lid 3 WOR, welk artikel voorschrijft dat aan de ondernemingsraad een overzicht wordt verstrekt van de gevolgen die het besluit naar te verwachten valt voor de in de onderneming werkzame personen zal hebben. Een verwijzing naar het personeelsplan en Sociaal Convenant heft dit gebrek in de besluitvorming niet op. Ook hier luidt de conclusie dat de provincie na afweging van alle betrokken belangen niet in redelijkheid heeft kunnen komen tot (de vaststelling van) het Inpassingsplan en het Inrichtingsplan en dat de verzoeken ook hierom toewijsbaar zijn.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 16-04-2015

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2015:1451

Zaaknummer: 200.161.283/01 OK

Wetsartikelen: 25 WOR

RECHTSPRAAK

Nestinox BV/werknemer

***Belang handhaving concurrentiebeding in tijdelijk contract
bescherming bedrijfsdebiët tegen gebruik werknemer van essentiële
kennis van bijvoorbeeld marges en klanten. Geen reflexwerking Wwz
wegens strijd met rechtszekerheid.***

Werknemer (geboren 1963) is met ingang van 2 januari 2012 op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd voor de duur van een jaar in dienst getreden van Nestinox in de functie van verkoopmedewerker binnendienst tegen een brutomaandsalaris van € 2.863,30 exclusief emolumenten. Deze arbeidsovereenkomst is voortgezet van 2 januari 2013 tot 1 januari 2014 en van 2 januari 2014 tot 1 januari 2015. Op deze arbeidsovereenkomst is een concurrentiebeding van toepassing. Werknemer heeft Nestinox verzocht hem te ontslaan van het concurrentiebeding. Dit heeft Nestinox geweigerd. De kantonrechter heeft het beding geschorst, omdat Nestinox onvoldoende belang bij handhaving van het beding zou hebben.

Het hof oordeelt als volgt. Het hof is voorshands van oordeel dat de belangen van Nestinox met name gelegen zijn in de bescherming van haar concurrentiepositie in de branche waarin zij werkzaam is. Nestinox heeft er een gerechtvaardigd belang bij dat werknemer niet door de kennis van haar werkwijze, haar klanten en overige bedrijfsgeheimen zichzelf een positie verschaft waarbij sprake is van ongerechtvaardigd voordeel in het concurrerend handelen. Volgens vaste rechtspraak ligt daarbij niet zozeer de nadruk op de door de werknemer tijdens het dienstverband door eigen toedoen verworven kennis en vaardigheden, maar veeleer op de inbreng van de werkgever om de werknemer in staat te stellen de overeengekomen werkzaamheden zo goed mogelijk te laten verrichten. Het rechtens te respecteren belang van een werkgever is daarom niet het tegengaan van concurrentie in het algemeen, maar het voorkomen dat een ex-werknemer met gebruikmaking van de kennis van de onderneming van de ex-werkgever, die hij zonder de werkzaamheden voor die onderneming niet zou hebben, zijn vorige werkgever rechtstreeks concurrentie zou kunnen aandoen en daarmee zichzelf of een derde (nieuwe werkgever) een ongerechtvaardigde voorsprong in concurrerend handelen zou kunnen bezorgen. Werknemer heeft weliswaar betwist dat hij

over essentiële bedrijfsinformatie beschikt, maar het hof acht voorshands voldoende aannemelijk dat dit wel het geval is. Het hof komt tot dat voorshandse oordeel, omdat werknemer onvoldoende heeft betwist hetgeen zijn functie bij Nestinox inhield. Nestinox heeft in haar toelichting op de grief gesteld waaruit de werkzaamheden van werknemer voornamelijk bestonden. Die omschrijving lijkt in overeenstemming met de functieomschrijving behorende bij de arbeidsovereenkomst. Uit die stellingen en uit die bijlage leidt het hof voorshands af dat werknemer zich bezighield met relatiebeheer, offertes, orders, acquisitie en dat hij samenwerkte met verkopers. Het hof acht voorshands voldoende aannemelijk dat dergelijke taken niet uitvoerbaar zijn zonder essentiële kennis van bijvoorbeeld marges en klanten. Anders dan werknemer heeft gesteld, is het hof dus voorshands van oordeel dat Nestinox een belang heeft bij handhaving van het concurrentiebeding. Het enkele feit dat het werknemer niet lukt ander werk te vinden, leidt niet zonder meer tot de conclusie dat dit zijn oorzaak vindt in het concurrentiebeding. Het hof kan uit de stellingen van werknemer voorshands niet afleiden dat hij slechts een reële kans heeft om een andere baan te vinden bij een groothandel in roestvrijstalen bevestigingsmaterialen. Anders dan werknemer heeft betoogd, ziet het hof voorshands geen aanleiding om vooruit te lopen op het als gevolg van de Wet werk en zekerheid per 1 januari 2015 nieuwe artikel 7:653 lid 1 en lid 2 BW. Dat zou in strijd zijn met de rechtszekerheid. Er is evenmin aanleiding tot het toekennen van een billijke vergoeding (art. 7:653 lid 4 oud BW).

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 26-05-2015

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2015:1910

Zaaknummer: HD 200.165.563/01

Rechters: M. van Ham, J.P. de Haan en R.J.M. Cremers

Advocaten: L.P.M. van Erp en K. Zeylmaker

Wetsartikelen: 7:653 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Kinderopvang X

Rechtsvermoeden arbeidsomvang (art. 7:610b BW) en min/max-contracten: werkgever (Kinderopvang) heeft rechtsvermoeden voldoende weerlegd.

In 2007 is werkneemster (29 jaar) als groepsleider voor- en naschoolse opvang in dienst getreden van X. In de arbeidsovereenkomst is bepaald dat zij een parttime dienstverband heeft van 29-38 uur per week. Op deze arbeidsovereenkomst is de CAO Kinderopvang van toepassing. Nadat haar uren bij het nieuwe rooster (opnieuw) waren geminderd, stelt werkneemster zich op het standpunt dat haar een beroep op artikel 7:610b BW toekomt. Naar het voorlopig oordeel van de kantonrechter heeft X het rechtsvermoeden van artikel 7:610b BW weerlegd doordat in de arbeidsovereenkomst met werkneemster een minimum en een maximum van de arbeidstijd is overeengekomen en dat bij de uitvoering van de arbeidsovereenkomst partijen van die regeling niet zijn afgeweken. De kantonrechter voegt daaraan toe dat de CAO Kinderopvang een min/max-overeenkomst en een jaarurensystematiek mogelijk maakt.

Het hof oordeelt als volgt. Het hof stelt voorop dat partijen in artikel 3 van de schriftelijke arbeidsovereenkomst zijn overeengekomen een parttime dienstverband van 29 tot 38 uur per week, waarbij de werktijden in overleg worden verdeeld en over 5 dagen verspreid. Daarmee is sprake van een zogenaamde min/max-arbeidsovereenkomst. Dat is een flexibele arbeidsovereenkomst waarbij de werknemer in ieder geval recht heeft op het loon over het minimumaantal overeengekomen uren (garantie-uren) en de werknemer verplicht is gehoor te geven aan de oproep van de werkgever voor uren boven het minimum (vgl. Hof Den Haag 29 oktober 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:3943). Artikel 3 lid 4 van de CAO Kinderopvang staat een min/max-overeenkomst toe voor zover het verschil tussen het minimum- en het maximumaantal uren niet meer dan 60 uur per maand bedraagt. Tussen partijen is niet in geschil dat de arbeidsovereenkomst tussen partijen aan die eis voldoet. Het hof is van oordeel dat in het kader van een min/max-overeenkomst het niet zozeer gaat om het gemiddeld aantal uren te bepalen, maar om in het kader van de rechtsverhouding tussen partijen en de wijze waarop zij daaraan uitvoering hebben gegeven het structureel minimum- (en eventueel

maximum)aantal uren vast te stellen. In dit geval is in de min/max-overeenkomst met een minimum van 29 uur en een maximum van 38 uur per week de omvang van de arbeid eenduidig overeengekomen, zodat het geschil zich toespitst op de vraag of de feitelijke omvang van de arbeid zich structureel op een hoger niveau bevindt dan de oorspronkelijk overeengekomen minimumarbeidsduur. X heeft aangegeven dat werkneemster steeds conform afspraak is ingeroosterd en piekwerkzaamheden deed. Voorts heeft X een groot belang bij een flexibele arbeidsovereenkomst met haar werknemers. De Wet op de kinderopvang en kwaliteitseisen peuterspeelzalen en de daarop gebaseerde regelingen en besluiten verlangen een verhouding tussen het aantal beroepskrachten en het aantal kinderen dat feitelijk gelijktijdig in een groep aanwezig is. Het aantal kinderen kan in de voor- en naschoolse opvang per week/maand sterk variëren. Zo kunnen er kinderen gedurende het jaar erbij komen of door bijvoorbeeld verhuizing afvallen. Het hof is voorshands van oordeel dat X met de gegeven toelichting en de daaraan ten grondslag gelegde stukken het rechtsvermoeden dat werkneemster (ten minste) 36,4 uur per week werkt toereikend heeft weerlegd. Werkneemster heeft voorts onvoldoende aannemelijk gemaakt dat in het kader van de min/max-overeenkomst het minimumaantal uren op ten minste 36,4 uur dient te worden gesteld en zij op die uren uitbetaald dient te krijgen.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 26-05-2015

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2015:3760

Zaaknummer: 200.161.188-01

Advocaten: M. van der Chijs en M.H.J. Miltenburg

Wetsartikelen: 7:610b BW, CAO Kinderopvang en Wet op de kinderopvang

RECHTSPRAAK

Design Anyway/Stichting Pensioenfonds Metaal en Techniek c.s.

Boete wegens te late betaling pensioenfonds blijft verschuldigd ook al heeft werkgever aanvankelijk te veel betaald. Appelgrens.

Design Anyway heeft aan diverse fondsen te laat de verschuldigde premies betaald. Aan PMT heeft zij aanvankelijk een verkeerd bedrag (te hoog) betaald. Een van de vragen die partijen verdeeld houdt, is of Design Anyway gehouden is de boete over te late betaling te voldoen ook al heeft zij uiteindelijk te veel betaald.

Het hof oordeelt als volgt. OOM en SFM hebben terecht betoogd dat Design Anyway niet ontvankelijk is in haar hoger beroep van het vonnis voor zover het betrekking heeft op haar veroordeling jegens hen, nu het bedrag van de vorderingen waarover de kantonrechter had te oordelen niet meer beloopt dan € 1.750. De vordering van PMT mag niet daarbij worden opgeteld, nu de in lid 2 van artikel 332 Rv genoemde uitzondering slechts ziet op een optelsom van vorderingen ‘tussen dezelfde partijen’.

Kern van het geschil is de vraag of de door PMT in rekening gebrachte boete door Design Anyway verschuldigd is. Volgens Design Anyway heeft PMT over 2011 en 2012 ten onrechte een boete in stand gelaten over een kwijtscholden vordering. PMT erkent dat zij een boete heeft berekend, die zij ondanks de hiervoor genoemde creditering niet ongedaan heeft gemaakt. Daartoe heeft zij verwezen naar hetgeen in het uitvoeringsreglement daarover is bepaald. Op grond van de door Design Anyway verstrekte inlichtingen heeft PMT de premies vastgesteld. Deze premienota bleek op een later moment te hoog te zijn, omdat de door Design Anyway verstrekte gegevens niet juist waren. Volgens Design Anyway is het niet juist dat PMT ook in zo'n geval een boete oplegt, althans zou die boete gecorrigeerd moeten worden, omdat later is gebleken dat de nota te hoog was. Daarbij heeft Design Anyway benadrukt dat het niet ging om de situatie dat te weinig premie in rekening was gebracht, maar dat het ging om te veel in rekening gebrachte premie. Een boete kan niet zijn bedoeld om betaald te worden over premie die niet verschuldigd is, aldus Design Anyway. Het hof verwerpt dit betoog van Design Anyway. Zoals Design Anyway zelf heeft aangevoerd is de boete bedoeld om te dienen als

prikkel voor zowel het tijdig doorgeven van de juiste gegevens, als tot een tijdige betaling van de premies. Design Anyway heeft het een noch het ander gedaan, althans daarvan dient in dit geding te worden uitgegaan zoals hiervoor is overwogen. Vast staat dat de premienota tot stand is gekomen op basis van de door Design Anyway verstrekte gegevens die onjuist waren. Het is de verantwoordelijkheid en daarmee ook het risico van Design Anyway om tijdig de juiste gegevens te verstrekken. Tevens staat vast dat Design Anyway de premienota niet tijdig heeft betaald. Ter gelegenheid van het pleidooi heeft Design Anyway erkend dat in 2012 en aanvang 2013 een achterstand bestond in de betalingsverplichtingen. Daarbij komt dat Design Anyway eenvoudig had kunnen voorkomen dat een boete werd geheven door tijdig (de onjuiste nota) te betalen, omdat PMT crediteert wanneer blijkt dat een wijziging dient plaats te vinden in de premienota vanwege een onjuiste informatieverstrekking.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 26-05-2015

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2015:1856

Zaaknummer: HD 200.155.289/01

Rechters: M. van Ham, A.W. Rutten en Y.L.L.A.M. Delfos-Roy

Advocaten: R.W.J.L. Loonen en A.M. van Heest

Wetsartikelen: Bedrijfstakpensioenfonds Metaal en Techniek en 332 Rv

RECHTSPRAAK

werknemer/Het Parool BV

Dreiging werkgever met aangifte bij criminele inlichtingendienst in vaststellingsovereenkomst met werknemer leidt niet tot aantasting in de persoon wegens ontbreken van schade.

Werknemer is op 18 december 1978 in dienst getreden van Het Parool en was daar laatstelijk werkzaam als accountmanager op de advertentieafdeling. Op 20 juni 2011 is werknemer wegens arbeidsongeschiktheid uitgevallen. Gedurende de ziekteperiode van werknemer heeft De Persgroep Nederland B.V. (hierna: De Persgroep), waar Het Parool deel van uitmaakt, een anonieme brief, gedateerd 2 december 2011, ontvangen, waarin werknemer wordt beschuldigd van onder meer bedreiging, het uitbuiten van zwakke en/of zieke mensen, drugssmokkel, mensensmokkel en het uitbaten van prostituees. Naar aanleiding van de inhoud van deze anonieme brief heeft De Persgroep Hoffmann Bedrijfsrecherche ingeschakeld om werknemer te observeren. Uit de rapportage van Hoffmann Bedrijfsrecherche bleek dat werknemer over een bordeelvergunning voor een pand aan de Amsterdamse Wallen beschikt. De Persgroep heeft vervolgens een beëindigingsovereenkomst in de vorm van een vaststellingsovereenkomst aangeboden met onmiddellijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst. In de vaststellingsovereenkomst wordt opgemerkt dat indien werknemer deze niet tekent, De Persgroep zich genoodzaakt ziet naar de kantonrechter te gaan en alle informatie waarover zij beschikt aan de criminele inlichtingendienst (CID) te overhandigen. Uiteindelijk is de arbeidsovereenkomst middels ontbinding (€ 36.939) geëindigd. Werknemer vordert thans immateriële schadevergoeding omdat hij zich bedreigd voelde door de overweging van het CID in de vaststellingsovereenkomst.

Het hof oordeelt als volgt. Voor ligt de vraag of er door voornoemd handelen van Het Parool bij werknemer sprake is (geweest) van een aantasting in de persoon in de zin van artikel 6:106 lid 1 BW. Uitgangspunt voor een zodanige aantasting is dat de benadeelde geestelijk letsel heeft opgelopen, tenzij de bijzondere ernst van de normschending en de gevolgen daarvan voor het slachtoffer een uitzondering rechtvaardigen. Om van geestelijk letsel te kunnen spreken is niet voldoende dat sprake is van meer of minder psychisch onbehagen of een zich gekwetst voelen. Werknemer heeft ten aanzien hiervan niet of nauwelijks iets gesteld anders dan dat hij

zich gechanteerd en psychisch bedreigd voelde, omdat hij in onzekerheid verkeerde, nu hij de gegevens niet kende waarover Het Parool stelde te beschikken en die mogelijk zouden kunnen leiden tot vervolging en gevangenisstraf. Dat is echter onvoldoende om te kunnen spreken van een aantasting in de persoon als bedoeld in artikel 6:106 lid 1 BW. Van een uitzondering in de hiervoor genoemde zin op grond van de bijzondere ernst van de normschending en de gevolgen daarvan voor werknemer is niets gesteld of gebleken.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 26-05-2015

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2015:2047

Zaaknummer: 200.161.285/01

Rechters: M.A. Goslings, C.M. Aarts en A.M.A. Verscheure

Advocaten: B.F. Eblé en J. Schulp

Wetsartikelen: 6:106 BW en 3:303 BW

RECHTSPRAAK

werknemers en FNV Bondgenoten/BBA Tours BV

***Uitleg CAO Besloten Busvervoer: valt shuttlevervoer onder pendelvervoer (categorie B) of groepsvervoer (categorie C)?
Compensatierustdagen prevaleren niet boven andere verlofdagen.***

Nadat er een verschil van mening was ontstaan over de uitleg van enige bepalingen uit de CAO Besloten Busvervoer, hebben FNV Bondgenoten enerzijds en BBA anderzijds op 16 januari 2008 ten overstaan van de kantonrechter in de Rechtbank Breda, zittingsplaats Tilburg, een vaststellingsovereenkomst gesloten ter beslechting van hun geschil. Dat geschil had, kort gezegd, betrekking op de vraag of het zogenaamde shuttlevervoer tussen airport enerzijds en plaats 1 anderzijds moest worden aangemerkt als toerwagenritten/ongeregeld vervoer/pendelvervoer in de zin van artikel 21 onder B van de cao 2006 dan wel als groepsvervoer en openbaar vervoer in de zin van artikel 21 onder C van de cao 2006. In de vaststellingsovereenkomst is overeengekomen dat chauffeurs die ritten uitvoeren in het kader van dit shuttlevervoer, worden betaald overeenkomstig het bepaalde in laatstgenoemd artikel onder C. Nadien is opnieuw een geschil gerezen of ander 'shuttlevervoer' ook onder C van de opvolgende cao's moest vallen. De werknemers menen van wel, terwijl BBA zich op het standpunt stelt dat de vaststellingsovereenkomst hier geen uitsluitsel over heeft gegeven.

Het hof oordeelt als volgt. Vast staat dat het begrip shuttlevervoer niet is gedefinieerd in de betreffende cao, terwijl dat evenmin uit de toelichting bij de cao valt af te leiden. Volgens Van Dale wordt aan dat woord de Nederlandse betekenis van pendeldienst toegekend. In de cao 2004 (artikel 2 onder n) en de cao 2006 (artikel 2 onder o) wordt het begrip pendelvervoer omschreven als 'vervoer van vooraf in groepen samengebrachte reizigers van dezelfde plaats van vertrek naar dezelfde plaats van bestemming door verscheidene heen- en terugreizen. Overal waar pendelvoer wordt genoemd wordt dit geacht internationaal lijndienstvervoer te omvatten'. Ingevolge artikel 21 onder A van diezelfde cao bedraagt de arbeidstijd van de rijdende werknemers bij toerwagenritten/ongeregeld vervoer én pendelvervoer 5/6 van de dienstdtijd, terwijl dat ingevolge artikel 21 onder B van de cao bij de rijdende werknemers in geval van groepsvervoer en openbaar vervoer 6/6 van de dienstdtijd bedraagt. Aldus lijkt het erop dat bij min of meer ongeregeld vervoer, daaronder mede begrepen internationale

lijndiensten, de werkelijke arbeidstijd kan afwijken van de dienstdtijd, terwijl bij min of meer geregeld vervoer de arbeidstijd overeenkomt met de dienstdtijd. Een vluchtige blik op internet (site van Airexpressbus) leert slechts dat er kennelijk vaste tijden van aankomst en vertrek worden gehanteerd en dat geldt eveneens voor de diverse tussenstops onderweg. In die zin lijkt er geen onderscheid te bestaan tussen de verbinding airport en Schiphol enerzijds en vliegveld en plaats 1 anderzijds anders dan dat vliegveld evident niet in Nederland ligt. In de stukken valt echter ook te lezen dat er kennelijk gewacht wordt op vertraagde vluchten, maar dat verdraagt zich weer niet met een vast schema van vertrek en aankomst. Volgt aanhouding van de zaak voor nadere bewijsvoering.

Compensatiedagen. Naar het oordeel van het hof ziet het inverdiene van compensatierustdagen uitsluitend op de betreffende betalingsperiode, maar is het vervolgens aan de werkgever om te bepalen wanneer deze compensatierustdagen zullen worden genoten. Dat leidt er echter niet toe dat deze compensatierustdagen daarbij door de werkgever in mindering kunnen of mogen worden gebracht op andere niet-werkdagen in een volgende betalingsperiode en dus als eerste zouden moeten worden opgenomen/genoten door de werknemer vooraleer wordt toegekomen aan het genieten van die andere niet-werkdagen. In het andere geval zou immers de vrije (niet-werk)dag telkens in wezen een ander karakter krijgen dan waarvoor bedoeld. Het hof laat dan nog maar buiten beschouwing dat bijvoorbeeld bij het opnemen van vakantie het primaat bij de werknemer ligt, terwijl dat in geval van een compensatierustdag nu eenmaal niet het geval is. Het staat kortom BBA niet vrij om compensatierustdagen aan te wijzen op andere niet-werkdagen, ongeacht wat de aard van die dag overigens ook zij.

Op de individuele arbeidsovereenkomsten van werknemers (die niet zijn overgelegd) is kennelijk een bedrijfsreglement van toepassing (verklaard). Volgens artikel 45 van de betreffende cao 2006 kunnen de verplichtingen van de werknemer conform de wet op de ondernemingsraden in een bedrijfsreglement worden geregeld. Appellanten stellen zich op het standpunt dat dit reglement geen gelding toekomt omdat het betreffende reglement niet tot stand gekomen is door bemoeienis van de ondernemingsraad nu deze bij BBA niet bestaat. Het hof kan in het midden laten of het betreffende bedrijfsreglement gelding tussen partijen heeft gelet op het volgende. De te beantwoorden vraag is immers of de appellanten hun recht om nabetaling van loon te vorderen hebben verspeeld door niet telkens tijdig te protesteren tegen de maandelijks ter beschikking gestelde salarisstroom. Naar het oordeel van het hof doet zich die situatie niet voor. Zelfs als wordt aangeknoopt bij de strekking van het bedrijfsreglement waarop BBA zich beroept, ziet dit in de eerste plaats op de vraag of de door de chauffeur gemaakte uren juist zijn vermeld en of die hoeveelheid uren ook als zodanig is verlood. Het ligt voor de hand dat in situaties waarin een verschil van inzicht bestaat omtrent

de gemaakte uren (arbeidstijd) tijdig door een chauffeur aan de bel wordt getrokken, maar dat ligt wezenlijk anders indien er geschillen bestaan over de vraag op welke wijze deze gemaakte uren dienen te worden verloond. Partijen verschillen kennelijk niet van mening over de vraag welke uren feitelijk al dan niet zijn gewerkt, maar slechts over de wijze waarop de cao-bepalingen hierop moeten worden toegepast. Tussen partijen, althans FNV Bondgenoten en BBA, bestaat al sedert jaren (in ieder geval vanaf 2007) de nodige discussie over de uitleg van een aantal van de cao-bepalingen. In dergelijke gevallen kan het uitblijven van (tijdige) reclame niet in de weg staan aan de normale toepassing van de verjaringstermijn voor hieruit voortvloeiende vorderingen. Het verweer van BBA dat werknemers niet tijdig hebben geklaagd, dient daarom te worden verworpen.

Voor het overige wordt de zaak aangehouden voor nadere bewijsvoering op nevenvorderingen.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 26-05-2015

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2015:1881

Zaaknummer: HD 200.091.685/02

Rechters: C.M. Aarts, M. van Ham en C.E.L.M. der Smeenk-van Weijden

Advocaten: M.J.M. Postma en R.H. Stam

Wetsartikelen: CAO Besloten Busvervoer

RECHTSPRAAK

werknemer/ICT B.V.

Geen kennelijk onredelijk ontslag 43-jarige projectmanager ICT met tien dienstjaren, ondanks ontbreken scholing. Brede opleiding van werknemer maakt schending scholingsplicht tot marginaal verwijt.

(Zie tussenvonnis ECLI:NL:GHSHE:2013:1379.) Werknemer is op 1 september 1999 in dienst getreden bij ICT B.V. op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Laatstelijk was hij, 40 uur per week, werkzaam als Senior Business Consultant tegen een brutosalaris van € 4.147,50 per maand. De arbeidsovereenkomst is met toestemming van het UWV tegen 1 mei 2011 opgezegd wegens bedrijfseconomische redenen. Volgens werknemer is sprake van een kennelijk onredelijk ontslag. Allereerst zou de bedrijfseconomische noodzaak ontbreken. Daarnaast zou ICT B.V. onvoldoende aan herplaatsing binnen en buiten de onderneming hebben gedaan. Ten slotte zou het gevolgcriterium zijn geschonden. De kantonrechter heeft de vordering afgewezen. Bij tussenarrest heeft het hof ICT B.V. in de gelegenheid gesteld de definitieve jaarcijfers over 2010 en 2011 te overleggen.

Het hof oordeelt als volgt. Uit de definitieve jaarcijfers blijkt dat in 2011 het gemiddeld aantal werknemers bij ICT B.V., vergeleken met 2010, is gedaald van 17,4 personen naar 14,2 en dat in 2010 aan lonen en salarissen een bedrag is uitgegeven van € 662.247, terwijl die post in 2011 € 545.856 bedraagt, zijnde € 116.391 lager. De opzegging in 2011 door ICT B.V. van het dienstverband met werknemer sluit aan bij deze cijfers. Er zijn aldus 3,2 formatieplaatsen komen te vervallen in 2011. De definitieve jaarcijfers 2009, 2010 en 2011 maken de noodzaak tot sanering evident en bevestigen dat ten tijde van de opzegging op 23 februari 2011 sprake was van zodanige ten tijde van het ontslag op 1 mei 2011 verwachte slechte bedrijfseconomische omstandigheden dat werknemer drastische kostenbesparende maatregelen wat betreft de personeelskosten diende te nemen. De getroffen maatregelen hebben ertoe geleid dat het definitieve nettoresultaat na belastingen in 2011 beduidend minder negatief was dan in de jaren 2009 en 2010. Van een valse reden is dan ook geen sprake. Nu de functie van werknemer 'uniek' was, is evenmin in strijd gehandeld met het afspiegelingsbeginsel.

Hoewel sprake is van bedrijfseconomische noodzaak tot het treffen van maatregelen, acht het hof van belang te onderzoeken of ontslag van werknemer ook gerechtvaardigd is. Nu alternatieven voor de kostenbesparing niet voorhanden zijn, is het ontslag gerechtvaardigd. Dat de directeuren van ICT B.V. zich (mede) hebben beziggehouden met het opstarten van nevenbedrijven betekent naar het oordeel van het hof nog niet dat zij (mede) hierdoor de slechte financiële situatie bij ICT B.V. zouden hebben veroorzaakt. Herplaatsing in een andere functie lag evenmin voor de hand nu werknemer als projectmanager projectmatig werkte.

Wel acht het hof onvoldoende scholingsinspanningen gepleegd door ICT B.V. Gezien de brede opleiding van werknemer, valt ICT B.V. niet te verwijten dat werknemer – wegens het gebrek aan scholing door ICT B.V. – niet herplaatsbaar was binnen de onderneming. Al met al kan naar het oordeel van het hof niet gezegd worden dat sprake is van zodanig tekortschieten in haar zorgplicht ten aanzien van interne en externe herplaatsing dat ICT B.V. zich in dat opzicht niet als goed werkgever zou hebben gedragen. Op grond van al het bovenstaande komt het hof, ook indien voorts worden meegewogen de omstandigheden dat werknemer een gezin heeft te onderhouden en een eigen woning heeft met de nodige hypotheeklasten, tot het oordeel dat niet sprake is van zodanig bijzondere omstandigheden dat het ontslag kennelijk onredelijk zou dienen te worden geacht.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 26-05-2015

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2015:1883

Zaaknummer: HD 200.104.208/01

Rechters: M.J.H.A. Venner-Lijten, A.P. Zweers-van Vollenhoven en R.R.M. De Moor

Advocaten: J.C.M. Bonnier en M.T. Kouwenhoven

Wetsartikelen: 7:681 BW

RECHTSPRAAK

Smart Carriers Services B.V./werknemer

Ontbinding wegens verstoorde arbeidsrelatie. Kort dienstverband. Eerder gedane toezeggingen worden door nieuwe beleidsbepalers niet nagekomen. Vergoeding vier maandsalarissen.

Werknemer is op 1 maart 2014 in dienst getreden van Smart Carrier Services. Afgesproken is dat werknemer in dienst zou treden als Chief Operations Officer (hierna COO). In de tussen partijen getekende arbeidsovereenkomst is opgenomen dat werknemer de positie van Business Development Director (hierna BDD) zal bekleden. Vanaf begin maart 2015 is werknemer niet langer actief voor Smart Carrier Services. Zijn salaris wordt doorbetaald. Smart Carriers Services verzoekt ontbinding van de arbeidsovereenkomst onder toekenning van een vergoeding van één maandsalaris. Smart Carriers Services stelt hiertoe dat werknemer in de functie BDD niet naar behoren heeft gefunctioneerd. Bij brief van 4 december 2014 heeft werknemer meegedeeld dat hij overleg wilde over een beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Sederdien heeft hij ook feitelijk niets meer gedaan. Onder die omstandigheden is er geen grond meer voor een vruchtbare samenwerking, aldus Smart Carrier Services. Werknemer verzoekt een vergoeding van € 160.000 bruto toe te kennen. Hij voert aan dat Smart Carrier Services zich schuldig heeft gemaakt aan slecht werkgeverschap. Zij heeft stelselmatig gemaakte afspraken niet nageleefd, is toezeggingen niet nagekomen en heeft niet gereageerd op vragen.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Nu er geen mogelijkheden meer zijn voor een vruchtbare voortzetting van de arbeidsovereenkomst, zal deze worden ontbonden. Ten aanzien van de vergoeding wordt het volgende overwogen. Aannemelijk is geworden dat werknemer door Smart Carrier Services actief is benaderd om bij haar in dienst te treden. Daarvoor was het nodig dat hij, op dat moment woonachtig in Italië, naar Nederland zou verhuizen. Onbestreden is ook dat ook de echtgenote van werknemer daarvoor haar baan heeft opgezegd om naar Nederland te gaan. Verder is afdoende naar voren gekomen dat aan werknemer de functie van COO in het vooruitzicht is gesteld. Weliswaar is in de getekende arbeidsovereenkomst de functie van BDD opgenomen, maar op geen enkele wijze is door Smart Carrier Services naar voren gebracht dat over deze taak door haar met werknemer

concrete afspraken zijn gemaakt en voorafgaand aan de tekening van de arbeidsovereenkomst over de inhoud en het takenpakket van BDD is gesproken. Dat werknemer als BDD niet goed heeft gefunctioneerd, is een onterecht verwijt, omdat Smart Carrier Services werknemer daarvoor niet had aangenomen. Bovendien is het gestelde disfunctioneren op geen enkele wijze aangetoond. De stukken en de toelichting ter terechtzitting maken aannemelijk dat werknemer bij Smart Carrier Services het slachtoffer is geworden van een verandering in de directie, waardoor hij in een situatie terecht is gekomen dat degenen die hem naar Smart Carrier Services hebben gehaald en daarbij bepaalde toezeggingen hadden gedaan bij Smart Carrier Services buiten beeld zijn geraakt. Werknemer werd vervolgens geconfronteerd met nieuwe beleidsbepalers die het oorspronkelijk uitgestippelde traject met hem niet wensten te bewandelen. Dat werknemer in de brief van 4 december 2014 om een oplossing voor deze problematiek heeft gevraagd, is voorstelbaar en de wijze waarop hij dat heeft gedaan, is in de gegeven omstandigheden niet verwijtbaar. De reactie van Smart Carrier Services hierop is echter ondermaats. In plaats van de erkenning van de moeilijke positie waarin werknemer terecht was gekomen en te kijken naar een gezamenlijke oplossing, heeft zij slechts aansluiting gezocht bij de mededeling van werknemer dat hij wilde praten over de mogelijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst en daarin aanleiding gezocht om te concluderen dat werknemer niet langer bij Smart Carrier Services wilde werken. Ook heeft zij niet de moeite genomen inhoudelijk op de brief van werknemer te reageren. Een vergoeding van vier maandsalarissen (€ 50.000 bruto) wordt op zijn plaats geacht.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 26-05-2015

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2015:3236

Zaaknummer: 3991008 EA VERZ 15-288

Rechters: E. Pennink

Advocaten: M.J. Draaisma en S. Schouten

Wetsartikelen: 7:685 BW

RECHTSPRAAK

Katoen Natie Amsterdam/werknemer

Onvoldoende komen vast te staan dat werknemer willens en wetens heeft deelgenomen aan (een poging tot) ontvreemding van een partij cacao. Voorwaardelijke ontbinding zonder toekenning vergoeding, omdat werknemer ernstig is tekortgeschoten in de uitvoering van zijn taken en de vertrouwensbreuk volledig aan hem is te wijten.

Werknemer is per 1 juli 2002 in dienst getreden bij (een rechtsvoorganger van) Katoen Natie Amsterdam (hierna: KNA) in de functie van algemeen buitendienstmedewerker. KNA is een bedrijf dat zich richt op de ontvangst en op- en overslag van onder andere cacaobonen. KNA exploiteert magazijnen en loodsen in de haven van Amsterdam en Zaandam. Werknemer was op zaterdag 28 februari 2015 als enige werknemer werkzaam op de locatie Sluis 2. Die dag stond geregistreerd dat zes vrachtwagens cacaobonen zouden komen ophalen, welke vrachtwagens door werknemer beladen dienden te worden. Die zaterdag heeft werknemer ook een zevende vrachtwagen beladen met cacao, zonder deze zevende vrachtwagen vooraf en na afloop te wegen, en zonder hiervoor papieren in te vullen. Naar aanleiding hiervan is werknemer op 2 maart 2015 op staande voet ontslagen. KNA verzoekt voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst, primair wegens een dringende reden.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Onvoldoende is komen vast te staan dat werknemer willens en wetens heeft deelgenomen aan (een poging tot) ontvreemding van een partij cacao. Dat de partij cacao, die zonder te wegen en buiten alle regels om is afgevoerd van het terrein van KNA, mogelijkerwijs later is teruggevonden (werknemer stelt dat, maar KNA voert aan niet te kunnen verifiëren of de door C aangewezen partij ook de ontvreemde partij is), is voor deze zaak niet relevant: ook een poging tot verduistering kan een dringende reden opleveren. De kantonrechter volgt werknemer in diens verklaring dat hij van zijn leidinggevende D opdracht had gekregen de partij cacao zonder hem te wegen te laden in de betreffende vrachtwagen. Of werknemer op het moment dat hij uitvoering gaf aan die opdracht al beseft moet hebben dat het om (een poging tot) ontvreemding van die partij ging, is onvoldoende komen vast te staan. Dat werknemer naar zeggen van KNA later heeft verklaard toen al te hebben beseft 'dat het om een ongebruikelijke lading ging' en 'dat er iets niet klopte' betekent

niet dat werknemer ook wist dat het om zo iets ernstigs als (een poging tot) ontvreemding ging. Onvoldoende is gebleken dat werknemer een dringende reden heeft veroorzaakt, die onmiddellijke beëindiging van het dienstverband rechtvaardigde.

Wel is werknemer ernstig tekortgeschoten in de uitvoering van zijn taken. Allereerst heeft hij in strijd met de uitdrukkelijke schriftelijke instructie een vrachtwagen beladen zonder deze van tevoren en na afloop te wegen. Het tweede tekortschieten van werknemer bestaat eruit dat hij niet onmiddellijk maandag 2 maart 2015, toen hij gevraagd werd naar bijzonderheden over het werk op 28 februari 2015, volledige opening van zaken heeft gegeven tegenover KNA. In de derde plaats heeft hij, door op 2 maart 2015 te spreken over 'grote vissen' die de dans ontsprongen, tegenover KNA de indruk gewekt er wel van op de hoogte te zijn geweest dat er op 28 februari 2015 iets was gebeurd dat niet in de haak was. Het door werknemer geschonden vertrouwen is zodanig dat dit ontbinding van de arbeidsovereenkomst rechtvaardigt vanwege een wijziging van omstandigheden, en wel per 1 juni 2015. Deze wijziging van omstandigheden is in het geheel niet te wijten aan KNA, en wel aan werknemer. Er wordt geen vergoeding toegekend.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 26-05-2015

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2015:3233

Zaaknummer: 4038319 EA VERZ 15-377

Rechters: G.C. Boot

Advocaten: L.H. van de Kar en P. van Keulen

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

RECHTSPRAAK

werknemer/Katoen Natie Amsterdam B.V.

Onvoldoende komen vast te staan dat werknemer willens en wetens heeft deelgenomen aan (een poging tot) ontvreemding van een partij cacao. Ontslag op staande voet niet rechtsgeldig.

Werknemer is per 1 juli 2002 in dienst getreden bij (een rechtsvoorganger van) Katoen Natie Amsterdam (hierna: KNA) in de functie van algemeen buitendienstmedewerker. KNA is een bedrijf dat zich richt op de ontvangst en op- en overslag van onder andere cacaobonen. KNA exploiteert magazijnen en loodsen in de haven van Amsterdam en Zaandam. Werknemer was op zaterdag 28 februari 2015 als enige werknemer werkzaam op de locatie Sluis 2. Die dag stond geregistreerd dat zes vrachtwagens cacaobonen zouden komen ophalen, welke vrachtwagens door werknemer beladen dienden te worden. Die zaterdag heeft werknemer ook een zevende vrachtwagen beladen met cacao, zonder deze zevende vrachtwagen vooraf en na afloop te wegen, en zonder hiervoor papieren in te vullen. Naar aanleiding hiervan is werknemer op 2 maart 2015 op staande voet ontslagen. Werknemer beroept zich op de vernietigbaarheid van het ontslag.

De kantonrechter is voorshands van oordeel dat onvoldoende is komen vast te staan dat werknemer willens en wetens heeft deelgenomen aan (een poging tot) ontvreemding van een partij cacao. Dat de partij cacao, die zonder te wegen en buiten alle regels om is afgevoerd van het terrein van KNA, mogelijkerwijs later is teruggevonden (werknemer stelt dat, maar KNA voert aan niet te kunnen verifiëren of de door C aangewezen partij ook de ontvreemde partij is) is voor deze zaak niet relevant: ook een poging tot verduistering kan een dringende reden opleveren. De kantonrechter volgt werknemer in diens verklaring dat hij van zijn leidinggevende D opdracht had gekregen de partij cacao zonder hem te wegen te laden in de betreffende vrachtwagen. Of werknemer op het moment dat hij uitvoering gaf aan die opdracht al beseft moet hebben dat het om (een poging tot) ontvreemding van die partij ging, is onvoldoende komen vast te staan. Dat werknemer naar zeggen van KNA later heeft verklaard toen al te hebben beseft 'dat het om een ongebruikelijke lading ging' en 'dat er iets niet klopte' betekent niet dat werknemer ook wist dat het om zo iets ernstigs als (een poging tot) ontvreemding ging. Onvoldoende is gebleken dat werknemer een dringende reden heeft

veroorzaakt, die onmiddellijke beëindiging van het dienstverband rechtvaardigde. Waarschijnlijk is dat in een bodemprocedure zal worden geoordeeld dat geen sprake was van een geldige dringende reden. De loonvordering over de maand maart 2015 zal daarom worden toegewezen, vermeerderd met de wettelijke rente. In de heden gewezen beschikking in de ontbindingszaak wordt de arbeidsovereenkomst ontbonden per 1 juni 2015 (zie AR 2015-0490). De loonvordering wordt daarom in deze zaak beperkt tot 1 juni 2015.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 26-05-2015

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2015:3235

Zaaknummer: 3984174 KK EXPL 15-418

Rechters: G.C. Boot

Advocaten: P. van Keulen en L.H. van de Kar

Wetsartikelen: 7:677 BW en 7:678 BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/F.H. Louers B.V.

Ontslag 59-jarige administratief medewerkster na dienstverband 34 jaar, zonder dat een vergoeding wordt toegekend, is kennelijk onredelijk. Schadevergoeding € 10.000.

Werkneemster is op 1 januari 1978 in dienst getreden bij Louers als administratief medewerkster. Louers houdt zich bezig met de verkoop van verf, behang en aanverwante producten aan schildersbedrijven, instellingen en afbouwbedrijven. Louers heeft op 31 augustus 2011 een ontslagvergunning voor werkneemster aangevraagd op grond van bedrijfseconomische omstandigheden. Op 10 januari 2012 heeft werkneemster zich ziek gemeld. Het UWV heeft de gevraagde toestemming geweigerd, omdat Louers zich onvoldoende heeft ingespannen om werkneemster te herplaatsen. Nadat opnieuw om toestemming voor opzegging is verzocht, is de ontslagvergunning op 30 januari 2013 wel verstrekt. Louers heeft de arbeidsovereenkomst tegen 1 mei 2013 opgezegd. Werkneemster stelt dat de opzegging kennelijk onredelijk is. Zij stelt dat Louers zich onvoldoende heeft ingespannen om haar te herplaatsen, dat er niet voor bijscholing is gezorgd en zij twijfelt aan de bedrijfseconomische noodzaak tot reorganisatie.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Werkneemster heeft onvoldoende gemotiveerd het bedrijfseconomisch belang betwist van Louers bij het opzeggen van de arbeidsovereenkomst. Weliswaar zijn door werkneemster vraagtekens geplaatst bij de door Louers over die jaren gedane investeringen c.q. genomen beslissingen, maar Louers heeft een afdoende verklaring gegeven. Het bedrijfseconomisch belang van Louers weegt echter niet op tegen de ernstige gevolgen die de opzegging voor werkneemster heeft. Vast staat dat zij ten tijde van de opzegging 59 jaar oud was, eenzijdig geschoold en al 34 jaar werkzaam was bij Louers. Voorts staat vast dat zij altijd goed heeft gefunctioneerd en dat Louers haar geen enkele vergoeding heeft aangeboden in welke vorm dan ook. Louers heeft niet weersproken dat haar (administratieve) systemen verouderd waren en dat werkneemster niet dan wel onvoldoende mogelijkheden zijn geboden om haar kennis en kunde te 'updaten'. Louers heeft weliswaar een outplacementtraject aangeboden maar kennelijk heeft werkneemster doelstellingen en werkwijze van een dergelijk traject niet goed begrepen. Enerzijds had dat wel van haar

verwacht mogen worden maar anderzijds had het op de weg van Louers gelegen om haar voorafgaande aan het aanbieden van dit traject – rekening houdende met haar onervarenheid op dat gebied – duidelijk te maken dat outplacement 2e spoor niet betekent dat Louers zelf zorgdraagt voor een andere baan. Daar komt bij dat het outplacementtraject pas in september 2012 in gang is gezet terwijl Louers in juni ermee bekend was dat werkneemster in staat was om (elders passend) werk te verrichten. Van Louers als werkgever had in dit geval meer voortvarendheid verwacht mogen worden. Geoordeeld wordt dat het ontslag kennelijk onredelijk is.

Werkneemster vordert € 44.548,78 bruto aan schadevergoeding. Dit bedrag is het verschil in inkomsten tussen een uitkering en het loon dat zij zou hebben ontvangen tot aan haar pensionering, rekening houdend met de kans op het vinden van een andere baan. Daargelaten dat werkneemster volledige vergoeding vordert van haar inkomensschade, de aard en ernst van de tekortkoming van Louers is niet zodanig, dat toewijzing van de vordering op die grond gerechtvaardigd is. Nu werkneemster onvoldoende aanknopingspunten biedt om haar schade, gelet op de aard en ernst van de tekortkoming van Louers, concreet te begroten zal de schade naar billijkheid worden begroot. Daarbij wordt rekening gehouden met het volgende. Hoewel de arbeidsmarktpositie van werkneemster niet gunstig is, heeft zij van haar kant niet inzichtelijk gemaakt dat laat staan welke inspanningen zij heeft verricht om een nieuwe baan te vinden. Aan de kant van Louers geldt dat zij weliswaar het habe nichts habe wenig-verweer voert, maar dat laat onverlet dat uit de stukken blijkt dat haar financiële situatie verbetert. Evenmin is waarschijnlijk dat toewijzing van enig bedrag zou leiden tot een financiële noodsituatie. Een schadevergoeding van € 10.000 bruto wordt billijk geacht.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 22-05-2015

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2015:3572

Zaaknummer: 2743112 CV EXPL 14-4341

Rechters: A.J.L.M. van der Wildt

Advocaten: I. Scheele en N. Mauer

Wetsartikelen: 7:681 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Generali Levensverzekering Maatschappij N.V.

Generali had pensioenverzekering werknemer niet mogen beëindigen na het sturen van twee aanmaningen aan wanbetalende werkgever. Verzekeraar heeft zich pas voldoende ingespannen wanneer ook gerechtelijke maatregelen niet tot betaling hebben geleid.

Werknemer is van 1 mei 2010 tot 15 juli 2014 werkzaam geweest bij Your Health Nederland. Onderdeel van de arbeidsvoorwaarden was een pensioenregeling die met ingang van 1 februari 2011 is ondergebracht bij Generali. Generali heeft werknemer geïnformeerd over de betalingsachterstand die was ontstaan, omdat Your Health Nederland al enige tijd geen premies had betaald. Omdat premiebetaling is uitgebleven is de pensioenopbouw gestaakt en de regeling premievrij gemaakt. Op verzoek van werknemer heeft Generali inzichtelijk gemaakt welke inspanningen zij had verricht om de achterstallige premies te innen. Hierop heeft Generali op 17 januari 2014 laten weten dat Your Health Nederland tot tweemaal toe schriftelijk is verzocht om tot betaling over te gaan; verdere inspanningen waren niet verricht. Werknemer vordert een verklaring voor recht dat Generali ten onrechte is overgegaan tot beëindiging van de deelneming van werknemer aan de pensioenregeling van Your Health Nederland. Verder wordt een veroordeling gevorderd om de pensioenopbouw voort te zetten van 1 januari 2013 tot 15 juli 2014 op straffe van een dwangsom.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Partijen verschillen van opvatting over de aard van de inspanningen welke van de verzekeraar verwacht mag worden alvorens hij in geval van wanbetaling van de premies overgaat tot beëindiging van de verzekeringsovereenkomst en het premievrij maken van de pensioenen. Werknemer verdedigt in wezen het standpunt dat ook gerechtelijke procedures van de verzekeraar gevegd kunnen worden. Generali houdt het erop dat zij kan volstaan met aanmaningen, waartoe zij zich beroept op de parlementaire geschiedenis van de Pensioenwet 2006 (PW) en met name een tweetal passages in de memorie van toelichting op artikel 29 PW. De betreffende passages komen er in grote lijnen op neer dat aan het uitgangspunt dat de verzekeraars niet gehouden kunnen worden de pensioenopbouw voort te zetten als er niet wordt betaald, niet wordt getornd; hij moet wel aantoonbare inspanningen verrichten en de verzekerde daaromtrent inlichten. Een dergelijke

inspanning kan bijvoorbeeld plaatsvinden door het sturen van een aanmaning.

De kantonrechter onderscheidt verschillende categorieën wanbetalers. De door Generali voorgestane opvatting komt erop neer dat de wat slordige betalers nog wel tot betaling zullen overgaan, maar de overige niet. Immers, de laatste weten dat een verzekeraar wel blaft, maar niet bijt. Dat betekent dat het aan de werknemers wordt overgelaten de meer serieus wanbetalende werkgever aan de pakken. Dat zal in alle gevallen tot verzuurde verhoudingen leiden. Bovendien zou dat betekenen dat, zo de werknemer niet tot incasso overgaat, de pensioenverplichtingen van de werkgever reeds voor een eventueel faillissement zijn beëindigd en dus niet door het UWV behoeven te worden overgenomen. Artikel 29 lid 2 PW moet aldus worden uitgelegd dat de verzekeraar zich pas voldoende heeft ingespannen wanneer ook gerechtelijke maatregelen (dagvaardingsprocedure of faillissementsaanvraag) niet tot betaling hebben geleid. De kantonrechter is zich bewust van de aan deze uitleg verbonden inconvenienten, zoals de kosten aan maatregelen verbonden en het risico dat blijvende wanbetaling aldus niet binnen de in artikel 29 lid PW bedoelde termijn van vijf maanden kan worden vastgesteld. Dienaangaande wordt het volgende overwogen. De kantonrechter gaat ervan uit dat in de overgrote meerderheid der gevallen tegen maatregelen in rechte geen zinnig verweer mogelijk is. De meeste gedaagde werkgevers zullen derhalve verstek laten gaan. De kosten zullen in dat geval neerkomen op de kosten van menselijke arbeid en dagvaardingskosten, alsmede het (inderdaad aanzienlijke) griffierecht. Bovendien zal de tijd welke met het nemen van maatregelen gepaard gaat beperkt zijn, nu het vrijwel altijd om kantonprocedures zal gaan. Hetzelfde geldt mutatis mutandis voor een faillissementsaanvraag. De kosten zijn veelal wel te verhalen, maar soms zal dat onmogelijk blijken. Evenwel bij afweging van de belangen van de verzekeraar tegen die van de werknemers acht de kantonrechter het redelijk het risico wat dat betreft bij de verzekeraar te leggen. Een en ander geldt echter alleen indien de werkgever voor de eerste keer niet betaalt en moet worden aangemaand. Gaat hij binnen een termijn, die de kantonrechter in redelijkheid stelt op twee jaar, andermaal in de fout dan kan met aanmaningen worden volstaan. Generali heeft niet meer dan twee aanmaningen doen uitgaan, hetgeen dus onvoldoende is, terwijl van eerdere wanbetaling niet is gebleken. Generali had dus de pensioenverzekering niet per 1 januari 2013 mogen beëindigen. De vorderingen worden toegewezen. Een dwangsom wordt niet nodig geacht, nu de kantonrechter ervan uitgaat dat Generali haar verplichtingen zal nakomen.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 19-05-2015

Zaaknummer: CV 14-21055

RECHTSPRAAK

werkgeefster/Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor de Bouwnijverheid

Werkgeefster valt niet onder verplichtstellingsbesluit van Bpf Bouw. Afwijzing bewijsaanbod Bpf Bouw, omdat dit meer een zogenoemde fishing expedition dan een concreet bewijsaanbod is.

Tussen werkgeefster en Bpf Bouw is in geschil of werkgeefster is aan te merken als werkgever, als gedefinieerd in het zogenoemde verplichtstellingsbesluit van Bpf Bouw. Geoordeeld is dat Bpf Bouw de bewijslast draagt van haar stellingen dat zij werkgeefster terecht heeft aangesloten per 1 januari 2011. Aangezien partijen over de aard van de activiteiten van werkgeefster c.q. de door werkgeefster verrichte werkzaamheden geen geschil hadden, maar wel over de hoeveelheid en de rubricering daarvan, is bij tussenvonnis van 11 november 2013 een oordeel gegeven over de activiteiten, of zij wel of niet vallen onder de werkingssfeer van Bpf Bouw. Vervolgens is een deskundige benoemd. Op 26 november 2014 heeft de deskundige aan de rechtbank gerapporteerd. De deskundige komt samengevat tot de conclusie dat in 2011 de loonkosten besteed aan de activiteiten die onder de werkingssfeer van Bpf Bouw vallen 43,9% van de totale loonkosten uitmaken, terwijl 56,1% van de loonkosten zijn besteed aan activiteiten die niet tot Bpf Bouw gerekend moeten worden. In 2012 was de verhouding 38,3% bouw en 61,7% niet-bouw. Bpf Bouw en werkgeefster hebben op het rapport gereageerd. Volgens Bpf Bouw heeft de deskundige zijn onderzoek niet conform de opdracht uitgevoerd.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Met het door de deskundige verrichte onderzoek is afdoende gebleken dat een groter gedeelte van het verloonde bedrag is gemoeid met werkzaamheden van werkgeefster, die niet vallen onder de werkingssfeer van Bpf Bouw. Uit het onderzoek van de deskundige volgt dat het deel van de activiteiten van werkgeefster dat conform de eerdere tussenvonnissen in deze zaak onder de werkingssfeer van Bpf Bouw ressorteert, kleiner is dan het deel van de activiteiten dat de aansluiting van werkgeefster bij Bpf Bouw zou rechtvaardigen. Dat geldt voor 2011 zowel als voor 2012. Er is geen reden te twifelen aan de juistheid van de cijfermatige onderbouwing van de deskundige van zijn bevindingen en evenmin aan de juistheid van de door werkgeefster verstrekte informatie omtrent de aard van de werkzaamheden. Bpf Bouw heeft aangeboden om door middel van het

doen horen van getuigen vast te stellen wat de activiteiten van werkgeefster feitelijk inhielden, waarbij de opdrachtgevers van werkgeefster zouden moeten worden gehoord. Dit bewijsaanbod is te onbepaald om te worden toegewezen, nu niet duidelijk is welke getuige Bpf Bouw waarover wil horen. Het is meer een zogenoemde 'fishing expedition' dan een concreet bewijsaanbod, en daarvoor is getuigenbewijs niet bedoeld. De door werkgeefster gevorderde verklaring voor recht dat zij niet onder de werkingssfeer van de verplichtstelling van Bpf Bouw valt wordt toegewezen, waarbij de kantonrechter begrijpt dat deze ziet op het verplichtstellingsbesluit van Bpf Bouw, zoals dit luidt na de laatste wijziging in 2012.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 04-05-2015

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2015:3234

Zaaknummer: CV 12-20939

Rechters: M.V. Ulrici

Advocaten: D. Bruinse-Pot, E. Lutjens en B. Degelink

Wetsartikelen: 150 Rv

RECHTSPRAAK

FleishmanHillard B.V./werkneemster

Ontbinding arbeidsovereenkomst zwangere en arbeidsongeschikte Senior Accountmanager wegens verstoorde arbeidsrelatie. Vanwege zwangerschap wordt arbeidsovereenkomst op lange termijn (per 1 augustus 2015) ontbonden.

Werkneemster is in dienst van FleishmanHillard (hierna: FH). Zij is laatstelijk werkzaam in de functie van Senior Accountmanager. FH houdt zich bezig met advisering van bedrijven op het gebied van communicatie en public relations. Werkneemster is zwanger. FH verzoekt ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens een vertrouwensbreuk. FH stelt dat zij naar aanleiding van aanmerkingen van haar kant op het functioneren van werkneemster heeft getracht in onderling overleg tot een oplossing te komen door werkneemster een andere functie aan te bieden binnen haar organisatie. Partijen hebben daartoe sinds augustus 2014 diverse gesprekken gevoerd. Echter, door de opstelling van werkneemster is een patstelling ontstaan, die uiteindelijk heeft geleid tot een ziekmelding van werkneemster. Volgens FH is er geen uitzicht op verbetering van deze situatie, reden waarom de arbeidsovereenkomst moet worden beëindigd.

De kantonrechter oordeelt als volgt. FH heeft in het gesprek op 25 augustus 2014 voor het eerst met zoveel woorden aan werkneemster laten weten dat zij wat haar betreft moest kiezen tussen 'horizontaal groeien' of beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Nu vaststaat dat werkneemster FH pas daarna op de hoogte heeft gesteld van haar zwangerschap, wordt geoordeeld dat voldoende aannemelijk is geworden dat de zwangerschap (of de latere arbeidsongeschiktheid) niet de reden is voor het ontbindingsverzoek. Dat brengt mee dat ontbinding van de arbeidsovereenkomst in beginsel mogelijk is. Echter, de omstandigheid dat werkneemster thans zwanger is, speelt wel een rol in het oordeel over de verzochte ontbinding. Daarbij wordt in aanmerking genomen dat de strekking van het opzegverbod tijdens zwangerschap is, om de zwangere vrouw te behoeden voor een beëindiging van de arbeidsovereenkomst, omdat het vinden van een nieuw dienstverband in deze periode praktisch onmogelijk is en het voor een gezond verloop van de zwangerschap van belang wordt geacht dat de spanning en onzekerheid die met een daadwerkelijke beëindiging

onmiskenbaar gepaard gaan, zo veel mogelijk worden vermeden. FH heeft ter zitting nadrukkelijk gesteld dat het verzoek is gegrond op verstoring van de arbeidsrelatie en niet op disfunctioneren. Dat neemt niet weg dat een groot deel van het dossier betrekking heeft op het functioneren van werknemster. Daarbij valt op dat het aanvankelijke voorstel in mei 2014 om eens na te denken over een horizontale ontwikkeling, op 25 augustus 2014 vrij abrupt door FH is geherformuleerd in een keuze tussen demotie of beëindiging van het dienstverband, met later daaraan nog verbonden een aanmerkelijke verlaging van het salaris. Daarmee is FH ten onrechte voorbijgegaan aan de voor een dergelijke wijziging van de functie met bijbehorende arbeidsvoorwaarden volgens de jurisprudentie geëigende gang van zaken in een dergelijke situatie (o.a. HR 11 juli 2008, *NJ* 2011/185 *Stoof/Mammoet*), nog afgezien van de gangbare opvatting dat een werknemer op wiens functioneren aanmerkingen zijn in staat moet worden gesteld om zich te verbeteren op basis van een duidelijk omschreven 'verbeterplan'. Nu sprake is van een verstoorde arbeidsrelatie, wordt de arbeidsovereenkomst ontbonden en wel tegen 1 augustus 2015. Daarbij wordt enerzijds rekening gehouden met de bescherming die werknemster in verband met haar zwangerschap toekomt en wordt meegewogen haar huidige positie op de arbeidsmarkt, maar wordt ook afdoende duidelijkheid gegeven aan partijen over de toekomst. Uit het voorgaande blijkt tevens dat FH een verwijt valt te maken van de ontstane situatie. Dit rechtvaardigt een vergoeding van € 11.000 bruto. Er bestaat daarbij geen aanleiding om hierop een correctie toe te passen ten voordele van FH vanwege de latere ontbindingsdatum dan gebruikelijk, nu deze uitsluitend het gevolg is van de bescherming die een werknemster in verband met zwangerschap toekomt.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 06-03-2015

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2015:2548

Zaaknummer: 3728792 \ EA VERZ 14-1274

Rechters: O.J. van Leeuwen

Advocaten: T.J. Vlot en E.M. Hoogeveen

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

RECHTSPRAAK

werknemer/PCI Groep B.V.

Werknemer maakt geen aanspraak op nakoming provisieregeling die gold bij rechtsvoorganger van werkgever. Werknemer is als gevolg van het werk arbeidsongeschikt geworden en terugkeer valt niet te verwachten zolang hij in dienst blijft. Schorsing concurrentiebeding.

Werknemer is in dienst getreden van Professional Document Solutions BV (hierna: PDS) in de functie van accountmanager. In de arbeidsovereenkomst zijn een concurrentiebeding en een provisieregeling opgenomen. De activiteiten van PDS zijn door PCI overgenomen. Op 1 september 2012 heeft werknemer een arbeidsovereenkomst met PCI getekend. De arbeidsovereenkomst bevat een concurrentie- en relatiebeding. In maart 2014 heeft werknemer een nieuwe leidinggevende gekregen. Tussen werknemer en zijn leidinggevende zijn conflicten ontstaan. Op 12 november 2014 is werknemer arbeidsongeschikt geworden. De bedrijfsarts, en later ook de arbodienst, hebben vastgesteld dat er geen re-integratie binnen PCI mogelijk is, omdat dit de medische klachten zal verergeren en het herstel zal belemmeren. Werknemer heeft een aanbod gekregen voor een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd bij Konica Minolta in de functie van Consultant CRD. PCI heeft desgevraagd geweigerd om werknemer te ontheffen van het concurrentiebeding. Werknemer vordert betaling van te weinig betaalde provisie (conform de provisieregeling zoals overeengekomen met PDS) en schorsing van het concurrentiebeding.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Uit de door PCI overgelegde e-mailcorrespondentie blijkt dat er in juli en augustus 2012 op individuele basis onderhandelingen zijn gevoerd tussen werknemer enerzijds en PCI anderzijds over (onder meer) het salaris, de onkostenregeling en de te behalen targets. Voorts blijkt daaruit dat werknemer op de hoogte was van de bedrijfsovername door PCI. Uit die correspondentie blijkt verder dat werknemer niet tevreden was over de loonvoorwaarden van zijn oude contract. Dat het bepaalde in artikel 7:665a BW onder deze omstandigheden met zich zou brengen dat PCI expliciet op het recht van werknemer op (in beginsel) ongewijzigde voortzetting van zijn oude arbeidsovereenkomst had moeten wijzen en dat, nu daarvan niet is gebleken, dit met zich zou brengen dat de arbeidsovereenkomst nietig zou zijn, wordt vooralsnog niet aangenomen. Gelet op het

voorgaande en voorts gelet op het feit dat werknemer na ondertekening van de nieuwe arbeidsovereenkomst met PCI afzonderlijke provisie-overeenkomsten heeft gesloten voor de jaren 2012, 2013 en 2014, wordt vooralsnog evenmin aangenomen dat werknemer nog aanspraak kan maken op toepassing van de provisieregeling krachtens de arbeidsovereenkomst met PDS.

Uit de overgelegde adviezen van de arboarts wordt voldoende aannemelijk dat werknemer op medische gronden arbeidsongeschikt is, dat die gronden zijn ontstaan als gevolg van zijn werk voor PCI en dat medisch herstel en re-integratie van werknemer niet valt te verwachten zolang hij bij PCI blijft. Voldoende aannemelijk is dat werknemer, gelet op zijn opleiding en eenzijdig arbeidsverleden, voor het vinden van een andere functie is aangewezen op de branche waarin hij tot nu toe werkzaam is geweest. Niet aannemelijk is geworden dat werknemer bij PCI specifieke vaardigheden of kennis heeft opgedaan. PCI heeft onvoldoende aannemelijk gemaakt dat zonder handhaving van het concurrentiebeding een reële en zwaarwegende aantasting van het bedrijfsdebiet van PCI dreigt. Daar komt bij dat het bedrijfsdebiet van PCI ook beschermd wordt door het relatiebeding in de arbeidsovereenkomst dat – kort samengevat – aan werknemer verbiedt om gedurende twee jaar na het einde van de arbeidsovereenkomst contacten te onderhouden met (met name) leveranciers en afnemers van PCI. Bovenbedoelde omstandigheden brengen mee dat, gegeven het fundamentele (grond)recht van werknemer op een vrije arbeidskeuze, en mede het feit dat de noodzaak tot vertrek van werknemer aan PCI moet worden toegerekend terwijl werknemer is aangewezen op een functie in dezelfde branche, het belang van werknemer om door schorsing van het concurrentie beding in staat te worden gesteld bij Konica Minolta in dienst te treden aanzienlijk zwaarder weegt dan het belang van PCI bij handhaving daarvan. Het concurrentiebeding wordt geschorst.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 26-02-2015

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2015:2652

Zaaknummer: 3713861 KK EXPL 14-2011

Rechters: C.L.J.M. de Waal

Advocaten: M.J. Keuss en B.A. Roosenboom

Wetsartikelen: 7:653 BW en 7:665a BW

RECHTSPRAAK

werknemer/NG-Perfumes B.V.

Afwijzing verzoek tot wedertewerkstelling, omdat in de gelijktijdig behandelde verzoekschriftprocedure de arbeidsovereenkomst wegens een verstoorde arbeidsrelatie wordt ontbonden.

Werknemer is op 1 april 2013 in dienst getreden van NG-Perfumes als vertegenwoordiger. In een gesprek op 17 maart 2015 is namens NG-Perfumes aan werknemer medegedeeld dat de arbeidsovereenkomst wegens een dringende reden onverwijld wordt opgezegd. Werknemer vordert loondoorbetaling en wedertewerkstelling.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Niet (meer) in geschil is dat de arbeidsovereenkomst tussen partijen ook na 17 maart 2015 is blijven voortduren. In beginsel is NG-Perfumes dan gehouden om werknemer weer tot zijn werkzaamheden toe te laten. Desondanks zal dit onderdeel van de vordering van werknemer worden afgewezen omdat in de gelijktijdig behandelde verzoekschriftprocedure de kantonrechter de arbeidsovereenkomst tussen partijen zal ontbinden per 1 juni 2015 wegens een verstoorde arbeidsverhouding (zie AR 2015-0485).

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 22-05-2015

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2015:4405

Zaaknummer: 4100051 CV EXPL 15-4105

Rechters: E.P. van Unen

Advocaten: C.M.A. Fens en N.M.G. Pustjens

Wetsartikelen: 7:677 BW en 7:678 BW

RECHTSPRAAK

NG-Perfumes B.V./werknemer

Voorwaardelijke ontbinding arbeidsovereenkomst wegens vertrouwensbreuk. Omdat werknemer niet wordt gehouden aan concurrentie- en relatiebeding, wordt geen vergoeding toegekend.

Werknemer is op 1 april 2013 in dienst getreden van NG-Perfumes als vertegenwoordiger. In een gesprek op 17 maart 2015 is namens NG-Perfumes aan werknemer medegedeeld dat de arbeidsovereenkomst wegens een dringende reden onverwijld wordt opgezegd. NG-Perfumes verzoekt voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst, primair wegens een dringende reden. Werknemer betwist het bestaan van een dringende reden. Wel erkent hij dat de arbeidsverhouding zodanig verslechterd is dat voortzetting daarvan 'zeer moeilijk' zal worden. Werknemer verzoekt hem een vergoeding toe te kennen met C=2.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Tijdens de mondelinge behandeling is gebleken dat het bestaan van de door NG-Perfumes aangevoerde dringende reden niet aannemelijk is. Op die primaire grondslag is het verzoek van NG-Perfumes derhalve niet toewijsbaar. Wel is sprake van een vertrouwensbreuk, zodat de arbeidsovereenkomst wordt ontbonden. Dit dient tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst te leiden, zonder dat daarvan aan werknemer of aan NG-Perfumes een verwijt gemaakt kan worden. De arbeidsovereenkomst wordt ontbonden per 1 juni 2015. In de omstandigheid dat NG-Perfumes ter zitting heeft toegezegd dat zij werknemer niet zal houden aan het in artikel 12 van de arbeidsovereenkomst opgenomen non-concurrentie- en relatiebeding, ziet de kantonrechter aanleiding om aan werknemer geen geldelijke vergoeding toe te kennen.

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 22-05-2015

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2015:4406

Zaaknummer: 4133103 AZ VERZ 15-103

Rechters: E.P. van Unen

Advocaten: N.M.G. Pustjens en C.M.A. Fens

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

RECHTSPRAAK

werknemer/X

Werknemer heeft geen toestemming gegeven voor onderzoek naar inhoud bestanden op laptop. Schending Wet bescherming persoonsgegevens.

Werknemer is van 1 augustus 1991 tot en met 31 december 2008 werkzaam geweest bij Education International (hierna: EI) en haar rechtsvoorgangers. In verband met zijn werkzaamheden had werknemer een laptop van EI ter beschikking. In de periode van 22 tot en met 26 juli 2007 heeft in Berlijn een EI-congres plaatsgevonden. Op of omstreeks 21 juli 2007 is er vanaf een anoniem e-mailadres een e-mailbericht verstuurd aan deelnemers van dit congres. In het anonieme e-mailbericht werd de algemeen secretaris van EI onder meer beschuldigd van malversaties. Door X (bedrijfsrecherche) is een onderzoek naar de herkomst (bron, auteur en afzender) van het anonieme e-mailbericht ingesteld. Diverse medewerkers, waaronder werknemer, hebben hun laptop ingeleverd. De arbeidsovereenkomst tussen EI en werknemer is met ingang van 31 december 2008 met wederzijds goedvinden beëindigd. Werknemer vordert dat de rechtbank voor recht verklaart dat X onrechtmatig jegens werknemer heeft gehandeld door kennis te nemen van en diens (voormalig) werkgever in staat te stellen kennis te nemen van de inhoud van diens dagboeknotities en/of andere persoonlijke documenten en aansprakelijk is voor de door werknemer daardoor geleden schade.

De rechtbank oordeelt als volgt. Op grond van het onderzoeksverslag dient als vaststaand te worden aangenomen dat X aan EI heeft meegedeeld dat het betreffende IP-adres niet op de laptop van werknemer is aangetroffen en dat niet is vastgesteld en ook niet kon worden vastgesteld dat werknemer de auteur of verzender van het anonieme e-mailbericht is geweest; dat X aan EI heeft meegedeeld dat diverse trefwoorden uit het anonieme e-mailbericht wel voorkomen in het jaarboek en dat uit het jaarboek blijkt dat werknemer zich zorgen maakte over de financiële situatie van EI en dat het jaarboek integraal bij het aan EI verstrekte onderzoeksverslag is gevoegd. Tussen partijen is voorts niet in geschil dat X in het onderhavige geval als verantwoordelijke in de zin van artikel 1 onderdeel d van de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) moet worden beschouwd en dat X gebonden is aan de

regels zoals die zijn vastgelegd in de Privacycode Sector particuliere onderzoeksbureaus van de Vereniging van Particuliere Beveiligingsorganisaties (hierna: de privacycode). Dit betekent dat de

verwerking van de persoonsgegevens van werknemer door X slechts gerechtvaardigd is indien een van de in artikel 8 Wpb genoemde verwerkingsgrondslagen van toepassing is.

Anders dan X is de rechtbank van oordeel dat X niet gerechtvaardigd heeft kunnen concluderen dat werknemer toestemming heeft gegeven voor het door X verrichtte onderzoek. Gelet op artikel 1 onderdeel i Wbp, artikel 8 onderdeel a Wbp en paragraaf 5.3 van de privacycode en in aanmerking genomen dat werknemer in dienst was van EI en er sprake was van een situatie waarin EI wenste te achterhalen of

een van haar medewerkers betrokken was bij het anonieme e-mailbericht, kan het inleveren van de laptop – of het nu bevolen of verzocht is en of nu wel of niet de toezegging is gedaan dat er geen privébestanden zouden worden geopend – niet worden aangemerkt als toestemming in de zin van de Wbp voor het onderzoek zoals dat door X is verricht en evenmin als toestemming voor het verstrekken van de (inhoud van de) (gekopieerde) bestanden en het onderzoeksresultaat aan EI. X kan ook niet worden gevolgd in haar standpunt dat zij er van uit mocht gaan dat werknemer de vereiste toestemming had verleend op grond van de enkele mededeling van EI dat hij vrijwillig zijn

laptop had afgestaan. X had zich van de vereiste toestemming van werknemer moeten vergewissen. Nu zij dat niet heeft gedaan, heeft zij onrechtmatig gehandeld jegens werknemer. X heeft betwist dat de door haar verkregen informatie een privékarakter heeft en ‘zich dientengevolge in de privacysfeer van werknemer bevindt’. Dit verweer kan niet slagen. X miskent met deze stelling dat de Wbp ziet op het verwerken van ‘persoonsgegevens’, welk begrip in artikel 1 onderdeel a Wbp ruim wordt gedefinieerd als: gegevens betreffende een geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke persoon. Dat dergelijke gegevens over werknemer door X zijn verwerkt, is niet betwist. Wat precies de inhoud van het jaarboek is, kan dan ook voor de beoordeling van dit geschil buiten beschouwing blijven. Het verweer dat de tegen werknemer getroffen disciplinaire maatregelen volledig losstaan van hetgeen werknemer in zijn jaarboek heeft opgetekend en daarmee, zo begrijpt de rechtbank dit verweer, niet in verband staan met de onrechtmatige verwerking van de persoonsgegevens, wordt verworpen. In de brief van 31 oktober 2007 wordt door EI immers in de eerste zin al het verband gelegd met het onderzoek door X en het gesprek naar aanleiding van dat onderzoek. Werknemer heeft de mogelijkheid dat hij schade heeft geleden voldoende aannemelijk gemaakt. De gevorderde verwijzing naar de schadestaatprocedure wordt toegewezen.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 04-07-2012

ECLI: ECLI:NL:RBZLY:2012:BY2941

Zaaknummer: 185649/ HL ZA 11-625

Rechters: G.A.M. Peper

Advocaten: A.H. Blok en R. Kuizenga

Wetsartikelen: 1 Wbp, 8 Wbp en 5.3 privacycode

RECHTSPRAAK

werknemer/coöperatie De Ursulinen

Arbeidsovereenkomst is niet ondergeschikt aan samenwerkingsovereenkomst. Arbeidsovereenkomst dient te prevaleren ter bescherming van de werknemer.

Werknemer is met ingang van 21 oktober 2014 als chefkok voor 40 uur per week in dienst getreden van coöperatie De Ursulinen. De arbeidsovereenkomst is aangegaan voor bepaalde tijd tot 21 januari 2015. Op 1 januari 2015 zijn partijen een samenwerkingsovereenkomst overeengekomen. Werknemer is na 21 januari 2015 als chefkok voor coöperatie De Ursulinen blijven werken. Bij brief van 2 maart 2015 heeft coöperatie De Ursulinen werknemer medegedeeld dat de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd niet wordt verlengd en dat wegens bedrijfseconomische redenen er geen mogelijkheid wordt gezien om de samenwerking voort te zetten. Werknemer heeft sindsdien niet meer gewerkt en geen loon ontvangen. Werknemer vordert betaling van achterstallig loon. Ter onderbouwing van zijn vordering voert werknemer aan dat de arbeidsovereenkomst na 21 januari 2015 stilzwijgend is voortgezet onder dezelfde voorwaarden en voor dezelfde tijd. De opzegging van 2 maart 2015 leidt er derhalve toe dat de voortgezette arbeidsovereenkomst eerst eindigt op 20 april 2015, zodat hij tot en met die datum recht heeft op loon (inclusief vakantiebijslag).

De kantonrechter oordeelt als volgt. Tussen partijen staat vast dat werknemer in de periode voor het aangaan van de samenwerkingsovereenkomst van 1 januari 2015 als chefkok voor coöperatie De Ursulinen gewerkt heeft. Dit is geschied op basis van de tussen partijen op 26 oktober 2014 gesloten arbeidsovereenkomst. De stelling van coöperatie De Ursulinen dat de arbeidsovereenkomst pro forma was opgesteld, wordt niet gevolgd nu zij in haar verweer geen alternatieve grondslag voor de in die periode door werknemer verrichte werkzaamheden heeft aangevoerd. Naar het voorlopig oordeel van de kantonrechter heeft het sluiten van de samenwerkingsovereenkomst op 1 januari 2015 niet tot gevolg gehad dat daardoor de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd tussen partijen is geëindigd. In de samenwerkingsovereenkomst is immers niet overeengekomen dat de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden geëindigd is. Vast staat dat werknemer ook na ommekomst van de aanvankelijk in de arbeidsovereenkomst van 21 oktober 2014 overeengekomen bepaalde tijd

werkzaamheden als cheffkok is blijven verrichten voor coöperatie De Ursulinen. Hierdoor is die arbeidsovereenkomst stilzwijgend voortgezet voor dezelfde tijd en onder dezelfde voorwaarden tot en met 20 april 2015 (art. 7:668 BW). Het verweer van coöperatie De Ursulinen dat de arbeidsovereenkomst ongeschikt is aan de samenwerkingsovereenkomst wordt verworpen omdat in een dergelijke situatie de arbeidsovereenkomst dient te prevaleren ter bescherming van de werknemer. Het uit een arbeidsovereenkomst voortvloeiende recht op loon kan immers niet contractueel worden uitgesloten, ook niet in een separate (samenwerkings)overeenkomst. De loonvordering en vakantiebijslag worden toegewezen. De gevorderde wettelijke rente wordt afgewezen. Uit hetgeen partijen ter zitting naar voren hebben gebracht is immers wel duidelijk geworden dat coöperatie De Ursulinen geen verwijt gemaakt kan worden van de te late betaling van het loon aangezien haar daartoe (onbetwist) de middelen ontbreken en voorts omdat beide partijen aanvankelijk in de veronderstelling waren dat werknemer op grond van de samenwerkingsovereenkomst geen recht had op loon.

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 27-05-2015

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2015:4411

Zaaknummer: 4096244 CV EXPL 15-4089

Rechters: E.P. van Unen

Advocaten: K.G.J. Verbong en F.M. Zwart

Wetsartikelen: 7:628 BW en 7:668 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Meander Media Groep Zuid-Limburg

Ontbinding arbeidsovereenkomst op verzoek werknemer onder toekenning van vergoeding € 107.500 (C=0,75). Ontbinding in overwegende mate aan werkgever te wijten. Geen reflexwerking Wwz (transitievergoeding € 75.000 waarop werknemer na 1 juli 2015 recht zou hebben).

Werknemer is op 1 februari 1982 in dienst getreden van (de rechtsvoorganger van) Meander. Laatstelijk is hij werkzaam in de functie van medewerker financiële administratie. In 2011 en 2012 is gebleken dat werknemer fouten heeft gemaakt bij het uitbetalen van declaraties. In 2012 is hij hiervoor officieel gewaarschuwd. Op 23 oktober 2012 heeft werknemer zich ziek gemeld, waarna een mediationtraject is gestart. Per 1 april 2014 is werknemer boventallig verklaard en vrijgesteld van het verrichten van zijn werkzaamheden. De aangevraagde ontslagvergunning is geweigerd door het UWV, omdat het UWV de functie van werknemer niet onderling uitwisselbaar achtte met de functie van medewerker informatievoorziening. Op 25 september 2014 zijn afspraken gemaakt over werkhervatting bij Meander. Tijdens dit gesprek is werknemer medegedeeld dat hij als gevolg van de reorganisatie niet zijn oude werkzaamheden 'grootboek' zou kunnen verrichten maar ingedeeld zou worden in het 'bankteam'. Vervolgens heeft Meander met grote regelmaat voortgangs-, evaluatie- en beoordelingsgesprekken met werknemer gevoerd en ervoor zorg gedragen dat de inhoud van deze gesprekken uitgebreid in verslagen is vastgelegd. Werknemer verzoekt ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens een verstoorde arbeidsrelatie en verzoekt een vergoeding met C=2 (€ 321.187) toe te kennen. Meander stelt primair dat er geen grond is voor ontbinding. Als de arbeidsovereenkomst wel wordt ontbonden en aan werknemer een vergoeding wordt toegekend, verzoekt Meander te bepalen dat die vergoeding niet meer dan € 75.000 (transitievergoeding waarop werknemer na 1 juli 2015 recht zou hebben) bedraagt.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Het voorstel van Meander om bij aanhoudend disfunctioneren van werknemer een verplichte opleiding en in het meest verstrekkende geval een nog lagere (aangepaste) functie aan werknemer aan te bieden, ziet werknemer niet zitten. Gelet op de standpunten van partijen, wordt de arbeidsovereenkomst ontbonden. Bij het

bepalen van de datum van de ontbinding zal geen rekening gehouden worden met de fictieve opzegtermijn. Ten aanzien van de vergoeding wordt het volgende overwogen. De handelwijze van Meander na de weigering van de ontslagvergunning bij het UWV getuigt niet van goed werkgeverschap en de vereiste zorgvuldigheid. Terugkeer van werknemer binnen de afdeling is voor Meander geen optie. In plaats van werkhervatting dan wel het opstarten van een verbetertraject heeft Meander aangestuurd op beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Hiermee heeft Meander te voorbarig gehandeld en de relatie tussen partijen onnodig onder druk gezet. De wijze waarop Meander vervolgens de op 25 september 2014 gemaakte afspraken (nader) heeft ingevuld getuigt evenmin van goed werkgeverschap en de vereiste zorgvuldigheid. De wekelijkse gesprekken die zouden gaan over zaken waar ondersteuning bij nodig was en de driewekelijkse gesprekken ter zake het bespreken van de uitvoering van de taken worden – zo blijkt uit de verslaglegging van die gesprekken – evaluatiegesprekken. Voorts dient wel vastgesteld te worden dat het functioneren van werknemer te wensen heeft overgelaten. Het functioneren zat tegen disfunctioneren aan. Werknemer heeft dit niet betwist. Uit de verslaglegging van die gesprekken blijkt verder dat Meander veel druk op werknemer heeft uitgeoefend. Dit getuigt echter niet van goed werkgeverschap, zeker niet nu werknemer spanningsklachten ondervindt, zes maanden niet werkzaam is geweest door de op non-actiestelling wegens boventalligheid, bij terugkomst te maken kreeg met een inmiddels doorgevoerde reorganisatie en in het bankteam wordt ingedeeld, terwijl zijn oude werkzaamheden, te weten grootboek, wel nog binnen de organisatie verricht worden maar bij andere collega's zijn belegd. Meander is er niet in geslaagd voldoende aannemelijk te maken waarom werknemer dit deel van zijn oude werkzaamheden niet langer meer kon verrichten en dat onderzoek is gedaan naar andere (passende) functies. Een vergoeding van € 107.500 ($C = \pm 0,75$) wordt, gelet op de omstandigheden, billijk geacht. Het beroep van Meander op de 'habe nichts/habe wenig'-exceptie kan, bij gebreke van deugdelijke onderbouwing, geen stand houden.

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 27-05-2015

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2015:4391

Zaaknummer: 4074207 AZ VERZ 15-84

Rechters: P. Hoekstra

Advocaten: S.J.W.M. Vonken en C.A.H. Lemmens

Wetsartikelen: 7:685 BW