

Nieuwsbrief AR Updates - Nummer 33, 2015

Nummer 33, 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 Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2015:3267 11-08-2015

X Beheer BV/werknemer

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2015:3250 11-08-2015

werkgever/Stichting Bedrijfstakpensioenfondsen voor het beroepsvervoer over de weg

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2015:3181 11-08-2015

werknemer/Stichting Thuiszorg Helpende Hand

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2015:3188 11-08-2015

ARP X BV/werknemer

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2015:5950 11-08-2015

werkgever/werknemers c.s.

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2015:5958 11-08-2015

werkgever/werknemer

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2015:5998 11-08-2015

werknemer/Azur Investments Nederland B.V.

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2015:3185 11-08-2015

Pyton Communication Services B.V./werkneemster

Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2015:2120 11-08-2015

werkgever/SRLEV NV (Reaal)

Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2015:2144 11-08-2015

werkneemster/Kinderdagverblijf Funny Kids V.O.F.

Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2015:2116 11-08-2015

werknemer/Machinebouw en Reparatiebedrijf X BV

Rechtbank

Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2015:5903 13-08-2015

Stichting X/werknemer

Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2015:5168 10-08-2015

Stichting Altra/werknemer

Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2015:9289 06-08-2015

Stichting Horizon/werknemer

Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2015:5208 30-07-2015

LVDZ B.V./werknemster

Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2015:6703 30-07-2015

De Zwaluw Logistiek B.V./werknemer

Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2015:5474 29-07-2015

werknemer/werkgeefster

Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2015:5337 22-07-2015

Federatie Nederlandse Vakbeweging/Akzo Nobel Industrial Chemicals B.V.

Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2015:3509 21-07-2015

werknemer/werkgever

Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2015:3956 09-06-2015

Ten Kate Vetten B.V./werknemer

Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2015:3974 22-05-2015

Stichting Regionale Ambulancevoorziening Groningen/werknemer

Annotatie

Arbeidsverhoudingen, de weg van de minste weerstand en de cao

mr. dr. J.H. Even

ANNOTATIE

Arbeidsverhoudingen, de weg van de minste weerstand en de cao

mr. dr. J.H. Even

1. Inleiding

Arbeidsverhoudingen komen in diverse pluimages. Dat is altijd al zo geweest en daar is op zich niks mis mee. Dit kan anders zijn als de rechtsvorm van de arbeidsovereenkomst – die in bepaalde situaties van afhankelijkheid de norm zou behoren te zijn – wordt ontlopen, doordat de sterkere partij aan de zwakkere partij een andere (die zwakkere partij minder bescherming biedende) rechtsvorm oplegt. De sterkere partij zoekt dan de weg van de minste weerstand. De arbeidsovereenkomst roept bij veel ondernemers heel wat weerstand op, zeker de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd (zie over het steeds ‘zwaarder beladen’ van de arbeidsovereenkomst recent nog de ‘Ter Visie’ van R.M. Beltzer in *Tijdschrift voor Arbeid & Onderneming* 2015/2, p. 43-44). Die weerstand is wat minder bij de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, die in elk geval van rechtswege eindigt. De wetgever heeft bij introductie van de WWZ de weerstand willen verminderen bij de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, terwijl de bepaaldetijder juist wat bescherming erbij kreeg: ‘vast minder vast, flex minder flex’. Een andere categorie werkenden, de zelfstandigen, vaak zzp’ers, kwam er bekaaid vanaf. De zzp’er die toch al weinig kan genieten van het hoge beschermingsniveau van de werknemer, werd bij introductie van de tweede tranche van de WWZ de bescherming die het BBA soms kon bieden afgenomen. De keuze hiervoor van de wetgever was overigens begrijpelijk: de preventieve toets wordt opgenomen in het BW en dat beperkt zich tot de arbeidsovereenkomst (*Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 30). Verschillende rechtsvormen hebben verschillende regimes. En de zzp’er loopt als ondernemer nu eenmaal ondernemingsrisico. Bovendien, zo voegde de wetgever terecht toe, bieden rechtsvermoedens de zzp’er de mogelijkheid in voorkomend geval het standpunt in te nemen dat hij geen zzp’er, maar werknemer is. Er waren aldus twee smaken mogelijk: de ‘beschermde’ werknemers, die nog onderverdeeld kunnen worden in de bepaalde- en de onbepaaldetijder, en de ‘onbeschermde’ zelfstandige.

En toch wringt deze heldere keuze in de praktijk. Want ook zelfstandigen komen in diverse pluimages. Je hebt, in uitersten, ‘echte’ zelfstandigen – degenen die voor ‘eigen ondernemerschap’ hebben gekozen, onafhankelijk zijn en die werkelijke onderhandelingsruimte hebben bij het overeenkomen van de opdrachtovereenkomst – en ‘schijnzelfstandigen’ – degenen die weinig tot geen keuze hebben, afhankelijk zijn en voor wie de onderhandelingsruimte eigenlijk illusoir is. Die laatste categorie heeft het moeilijk. De angst is bovendien dat zij bereid zijn voor een appel en een ei werk te aanvaarden, en daarmee de ‘reguliere’ werknemer uit de markt drukken. Deze angst bestond bijvoorbeeld in de architectenbranche. Het antwoord hierop werd gevonden door het in de cao architecten opnemen van een minimumtarief voor zzp’ers. Iedereen kan dan aan de slag tegen een bepaald afgesproken tarief, zonder dat dit leidt tot verdrukking van de reguliere werknemer. De wet biedt ruimte voor een dergelijke oplossing, omdat de cao gezien artikel 1 lid 2 WCAO ook kan zien op onder andere overeenkomsten van opdracht. Zo’n cao kan gezien artikel 2 lid 4 Wet AVV algemeen verbindend worden verklaard.

Toch is deze oplossing niet zonder kritiek. De eerste ‘z’ van zzp’er staat immers voor zelfstandige. Het oogt niet echt zelfstandig als de zzp’ers kennelijk niet in staat zijn individueel acceptabele voorwaarden te bedingen en daarvoor de bescherming van het collectief nodig hebben. Het ondernemerschap lijkt hiermee ook tot op zekere hoogte teloor te gaan. Er is vanuit sommige zzp-organisaties dan ook commentaar hierop gekomen. Als de zzp’er daarentegen niet om deze bescherming heeft gevraagd, maar deze uitsluitend uit de koker komt van de werknemers om verdrukking te voorkomen, voelt het niet zonder meer beter. De cao regelt dan voorwaarden over, maar niet met de doelgroep. De legitimiteit lijkt dan ver weg. Daar staat tegenover dat er wel een duidelijk belang is voor de werknemers dit onderwerp bij cao te regelen. Zie over deze voors en tegens ook F.L.J. Pennings, ‘Exceptie van de mededingingsbepalingen voor (schijn)zelfstandigen: de zaak FNV KIEM’, *NTER* 2015/4.

Naast deze aarzelingen roept een cao voor zelfstandigen juridisch vragen op. Een voor de hand liggende vraag is of een cao eigenlijk wel voorwaarden mag regelen over zelfstandigen, of dat dit in strijd is met het mededingingsrecht. Zoals bekend, onttrekt de cao (1) gesloten tussen werkgevers(organisaties) enerzijds en werknemersorganisaties anderzijds met (2) als doel het rechtsreeks bijdragen aan de verbetering van arbeidsvoorwaarden van de werknemers, zich aan de regels van mededingingsrecht (zie art. 16 Mededingingswet, zoals gebaseerd op HvJ EG 21 september 1999, C-67/97 (Albany)). Dit geldt volgens het Hof van Justitie EU niet voor echte zelfstandigen, maar wel voor schijnzelfstandigen (HvJ EU 4 december 2014, C-413/13 (FNV KIEM)). Schijnzelfstandigen zijn werkenden die naar nationaal recht zelfstandigen zijn, maar waarbij die zelfstandigheid niet echt is. Er is volgens het Hof sprake van een schijnzelfstandige wanneer de persoon (1) handelt onder leiding van zijn ‘werkgever’ wat

betreft onder meer de vrijheid om zijn tijdschema en de plaats en inhoud van zijn werk te kiezen, (2) niet deelt in de commerciële risico's van die 'werkgever', en (3) tijdens de duur van de arbeidsverhouding is opgenomen in de onderneming van die 'werkgever', waarmee hij een economische eenheid vormt.

Een andere vraag die de cao voor zelfstandigen juridisch oproept, houdt verband met de drie kerningrediënten van de cao: vakverenigingsvrijheid, recht op collectief onderhandelen en het stakingsrecht. Dat laatste is noodzakelijk om, zo wordt vaak gezegd, het collectieve onderhandelen niet tot collectief bedelen te laten verworden. Komt dit stakingsrecht de zelfstandige eigenlijk wel (ten volle) toe? Over die vraag gaat het hier te bespreken vonnis.

2. De casuspositie

Bij PostNL werken zelfstandige pakketbezorgers. Dat kunnen zzp'ers zijn, maar ook zelfstandigen met werkend personeel (zmp'ers) en zelfstandigen met een zelfstandige (zmz'ers). Sommige zelfstandigen hebben uitsluitend PostNL als opdrachtgever, terwijl anderen er ook andere opdrachtgevers op nahouden. Er is lange tijd onvrede binnen de pakketbezorgers over de wijze waarop zij hun werk moeten verrichten en de beloning die ze daarvoor ontvangen. Een deel van de pakketbezorgers heeft zich verenigd in de vereniging Subco Partners. Subco komt op voor de belangen van de pakketbezorgers. Maar ook FNV trekt zich het lot van de pakketbezorgers aan. FNV heeft met PostNL een akkoord bereikt over de verbetering van de arbeidsvoorwaarden van zelfstandige pakketbezorgers. Een van de afspraken is dat PostNL alle zzp'ers een arbeidsovereenkomst zal aanbieden. In verband met onvoldoende steun door de achterban van FNV, is dit akkoord nooit geformaliseerd. Niettemin is PostNL bereid dat akkoord gestand te doen ten opzichte van de zzp'ers. De zzp'ers die geen arbeidsovereenkomst wensen, komen in aanmerking voor een toeslag. De zelfstandigen die geen zzp'er zijn – dat wil zeggen de zmz'er en de zmp'er – voelen zich tekortgedaan. Zij willen ook in de onderhandeling worden betrokken. PostNL geeft aan dat zij het akkoord niet op hen kan toepassen, omdat dit fiscaal niet kan.

De onvrede die vervolgens is ontstaan, heeft aanleiding gegeven voor het voeren van collectieve acties. Dat heeft op 14 juli 2015 tot een kortgedingzitting geleid tussen PostNL enerzijds en Subco en de gedaagde in deze procedure – in zijn rol van actieleider – anderzijds. Naar aanleiding daarvan zijn partijen weer in gesprek geraakt, hetgeen in de optiek van PostNL op dezelfde dag tot de afspraak heeft geleid dat eerder genoemde partijen zouden verklaren niet achter de stakingen te staan en dat met hen het overleg zou worden hervat. Op 15 juli 2015 gaat Subco daadwerkelijk verder in gesprek met PostNL, maar gedaagde laat de uitnodiging hiervoor schieten. Hij participeert daarentegen via whatsappberichten in het organiseren van verdere acties. Op 16 juli 2015 vinden weer blokkades bij depots van PostNL

plaats. Gedaagde wordt door PostNL die dag voor overleg uitgenodigd en daaraan geeft hij gehoor. Op 17 juli 2015 wordt dit gesprek weer hervat, en schuift Subco eveneens aan. Dit heeft volgens PostNL geleid tot een onderhandelaarsakkoord ten aanzien van de positie van de zmp'er en de zmp'er. Subco en gedaagde zouden dit akkoord volgens PostNL aan hun achterban voorleggen. Op 18 juli 2015 vinden weer stakingen plaats, waaraan gedaagde deelneemt en deze wederom via whatsappberichten mede organiseert: door zelfstandigen worden bepaalde toegangen tot de depots van PostNL geblokkeerd. Werkwillige pakketbezorgers worden belemmerd in hun toegang tot deze depots. PostNL wil dat de blokkades eindigen. De 'stakende' zelfstandigen vinden dat zij aan deze wens geen gehoor hoeven te geven, aangezien zij een beroep zouden kunnen doen op het stakingsrecht. PostNL betwist dit en stelt zich op het standpunt dat aan de zelfstandige ondernemer geen stakingsrecht toekomt. Daarmee zijn de collectieve acties onrechtmatig tegenover PostNL. Gedaagde moet volgens PostNL ophouden met het meewerken aan de collectieve acties.

3. Beoordeling

De voorzieningenrechter stelt voorop dat het in beginsel onrechtmatig is de normale bedrijfsvoering van PostNL te frustreren door de toegangen tot de depots te blokkeren. Dat zou anders zijn als er een rechtvaardigingsgrond hiervoor bestaat, zoals het stakingsrecht dat is neergelegd in artikel 6 aanhef en onder 4 ESH. Dat artikel heeft immers rechtstreekse werking in Nederland (HR 30 mei 1986, ECLI:NL:HR1986:AC9402, NJ 1986/688). De voorzieningenrechter oordeelt dat de tekst van dit artikel en de strekking van de ESH zien op de verhouding tussen werkgevers en werknemers. Het artikel is daarmee niet bedoeld voor zelfstandigen. Zij kunnen zich hierop niet beroepen. Dat betekent dat hun acties onrechtmatig jegens PostNL zijn.

Dit zou volgens de voorzieningenrechter een uitzondering kunnen lijden wanneer de groep zelfstandige ondernemers in werkelijkheid schijnzelfstandigen zijn. Dat wil zeggen dienstverleners waarvan de situatie vergelijkbaar is met die van werknemers. Voor de definitie van schijnzelfstandigen verwijst de voorzieningenrechter naar de al aangehaalde uitspraak van het Hof van Justitie EU inzake FNV KIEM.

Als al zou worden aangenomen dat de betrokken partijen geen echte maar schijnzelfstandigen zijn, en gedaagde de betrokken pakketbezorgers 'vertegenwoordigt', dan gaat een beroep op artikel 6 aanhef en onder 4 ESH volgens de voorzieningenrechter echter nog steeds niet op, omdat de acties niet onder de reikwijdte vallen van het stakingsrecht zoals neergelegd in dit artikel. Hier gaat het volgens de rechter, als ik het vonnis goed begrijp, (1) niet om een *werkelijke staking*. De acties lijken daarentegen veel meer op een 'flashmob'. Er is geen duidelijke organisatie van de acties en geen grip op de betrokken pakketbezorgers. Bovendien

zijn er volgens de voorzieningenrechter (2) geen aanknopingspunten gebleken die erop wijzen dat het doel van de acties is geweest om te komen tot een doeltreffende manier van onderhandelen. In dat verband oordeelt de voorzieningenrechter dat er geen duidelijke vertegenwoordiger is van de pakketbezorgers; Subco en gedaagde zouden in elk geval geen 'duidelijk mandaat' hebben gehad van de groep van zelfstandige pakketbezorgers. Het is onduidelijk voor wie gedaagde precies optreedt. Tot slot is (3) niet duidelijk geworden of er een gemeenschappelijke oplossing voor alle actievoerende pakketbezorgers wordt nagestreefd of kan worden nagestreefd en zo ja hoe PostNL dit zou moeten uitvoeren.

Hiermee zijn de acties volgens de voorzieningenrechter onrechtmatig. Het organiseren van dergelijke acties wordt voor de toekomst dan ook verboden.

4. Analyse

De kern van deze uitspraak is dat zelfstandigen niet beschikken over het stakingsrecht van artikel 6 ESH. Acties van dergelijke zelfstandigen worden als hoofdregel als onrechtmatig beschouwd. Als de zelfstandigen 'schijnzelfstandigen' zijn, zoals gedefinieerd in de uitspraak van het Hof van Justitie EU inzake FNV KIEM, dan kunnen ze mogelijk wel een beroep doen op het stakingsrecht. Ze zullen dan uiteraard wel de regels voor een rechtsgeldige staking moeten volgen.

Het oordeel dat het ESH is geschreven voor werknemers(organisaties) en werkgevers(organisaties) lijkt mij juist. Dat de zelfstandige hierop geen beroep kan doen lijkt mij dan ook een logisch gevolg. Wat wel opvalt is dat daarvoor, naar het lijkt, geen ander toetsingskader in de plaats komt: acties die niet zijn gedekt door het ESH lijken gezien het vonnis automatisch onrechtmatig te worden bevonden. Dat schijnbare automatisme verbaast mij wat en een alternatief kader waaraan kan worden getoetst of de acties toch nog geoorloofd zijn lijkt mij niet gek. Dat een staking die niet wordt gedekt door het ESH toch rechtmatig kan zijn, is volgens mij namelijk niet op voorhand uitgesloten. Wellicht dat het oude arrest van de Hoge Raad (HR 15 januari 1960, *NJ* 1960/84 (Panhonlibco)) inspiratie kan bieden. In dat arrest huldigde de Hoge Raad het standpunt dat een collectieve actie (overigens wel uitgevoerd door werknemers) onrechtmatig is, tenzij de actie is ingegeven door omstandigheden die van dien aard zijn dat 'naar de heersende rechtsovertuiging in redelijkheid van de werknemers niet kan worden gevergd de arbeid voort te zetten of bepaalde werkzaamheden te verrichten'. Niet uitgesloten is dat iets dergelijks ook toegepast kan worden op zelfstandigen. Het is goed voorstelbaar dat in de onderhavige procedure in het geheel niet over een dergelijk alternatief toetsingskader is gesproken, maar uitsluitend over het antwoord op de vraag of de staking door het ESH wordt gedekt. Het lijkt bovendien uitgesloten dat de zelfstandigen zo'n alternatieve toets wel zouden halen, en de wel door de

rechter uitgevoerde toets aan het bepaalde van artikel 6 ESH niet.

De introductie van de ‘schijnzelfstandige’ in deze procedure is een interessante. Het is immers geen gegeven dat een begrip dat door het Hof van Justitie EU is geïntroduceerd in een specifieke mededingingsrechtelijke zaak ook wordt toegepast in het totaal andere verband van het ESH. Het past overigens wel bij de banden die er zijn tussen de EU en de Raad van Europa, de opsteller van het ESH: de Unie is toegetreden tot een ander verdrag van de Raad van Europa, het EVRM (art. 6 lid 2 Verdrag EU). Hoe dan ook, gezien het beroep op schijnzelfstandigheid, zijn partijen er in elk geval klaarblijkelijk van uitgegaan dat, ondanks de eventuele rechtsvermoedens, geen sprake is van (verkapt) werknemerschap. De juistheid van dat standpunt lijkt tegen de achtergrond van de uitspraak van de Rechtbank Amsterdam van 16 maart 2015, AR Updates 2015-0278, in elk geval voor de z mz’er en de z mp’er aannemelijk, nu in die zaak expliciet is uitgemaakt dat de postbezorger die zich voor het werk door anderen laat bijstaan een zelfstandige en geen werknemer is. De voorzieningenrechter toetst na introductie van deze mogelijkheid echter *niet* of de participerende zelfstandigen daadwerkelijk als schijnzelfstandigen zijn aan te merken. Ik denk dat die toets negatief zou uitpakken, omdat de staking naar het lijkt werd aangegrepen door de z mz’ers en z mp’ers en niet door de z zp’ers. Juist in een situatie waarin meerdere personen de werkzaamheden die voortvloeien uit een enkele opdracht verrichten (zoals bij de z mz’ers en de z mp’ers), en waarbij dus onder andere keuzeruimte is wie deze werkzaamheden op welk moment uitvoert, lijkt schijnzelfstandigheid mij niet voor de hand te liggen; dat zou eerder bij de z zp’ers spelen.

De rechter laat dus in het midden of het in deze zaak om schijnzelfstandigen gaat. In plaats daarvan toetst de voorzieningenrechter of het ESH de onderhavige acties zou dekken. De wijze waarop de voorzieningenrechter dit doet, is naar mijn mening wat onoverzichtelijk en de gemaakte keuzes zijn niet steeds logisch. Het lijkt erop dat de voorzieningenrechter als eerste argument voor zijn oordeel ten grondslag legt de stelling dat de onderhavige acties niet kunnen kwalificeren als ‘collectieve acties’ zoals benoemd in het ESH, maar als iets anders, namelijk flashmobs. Dit is wat opmerkelijk, omdat collectieve acties uit het ESH breed moeten worden opgevat. Er wordt wel van uitgegaan dat flashmobs tevens hieronder kunnen vallen. Ik verwijs in dat verband bijvoorbeeld naar de annotatie van Verhulp in de zaak FNV/Enerco (HR 31 oktober 2014, NJ 2015/252), waarin hij expliciet stelt dat ook flashmobs gedekt kunnen worden door het ESH. Het had eerder voor de hand gelegen dat de voorzieningenrechter zou toetsen of de gebruikte actievorm – de blokkades – onder de reikwijdte van het begrip collectieve actie van het ESH valt dan wel beperkt dient te worden. Zie hierover ook de laatste paragraaf van HR 19 juni 2015, JAR 2015/188, m.nt. A. Stege (FNV/Amsta). Dat het ontbreken van een voldoende duidelijke organisatie van de collectieve acties, alsmede van voldoende grip op de stakers de conclusie zou wettigen dat de acties niet gedekt worden door het ESH,

zoals de voorzieningenrechter lijkt te veronderstellen, acht ik betwistbaar. Ik zie die eis niet in het ESH terug, terwijl feitelijk wel degelijk vaststaat dat er gezien de vele whatsappberichten die door gedaagde zijn verzonden enige vorm van organisatie heeft plaatsgevonden en dat gegeven het succes van sommige acties in elk geval een bepaalde grip aanwezig is. Ik merk hierbij op dat vakbonden geregeld ook geen volledige grip hebben op de stakers bij het uitvoeren van collectieve acties, en dat bij wilde stakingen de grip al helemaal vaak ver valt te zoeken.

Het tweede argument dat de voorzieningenrechter brengt tot de conclusie dat deze acties niet onder het ESH vallen – de acties kunnen niet bijdragen tot een doeltreffende manier van onderhandelen, vanwege het feit dat er geen duidelijke vertegenwoordiging is van de achterban door de gedaagde – overtuigt mij evenmin. Nog los van de juridische twijfelachtigheid van dit argument, mis ik de feitelijke grondslag hiervan. PostNL ging er immers van uit dat de gedaagde namens zijn achterban onderhandelde: het volgens PostNL bereikte onderhandelingsakkoord zou immers door onder andere gedaagde aan die achterban moeten worden gepresenteerd ter oplossing van het geschil. Tussen partijen lijkt dus *in confesso* dat gedaagde enige vorm van achterban heeft met wie hij kan communiceren. Het lijkt mij niet aan de rechter zelfstandig additionele eisen te stellen aan de communicatie met de achterban, om bij een oordeel dat deze onvoldoende doelmatig verloopt te beslissen dat de actie niet kan bijdragen aan doeltreffend onderhandelen. De aanvullende ‘eis’ die de voorzieningenrechter in het kader van de relatie tot de achterban lijkt te stellen, te weten dat Subco en gedaagde over een ‘duidelijk mandaat’ zouden moeten beschikken van hun achterban, is nieuw voor mij. Die eis is niet terug te vinden in het ESH en past evenmin bij de praktijk. Een dergelijk mandaat is er eigenlijk nooit, vandaar dat de achterban ook steeds moet worden geraadpleegd over de behaalde onderhandelingsresultaten. Het gaat juridisch in deze gevallen over representeren en niet over vertegenwoordigen. Evenmin zie ik in wat het ertoe doet dat de gedaagde niet nauwkeurig kon aanduiden voor wie hij optreedt: als gezegd erkende PostNL gedaagde als een representant van de stakende pakketbezorgers en daarmee als onderhandelingspartner.

Tot slot is mij onduidelijk waarom het antwoord of er wel of niet een gemeenschappelijke oplossing voor alle actievoerende pakketbezorgers wordt nagestreefd of kan worden nagestreefd ertoe doet bij de beoordeling of staken al of niet rechtmatig is. Dit was het derde en voor zover ik zie laatste argument op grond waarvan de voorzieningenrechter vond dat de acties niet door het ESH zijn gedekt. Een staking hoeft immers niet gericht te zijn op een ‘gemeenschappelijke’ oplossing van het conflict; een deeloplossing kan evenzeer. Als een oplossing überhaupt nooit mogelijk zou zijn, zou dat wel relevant zijn. Maar in dit geval was een (deel)oplossing niet bij voorbaat uitgesloten. Er was in een eerder stadium immers al een

mogelijke oplossing besproken, zoals vastgelegd in het onderhandelaarsakkoord, waarmee bovendien een schijnbaar werkbare oplossing voor het geschil was gevonden.

Op andere argumenten die mogelijk meebrengen dat het organiseren van verdere collectieve acties niet door de beugel kan, wordt door de voorzieningenrechter niet ingegaan. Toch lagen enkele van die argumenten naar het lijkt voor de hand. Zo dunkt mij dat als gedaagde daadwerkelijk het onderhandelaarsakkoord heeft afgesloten, zoals gesteld door PostNL, dat dit een sterk argument is dat meebrengt dat gedaagde had moeten afzien van het oproepen van stakingen. Zo'n onderhandelaarsakkoord moet in plaats daarvan worden neergelegd bij de achterban. Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam (vzr.) 24 november 2006, *JAR* 2006/299 (ECT/FNV).

5. Waar brengt dit ons?

Dit alles brengt ons tot een tamelijk gecompliceerde situatie:

a. Een cao die is gesloten tussen werkgevers(organisaties) enerzijds en werknemersorganisaties anderzijds met als doel het rechtstreeks bijdragen aan de verbetering van arbeidsvoorwaarden van werknemers, onttrekt zich aan de regels van het mededingingsrecht. Er mogen tussen en over hen dus vrijelijk afspraken worden gemaakt. Voor het tot stand komen van een dergelijke cao gelden alle kerningrediënten, waaronder dus ook het stakingsrecht zoals toegekend aan werknemers(organisaties), zoals gebaseerd op artikel 6 aanhef en onder 4 ESH.

b. De contractueel 'zelfstandige' die op basis van de rechtsvermoedens toch eigenlijk een werknemer is, kan zich ook op bovengenoemde regels beroepen. Hij is immers bij een succesvol beroep op deze rechtsvermoedens in werkelijkheid een werknemer en geen zelfstandige.

c. De 'echte' zelfstandige kan meewerken aan het sluiten van een cao, en zijn positie kan in de cao worden geregeld, mits dit niet in strijd is met het mededingingsrecht. Er wordt in dit geval namelijk ten volle aan het mededingingsrecht getoetst. Afspraken over loon zullen al snel in strijd met het mededingingsrecht komen (zie in die zin ook Rb. Zeeland-West-Brabant 11 februari 2015, *AR Updates* 2015-0146). Deze zelfstandige zal zich bij het afsluiten van een cao niet kunnen beroepen op het stakingsrecht uit het ESH. Dat is niet ontworpen voor de zelfstandige. Hij zal op een andere wijze invloed moeten uitoefenen op de inhoud van de cao. Mogelijk geldt voor hem een ander toetsingskader als hij toch tot collectieve acties overgaat.

d. Maar dan heb je ook nog de tussencategorie van de schijnzelfstandige. Deze is naar nationaal recht een zelfstandige, maar naar internationaal recht niet. Hij mag naar het lijkt een

beroep doen op artikel 6 aanhef en onder 4 ESH. De cao die namens hem is gesloten of die over hem een regeling treft, onttrekt zich bovendien aan het mededingingsrecht.

Hiermee is de heldere keuze uit de WWZ – je bent (al dan niet na een succesvol beroep op de rechtsvermoedens) werknemer met de daarbij behorende bescherming, of je bent zelfstandige en hebt die bescherming (uitzonderingen als art. 7:658 BW daargelaten) niet – op de tocht komen te staan. Er is een tussencategorie, de schijnzelfstandige (een uitzondering die overigens niet vreemd is aan het sociaalzekerheidsrecht, denk aan het Rariteitenbesluit). Die schijnzelfstandige wordt in elk geval door het HvJ beschouwd als persoon die beschermd zou moeten worden, omdat hij veel op de werknemer lijkt. Dit is ook iets wat het kabinet wil: de ‘zwakke’ zelfstandige moet worden beschermd. Hiermee is de wetgever druk doende. Denk bijvoorbeeld aan het wetsvoorstel wijziging van de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag in verband met het van toepassing verklaren van die wet op nader bepaalde overeenkomsten van opdrachten. Dit wetsvoorstel is bedoeld om ‘oneigenlijk gebruik’ van de opdrachtovereenkomst te voorkomen. Van oneigenlijk gebruik is volgens de wetgever sprake ‘als de overeenkomst van opdracht is opgesteld met het kennelijk doel te vermijden dat de opdrachtnemer aanspraak kan doen gelden op het wettelijk minimum loon en de wettelijke minimum vakantiebijslag’ (*Kamerstukken II 2012/13, 33623, 3. p. 2*). Dit is weer net een ander criterium dan het criterium van schijnzelfstandigheid zoals (later dan deze wetsgeschiedenis) door het HvJ EU geïntroduceerd. Probleem van zo’n wet is dat deze niet zo makkelijk past in het EU-recht, omdat de vrijheid van dienstverrichting niet zonder meer mag worden belemmerd (zie hierover *Kamerstukken II 2012/13, 33623, 4, p. 8*).

Kortom: de aan de orde zijnde problematiek is niet met een pennenstreek op te lossen. Een oplossingsrichting zou kunnen zijn het verbreden van het begrip arbeidsovereenkomst, zodat de schijnzelfstandigen daar ook onder vallen. Dan worden veel (Europeesrechtelijke) problemen makkelijker voorkomen. Dit is evenwel niet een eenvoudig begaanbare weg, zo lijkt mij, juist omdat er al rechtsvermoedens zijn geïntroduceerd die werkenden relatief eenvoudig in titel 10 van Boek 7 BW kunnen trekken, maar die zoals aangegeven voor bijvoorbeeld de pakketbezorgers geen soelaas hebben geboden. Een nog groter bereik van de arbeidsovereenkomst door aanpassing van de definitie daarvan staat op gespannen voet met vrij ondernemerschap. Bovendien wordt zo de impact van de al zwaar beladen arbeidsovereenkomst alleen maar groter.

Een andere gedachte zou kunnen zijn de door Beltzer in zijn genoemde ‘Ter Visie’ gesuggereerde moderne variant van de *Code du Travail*, Wetboek van Arbeid, waarin verschillende niveaus van regulering voor verschillende groepen van werkenden zijn opgenomen. Een dergelijke oplossing suggereerde Houweling ook al in zijn oratie (A.R. Houweling, *Eigenaardig arbeidsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 25-30). In

dat geval wordt de stringente tweedeling tussen werknemer en zelfstandige losgelaten. Onmiddellijk worden dan wel nieuwe problemen gecreëerd, doordat de nieuwe categorieën ongetwijfeld ‘indelingsvraagstukken’ meebrengen. Mogelijk zullen deze vraagstukken wat minder moeizaam worden bevonden, omdat het verschil in regime tussen aanpalende categorieën kleiner zal zijn dan de verschillen die nu bestaan tussen werknemers en zelfstandigen. Dat verschil is immers wel erg groot.

RECHTSPRAAK

Stichting X/werknemer

Geregelde ontbinding wegens verstoorde arbeidsrelatie. Kantonrechter verstaat dat werkgeefster aan werknemer een vergoeding betaalt van € 125.000 bruto (transitievergoeding inbegrepen), zoals partijen hebben afgesproken.

Werknemer is sinds 1 oktober 1997 bij werkgeefster in dienst, laatstelijk in de functie van directeur. Beide partijen hebben de kantonrechter verzocht op de voet van artikel 96 Rv de tussen hen bestaande arbeidsovereenkomst te ontbinden op grond van artikel 7:671b jo. 7:669 lid 3 onderdeel g BW (verstoorde arbeidsrelatie). Werkgeefster heeft voorts te kennen gegeven dat werknemer thans arbeidsongeschikt is, maar dat binnen afzienbare tijd zijn herstel is te verwachten. Bovendien houdt het onderhavige ontbindingsverzoek geen verband met de ziekte of een ander opzegverbod. Werkgeefster heeft zich bereid verklaard om aan werknemer bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst een ontslagvergoeding te betalen van € 125.000 bruto, waarbij geldt dat in die vergoeding de transitievergoeding is begrepen.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Nu partijen het erover eens zijn dat sprake is van een verstoorde arbeidsverhouding op grond waarvan van werkgeefster niet kan worden verlangd de arbeidsverhouding voort te zetten en dat herplaatsing van werknemer in een andere passende functie niet tot de mogelijkheden behoort, wordt de arbeidsovereenkomst ontbonden. Gelet op de standpunten van partijen is immers sprake van een redelijke grond voor ontbinding als bedoeld in artikel 7:671b lid 1 onderdeel a BW, in verbinding met artikel 7:669 lid 3 onderdeel g BW. Voor wat betreft het verzoek tot toekenning van de tussen partijen afgesproken vergoeding van € 125.000 bruto overweegt de kantonrechter als volgt. In het kader van de ontbinding van een arbeidsovereenkomst biedt de wet de kantonrechter slechts de mogelijkheid om twee soorten vergoedingen toe te kennen, te weten de transitievergoeding en/of de billijke vergoeding. Toekenning van een billijke vergoeding aan een werknemer is – behoudens enkele hier niet van toepassing zijnde uitzonderingen – alleen mogelijk en bedoeld voor een geval waarin sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever, zoals onder andere in artikel 7:671b lid 8 onderdeel c BW is bepaald. Nu niet is gesteld of gebleken dat daarvan sprake is, kan de kantonrechter de tussen partijen

afgesproken vergoeding niet op die grond aan werknemer toekennen. Uit de stellingen van beide partijen blijkt dat genoemde vergoeding van € 125.000 bruto de transitievergoeding te boven gaat, terwijl bovendien geldt dat de tussen partijen afgesproken vergoeding hoger is dan het in artikel 7:673 lid 2 BW genoemde bedrag van € 75.000 bruto, zodat ook het bepaalde in genoemd artikel geen grondslag biedt voor toekenning van de door partijen afgesproken vergoeding. Voor afwijzing van de vergoeding bestaat echter ook geen grond, nu uit de stellingen van partijen blijkt dat zij daarover overeenstemming hebben bereikt. De kantonrechter ontbindt de arbeidsovereenkomst met ingang van 1 januari 2016 en verstaat dat werkgeefster aan werknemer een vergoeding betaalt van € 125.000 bruto, in welk bedrag de aanspraken van werknemer op de transitievergoeding begrepen zijn.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 13-08-2015

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2015:5903

Zaaknummer: 4353644 VZ VERZ 15-16360

Rechters: W.J.J. Wetzels

Advocaten: M.A. Kuyt-Fokkens en J.K. Bekhof

Wetsartikelen: 96 Rv, 7:671b BW, 7:669 lid 3 onderdeel g BW en 7:673 BW

RECHTSPRAAK

werkgever/SRLEV NV (Reaal)

Pensioen- en spaarfondsenwet. Opzegging collectieve verzekeringsovereenkomst zonder waardeoverdracht aan nieuwe verzekeraar, ontslaat werkgever niet bijstortingen te doen aan oude pensioenuitvoerder. Pensioenovereenkomst is pas uitgewerkt na stoppen uitbetaling pensioenuitkeringen.

Werkgever heeft in 1987 pensioentoezeggingen aan zijn werknemers gedaan en deze ondergebracht bij de rechtsvoorganger van Reaal. De Collectieve Verzekeringsovereenkomst is door werkgever bij brief van 25 juni 2004 opgezegd per 31 december 2004. De werknemers van werkgever zijn per 1 januari 2005 gaan deelnemen in het Bedrijfstakpensioenfonds voor de Bouwnijverheid (hierna: Bpf). Overdracht van de bij Reaal opgebouwde pensioenaanspraken naar het Bpf heeft niet plaatsgevonden. De centrale vraag is of werkgever gehouden blijft bijstortingen te doen aan Reaal voor de indexatie van de uit te keren pensioenen. Werkgever stelt zich op het standpunt dat het feit dat de werknemers per 1 januari 2005 volledig zijn gaan deelnemen aan de pensioenregeling van Bpf Bouw, betekent dat het pensioenreglement (tussen werkgever en de deelnemers) is beëindigd.

Het hof oordeelt als volgt. Op de onderhavige zaak is de Pensioen- en spaarfondsenwet (PSW) van toepassing, die per 1 januari 2007 is vervangen door de Pensioenwet. Het hof is van oordeel dat geen sprake is van een regeling die in de plaats is gekomen van de pensioenregeling tussen werkgever en haar (ex-)werknemers ten aanzien van de pensioenrechten die zijn opgebouwd tot 1 januari 2005, aangezien geen waardeoverdracht van die pensioenrechten heeft plaatsgevonden. Deze opgebouwde pensioenrechten zijn achtergebleven bij Reaal als pensioenverzekeraar. Uit artikel 2 PSW vloeit de wettelijke verplichting voort voor de werkgever die aan werknemers een pensioentoezegging heeft gedaan, om het pensioenvermogen buiten het ondernemingsrisico te brengen (de zogenaamde onderbrengingsplicht). De werkgever moet aan deze verplichting voldoen door het sluiten en in stand houden van een uitvoeringsovereenkomst met een toegestane pensioenuitvoerder, zolang er sprake is van verwerving van pensioenaanspraken. De pensioenverzekering onderscheidt zich van andere verzekeringsovereenkomsten juist

vanwege deze wettelijke onderbrengingsplicht en het gegeven dat door het doen van pensioentoezeggingen en de – verplichte – onderbrenging van die toezegging bij een pensioenuitvoerder/verzekeraar, een driehoeksrelatie ontstaat tussen werkgever, (ex-)werknemer en pensioenverzekeraar. Het hof is van oordeel dat een pensioenovereenkomst niet is ‘uitgewerkt’ bij het ingaan van het pensioen en/of het stoppen van premiebetalingen, maar pas bij het stoppen van de betalingen van de pensioenuitkering (zie ook A-G Timmerman in ECLI:NL:PHR:2013:CA0566, r.o. 5.11). Het stond en staat werkgever uiteraard vrij om naar een andere verzekeraar of pensioenuitvoerder over te stappen, maar uitgangspunt daarbij is dat werkgever wel dient te voldoen aan haar wettelijke onderbrengingsplicht die voortvloeit uit artikel 2 PSW. Dit heeft zij niet gedaan, door de tot 1 januari 2005 opgebouwde pensioenaanspraken waarop een onvoorwaardelijke indexeringsverplichting rust achter te laten bij Reaal. Het hof is dan ook van oordeel dat de kantonrechter tegen de achtergrond van deze onderbrengingsplicht terecht heeft geoordeeld dat, aangezien geen waardeoverdracht heeft plaatsgevonden naar het Bpf van de tot 1 januari 2005 opgebouwde aanspraken en werkgever de pensioentoezegging voor wat betreft de indexatie van de opgebouwde aanspraken ook niet bij een andere pensioenuitvoerder heeft ondergebracht, de pensioentoezegging van de tot 1 januari 2005 opgebouwde aanspraken (inclusief onvoorwaardelijke indexering) feitelijk ondergebracht is gebleven bij Reaal. De pensioenverzekeraar (Reaal) is niet aansprakelijk voor betalingsverzuimen van de verzekeringsnemer (werkgever), zo volgt uit artikel 4 lid 2 Regelen PSW. Tegen de achtergrond van deze wettelijke regeling kan niet geoordeeld worden dat Reaal op grond van de PSW en de Regelen PSW verplicht was om de pensioenen te indexeren. Dat Reaal is overgegaan tot indexering van de pensioenen na het – niet bindende – advies van de Ombudsman Pensioenen van 30 juni 2010, kan dan ook niet aan werkgever worden tegengeworpen.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 11-08-2015

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2015:2120

Zaaknummer: 200.117.744/01

Rechters: C.J. Frikkee, V. Disselkoen en J.J. Trap

Advocaten: R.F. van der Ham, B. van Duren-Kloppert en C.M.R. Muradin

Wetsartikelen: 2 PSW

RECHTSPRAAK

werkgever/werknemers c.s.

Uitleg CAO voor de binnenscheepvaart 2003-2005 bij systeemvaart inzake overwerkvergoeding en continutoeslag.

Werkgever drijft een onderneming voor de exploitatie van binnenvaartschepen. De werknemers behoren tot het varend personeel (in casu vier kapiteins en één matroos). Er zijn verschillende exploitatiewijzen (A1, A2 en B) met daarbij geldende verplichte rusttijden van de bemanning (Reglement onderzoek schepen op de Rijn 1995 (ROSR)). De arbeidsverhouding van de werknemers wordt voor de periode die het geschil betreft, mede beheerst door de CAO voor de binnenscheepvaart 2000-2002 respectievelijk 2003-2005. De werknemers varen in de systeemvaart (een bepaalde wijze van varen volgens de cao). Werknemers vorderen van werkgever zowel overwerktoeslag als de continutoeslag op grond van de cao.

Het hof oordeelt als volgt. Van stuiting noch verjaring is sprake. Vast staat dat de werknemers in de in deze procedure relevante periode werkzaam waren in de systeemvaart volgens een één-week-op-één-week-af-rooster met een dagelijkse dienstdag van 12 uren (11 uren arbeidstijd en 1 uur schafttijd) op een vaartuig (met een lengte van minder dan 70 meter) dat geëxploiteerd werd tussen 05:00 en 23:00 uur, dat wil zeggen in de semi-continuvaart. Het hof is van oordeel dat de in artikel 3.2 van de cao vermelde regeling met betrekking tot overwerk, evenals de regeling met betrekking tot de continutoeslag in artikel 3.7 (en ook de regeling met betrekking tot de systeemtoeslag in art. 3.6) zelfstandige aanspraken inhouden die de werknemers jegens werkgever geldend kunnen maken, aangezien het hier om verschillende vergoedingen/toeslagen gaat. Artikel 3.2 bevat een regeling die betrekking heeft op de door de werknemer buiten de dienstdag gewerkte uren die moeten worden vergoed tegen het tarief overwerk systeemvaart. Artikel 3.7 heeft betrekking op een vaste vergoeding die voortvloeit uit de exploitatie van het vaartuig in de (semi)continuvaart.

Het eerste geschilpunt is hoe ‘buiten de dienstdag’ moet worden uitgelegd. Volgens werkgever zijn dit slechts de uren bij het ‘dienstvenster’, dus na 23:00 uur tot 05:00 uur. Volgens werknemers elk uur buiten de dienstdag van 12 uren. In artikel 3.2 van de cao is – slechts – bepaald dat buiten de dienstdag gewerkte uren als overwerk worden vergoed. Het hof is van oordeel dat de hier vermelde bewoordingen ‘buiten de dienstdag’ verwijzen naar de dagelijkse

diensttijd van 12 uren zoals vermeld in de aanhef van hoofdstuk 3 van de cao en in artikel 3.1 lid 2 van de cao. Met betrekking tot de in artikel 3.2 vermelde diensttijd is (verder) geen enkele beperking gesteld, behalve dat deze moet vallen binnen het zogenaamde dagvenster in de semicontinuuvaart (tussen 05:00 uur en 23:00 uur). De uitleg van werkgever gebaseerd op andere hoofdstukken uit de cao, is niet relevant, daar alleen hoofdstuk 3 op de onderhavige werknemers van toepassing is.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 11-08-2015

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2015:5950

Zaaknummer: 200.135.943

Rechters: I.A. Katz-Soeterboek, P.L.R. Wefers Bettink en E.B. Knottnerus

Advocaten: W.J.M. Messelink en R.A. Severijn

Wetsartikelen: CAO voor de binnenscheepvaart 2003-2005 en Reglement onderzoek schepen op de Rijn 1995 (ROSR)

RECHTSPRAAK

werkneemster/Kinderdagverblijf Funny Kids V.O.F.

Uit de wekelijkse inroostering van werkneemster voor 36 uur per week volgt dat partijen een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met deze arbeidsomvang hebben beoogd aan te gaan. Geen toepassing artikel 7:610b BW wegens te korte referteperiode.

Werkneemster vordert in de onderhavige procedure loon over twee periodes. De eerste periode betreft een periode van ziekte, die door Funny Kids is betwist. De tweede periode ziet op de periode na hersteldmelding. Voor deze periode doet werkneemster een beroep op artikel 7:610b BW en vordert loon voor 36 uur per week.

Het hof oordeelt als volgt. Werkneemster heeft geen deskundigenbericht ex artikel 7:629a BW overgelegd noch anderszins aannemelijk gemaakt dat zij in de periode arbeidsongeschikt was wegens ziekte. Dit komt voor haar rekening en risico.

Werkneemster vordert loon vanaf 5 maart 2014. Op die datum had de arbeidsovereenkomst van partijen nog geen drie maanden geduurd. Van een referentieperiode van drie maanden als in artikel 7:610b BW bedoeld, was derhalve nog geen sprake. Artikel 7:610b BW mist daarom toepassing. Dat werkneemster ter onderbouwing van haar stelling dat tussen partijen een arbeidsovereenkomst (voor onbepaalde tijd) is ontstaan, geen argumenten kan ontleunen aan artikel 7:610b BW, betekent nog niet dat van een dergelijke overeenkomst in dezen geen sprake is. Uit de stellingen van werkneemster en de omvang en het arbeidspatroon waarin zij vanaf haar indiensttreding haar werkzaamheden heeft verricht, leidt het hof vooralsnog af dat het van meet af aan de bedoeling was van beide partijen dat van tevoren vaststond wanneer er in een week arbeid verricht werd. In de periode vanaf 18 december 2013 tot 5 maart 2014 (en ook voor de weken daarna in maart 2014) was werkneemster wekelijks ingeroosterd voor gemiddeld 36 uur per week. Werkneemster verrichtte wekelijks 36 uur arbeid op basis van een wekelijks rooster, zodat het hof hiervan uitgaat.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 11-08-2015

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2015:2144

Zaaknummer: 200.157.565/01

Rechters: C.J. Frikkee, S.R. Mellema en H.J. Vetter

Advocaten: O. Arslan en P.R.L.V.M. Kruik

Wetsartikelen: 7:610b BW en 7:629a BW

RECHTSPRAAK

werkgever/werknemer

E-mail aan alle collega's met verwijten aan werkgever als reactie op woede-uitval werkgever, levert geen ontslag op staande voet op.

Werknemer (bedrijfsleider) is op 16 januari 2015 op staande voet ontslagen. Aanleiding voor het ontslag is volgens werkgever het feit dat werknemer meermalen zijn weekstaten niet had ingeleverd. Toen hij daar op aangesproken werd door de echtgenote van werkgever, heeft werknemer op botte wijze gereageerd. Daarna heeft werknemer een e-mail vol met verwijten aan het hele bedrijf gestuurd met de eis dat werkgever zijn excuses zou aanbieden. Bovendien zou hij vertrouwelijke informatie aan een collega hebben doorgegeven. De kantonrechter heeft geoordeeld dat het ontslag op staande voet waarschijnlijk geen stand houdt in een bodemprocedure.

Het hof oordeelt als volgt. Ten aanzien van het verwijt met betrekking tot de op 14 januari 2015 aan de collega's van werknemer verzonden e-mail behoort tot die omstandigheden in dit geval ook de wijze waarop de directeur werknemer in het gesprek van 13 januari 2015 heeft bejegend. Uit diverse stukken en verklaringen blijkt dat de directeur jegens werknemer in woede is 'uitgebarsten'. Degenen die de e-mail in kopie hebben ontvangen waren ten tijde van de uitbarsting in het pand van werkgever aanwezig en zij hebben de uitbarsting en de daarop volgende woordenwisseling gezien of gehoord. Hoewel hij dit achteraf wellicht beter niet had kunnen doen, is niet onbegrijpelijk dat werknemer heeft besloten deze personen een kopie van de e-mail te zenden. Werknemer was, zoals hij in de e-mail ook aangeeft, aangeslagen door de wijze waarop hij was aangesproken. Alle omstandigheden van het geval in aanmerking nemende, is het hof dan ook voorshands van oordeel dat het in kopie aan medewerkers binnen de organisatie verzenden van de e-mail van 14 januari 2015 niet zodanig aan werknemer valt te verwijten dat dit een dringende reden voor een ontslag op staande voet oplevert. De overige gronden komen niet in rechte vast te staan.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 11-08-2015

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2015:5958

Zaaknummer: 200.168.969

Rechters: I.A. Katz-Soeterboek, E.B. Knottnerus en P.L.R. Wefers Bettink

Advocaten: A. Klaassen en C.C.M. Peper

Wetsartikelen: 7:677 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Machinebouw en Reparatiebedrijf X BV

Ontslag op staande voet werknemer na meermalen bezoeken pornosites niet onverwijld verleend. Redelijkheidsexceptie bij verval vakantiedagen (art. 7:640a BW) in geval van ontslag op staande voet.

Werknemer (geboren 1967) is op 1 mei 1987 in dienst getreden bij (de rechtsvoorgangster van) werkgever. Op 10 september 2012 is werknemer op non-actief gesteld. Bij brief van 11 september 2012 is werknemer door (de gemachtigde van) werkgever vervolgens op staande voet ontslagen. Als reden is opgevoerd dat op het workstation en in strijd met het geldende ICT-beleid pornografische afbeeldingen zijn aangetroffen op de pc, althans dat werknemer meermalen seksueel getinte sites bezocht. Werknemer had op 27 augustus 2012 nog bevestigd dat hij een kopie van het ICT-beleid uit 2008 had ontvangen. De kantonrechter heeft het ontslag op staande voet in stand gelaten.

Het hof oordeelt als volgt. Volgens vaste rechtspraak bepaalt de door de werkgever aan het ontslag ten grondslag gelegde en aan de werknemer onverwijld medegedeelde reden de omvang van het debat tussen partijen, vgl. HR 29 april 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0939. Uit de ontslagbrief blijkt dat het ontslag met name is gegrond op het veelvuldig bezoeken van pornosites door werknemer tijdens werktijd. Dat hiervan sprake was, was reeds in februari 2012 bij de directie van werkgever bekend. Toen werden er nieuwe servers geïnstalleerd en was men – na een melding van de installateur – bekend met het surfgedrag van werknemer. Van een specifieke waarschuwing aan het adres van werknemer dat hij in strijd handelde met het ICT-beleid door (veelvuldig) pornosites te bezoeken, is naar het oordeel van het hof geen sprake geweest. De algemene e-mail van de directie van werkgever van 27 augustus 2012, die is gericht aan alle personeelsleden en waarin erop wordt gewezen dat het ICT-beleid dat in 2008 is geformuleerd en uitgevaardigd nog steeds van kracht is, met als bijlage het ICT-beleid, kan niet als een specifieke waarschuwing worden aangemerkt jegens werknemer. Het hof is, gelet op het voorgaande, van oordeel dat het ontslag op staande voet niet onverwijld is gegeven. De vraag of daadwerkelijk sprake is geweest van veelvuldig surfen naar porno door werknemer, onder meer door overlegging van rapportage van Tosch Security, waarin de conclusie wordt getrokken dat het hoogst onwaarschijnlijk is dat het werknemer was die de

pornowebsites heeft bezocht en een logischere verklaring is dat het werkstation van werknemer besmet is geweest met malware, behoeft gelet op het oordeel over het ontbreken van de onverwijldheid niet verder beantwoord te worden. Het hof ziet in de aangevoerde omstandigheden (voorwaardelijke ontbinding is toegewezen, lange duur van de ontbindingsprocedure, werknemer zou dubbel inkomen genieten) geen redenen voor matiging van de loonvordering ex artikel 7:680a BW. Het hof ziet geen gronden voor rectificatie van berichtgeving rondom het ontslag van werknemer door werkgever.

Werknemer heeft tot datum voorwaardelijke ontbinding recht op loon, alsmede recht op vakantiedagen. In artikel 7:640a BW is wel bepaald dat de aanspraak op de wettelijke vakantiedagen zes maanden na de laatste dag van het kalenderjaar waarin de aanspraak is verworven verval, tenzij de werknemer tot aan dat tijdstip redelijkerwijs niet in staat is geweest vakantie op te nemen. Van laatstgenoemde uitzondering is naar het oordeel van het hof sprake in geval van een onterecht ontslag op staande voet. Dit betekent dat van verval van het recht op uitbetaling van de wettelijke vakantie-uren geen sprake is.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 11-08-2015

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2015:2116

Zaaknummer: 200.149.888/01

Rechters: C.J. Frikkee, V. Disselkoen en C.J. Loonstra

Advocaten: A. Heijink en J. van Arkel

Wetsartikelen: 7:677 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Azur Investments Nederland B.V.

Werknemer slaagt niet in bewijs van nieuwe afspraken over loon en netto- in plaats van brutoprovisieregeling. Partijgetuige.

(Zie ook AR 2014-0804.) Bij tussenarrest heeft het hof werknemer opgedragen te bewijzen feiten en omstandigheden waaruit volgt dat partijen in afwijking van de oorspronkelijk gemaakte afspraken onder meer zijn overeengekomen dat met ingang van 1 oktober 2007 een 40-urige werkweek en een nettosalaris van € 4.000 per maand gelden en dat de overeengekomen provisiebedragen een nettokarakter in plaats van een brutokarakter hebben.

Het hof oordeelt thans als volgt. Het hof stelt bij het antwoord op de vraag of werknemer erin is geslaagd het hem opgedragen bewijs te leveren voorop dat de verklaring van werknemer als partijgetuige omtrent door hem te bewijzen feiten geen bewijs in zijn voordeel kan opleveren, tenzij de verklaring strekt ter aanvulling van onvolledig bewijs. De beperking van de bewijskracht van de verklaring van de partijgetuige geldt niet als er aanvullende bewijzen voorhanden zijn die zodanig sterk zijn en zodanig essentiële punten betreffen dat zij de verklaring van de partijgetuige voldoende geloofwaardig maken. Dat laatste is naar het oordeel van het hof niet het geval. De verklaring van werknemer wordt allereerst weersproken door de verklaring van bestuurder. Waar werknemer verklaart dat hij en bestuurder hebben afgesproken dat zijn salaris zou worden verhoogd tot € 4.000 per maand, heeft bestuurder dat uitdrukkelijk ontkend. Bestuurder heeft ook ontkend dat zij en werknemer hebben afgesproken dat de overeengekomen brutoprovisie een nettoprovisie zou worden.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 11-08-2015

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2015:5998

Zaaknummer: 200.118.052/01

Rechters: J.H. Kuiper, M.E.L. Fikkers en H. de Hek

Advocaten: B.P. van der Togt en I.J. Woltman

Wetsartikelen: 7:611 BW

RECHTSPRAAK

werkgever/Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor het beroepsvervoer over de weg

Gemengde onderneming en aansluiting bedrijfstakpensioenfonds. Uitblijven inlichtingen werkgever, ambtshalve aansluiting.

Sbpf en Soob zijn uitvoerders van een verplicht gestelde pensioenregeling in de zin van de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 (Wet Bpf 2000), voor zowel de sector beroepsgoederenvervoer over de weg en de verhuur van mobiele kranen als voor de sector personenvervoer. Werkgever drijft als eenmanszaak een gemengde onderneming, waarin (onder meer) koerierswerkzaamheden en garagewerkzaamheden plaatsvinden. Sbpf en Soob hebben gevorderd dat werkgever zal worden veroordeeld tot betaling van € 4.376,25, te vermeerderen met wettelijke rente en met veroordeling van hem in de proceskosten.

Het hof oordeelt als volgt. Het hof is van oordeel dat Sbpf en Soob bij gebreke van een reactie van werkgever op de brief van 31 december 2012 niet gehouden waren de aansluiting van werkgever ongedaan te maken. Als niet weersproken mochten zij ervan uitgaan dat hij met het koeriersbedrijf de grootste omzet haalde en op die grond zijn eenmanszaak kon kwalificeren als een onderneming die 'uitsluitend of in hoofdzaak werkzaamheden uitoefent behorende tot het wegvervoer' althans 'tegen vergoeding geheel of ten dele vervoer verricht anders dan van personen, over de weg' (SOOB-CAO, art. 1). Daaraan doet niet af dat namens werkgever in de e-mail van 17 december 2012 is gesteld dat 'de looncomponent' in de garageactiviteit van zijn eenmanszaak 'veel groter' was (daar hij het koerierswerk veelal zelf deed) dan in het koerierswerk, aangezien werkgever, ondanks het verzoek in de brief van 31 december 2012 daartoe, Sbpf en Soob niet meer van nadere gegevens daaromtrent heeft voorzien. Ook in de onderhavige procedure zijn deze gegevens verder niet meer verstrekt.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 11-08-2015

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2015:3250

Zaaknummer: 200.142.302/01

Rechters: L.A.J. Dun, D.J. van der Kwaak en J.E. Molenaar

Advocaten: J.H.F. Overkleeft en J.A. Trimbach

Wetsartikelen: Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000

RECHTSPRAAK

Pyton Communication Services B.V./werkneemster

Vordering kennelijk onredelijk ontslag verjaard. Geen beroep op verrekening mogelijk.

Werkneemster is in eerste aanleg veroordeeld tot betalingen aan Pyton (werkgever). In hoger beroep stelt werkneemster dat zij niet gehouden is dit bedrag te betalen, omdat zij een vordering uit hoofde van kennelijk onredelijk ontslag op Pyton heeft. Hoewel de termijn van zes maanden reeds is verstreken en geen stuitingshandelingen hebben plaatsgevonden, is een vordering uit kennelijk onredelijk ontslag verjaard. Een beroep op verrekening zou volgens werkneemster nog wel mogelijk zijn.

Het hof oordeelt als volgt. De verjaringstermijn van de rechtsvordering van werkneemster op grond van kennelijk onredelijke opzegging is zes maanden (art. 7:683 (oud) BW). Voornoemde termijn is aangevangen op 1 september 2012, per welke datum de dienstbetrekking is geëindigd. De vordering uit onverschuldigde betaling van Pyton is ontstaan op het moment dat zij ter voldoening aan het vonnis d.d. 24 juli 2013 in eerste aanleg heeft betaald. Gezien het voorgaande is de vordering waarmee werkneemster wenst te verrekenen eerst ontstaan nadat de vordering van werkneemster is verjaard. Verrekening is dan niet mogelijk.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 11-08-2015

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2015:3185

Zaaknummer: HD 200.136.558/01

Rechters: R.J.M. Cremers, Y.L.L.A.M. Delfos-Roy en P.P.M. Rousseau

Advocaten: D.A.C. Schreuder en M.J.M. Groen

Wetsartikelen: 7:681 (oud) BW en 7:683 (oud) BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Stichting Thuiszorg Helpende Hand

Verjaring vakantieaanspraken en verjaring uitbetaling niet-genoten vakantiedagen niet gelijk. Verrekening spaarregeling. 'In overeenstemming met de cao' is geen incorporatie van de cao.

Werknemer is op 1 augustus 2003 voor bepaalde tijd in dienst getreden van THH als beleidsmedewerker. Vanaf 1 januari 2005 is hij aangesteld als directeur (niet statutair) van THH. Op 11 maart 2010 is werknemer op non-actief gesteld, waarna de arbeidsovereenkomst tussen partijen bij beschikking van 14 oktober 2010 met ingang van 1 november 2010 door de kantonrechter is ontbonden. Daarbij is aan werknemer geen vergoeding toegekend. Op 24 november 2010 heeft THH werknemer een eindafrekening verstrekt. Het onderhavige geschil heeft betrekking op die afrekening. In de kern komt het geschil tussen partijen erop neer dat werknemer op verschillende gronden aanspraak maakt op een (na)betaling van € 59.387,05 bruto, bestaande uit niet-genoten en niet-uitbetaalde verlofuren, bonusregelingen en toepasselijkheid CAO Verpleeg-, Verzorgingshuizen en Thuiszorg.

Het hof oordeelt als volgt. Ten aanzien van het beroep op verjaring van de vordering van werknemer overweegt het hof dat een vordering ter zake uitbetaling van verlof haar grondslag vindt in artikel 7:641 lid 1 BW. Deze vordering verjaart ingevolge het bepaalde in artikel 3:308 lid 1 BW na verloop van vijf jaren na aanvang van de dag, volgend op die waarop de vordering opeisbaar is geworden. De op artikel 7:641 lid 1 BW gebaseerde vergoeding in geld is pas opeisbaar geworden op het moment waarop de arbeidsovereenkomst eindigde. Gesteld noch gebleken is dat partijen voor (een deel van) het verlof anders zijn overeengekomen. Bepalend voor de omvang van de vergoeding is dan de omvang van de aanspraak op verlof zoals die aan het eind van de arbeidsovereenkomst op 1 november 2010 bestond: het aantal uren verlof waar werknemer op dat moment in rechte nog aanspraak op kon maken. Bij de vaststelling van die aanspraak op 1 november 2010 dient, gelet op het verweer van THH, de verjaringsregeling van artikel 7:642 (oud) BW in aanmerking te worden genomen. Omdat ingevolge bestaande jurisprudentie (HR 10 juni 1988, ECLI:NL:HR:1988:AC1504) bij het opnemen van verlof de oudste uren als het eerst genoten dienen te worden beschouwd, staat hiermee in elk geval vast dat werknemer het over 2003 opgebouwde verlof in 2004 heeft genoten, waarna per saldo 65,5

uur verlof uit 2004 is meegenomen naar 2005. In 2005 heeft werknemer 204 uur aan verlof opgenomen, waarvan dan 65,5 uur uit 2004 en 138,5 uur uit 2005. Per 31 december 2005 bestond dan nog een verlofaanspraak van 117,5 uur over 2005 opgebouwde uren, die ingevolge het bepaalde in artikel 7:642 BW pas kan zijn verjaard op 1 januari 2011. Ingevolge deze bepaling zijn verlofaanspraken die in 2004 of eerder waren opgebouwd per 1 januari 2010 verjaard, maar uit het voorgaande volgt dat dergelijke aanspraken op 1 januari 2010 niet meer bestonden. Voor daarna ontstane verlofaanspraken was op 1 november 2010 de verjaringstermijn van artikel 7:642 BW niet verstreken. Een en ander betekent dat grief 1 slaagt. Voor wat betreft de vaststelling van de verlofaanspraak gaat het hof daarom uit van een beginsaldo per 1 januari 2006 van 117,5 uren, te vermeerderen met de opbouw zoals deze door werknemer is aangevoerd. Per saldo komt dit tot 1 november 2010 neer op een opbouw van 1.284 uur. Verminderd met het genoten verlof stelt het hof vast dat per 1 november 2010 nog een verlofaanspraak bestond van 483 uur.

De getroffen levensloopregeling betreft een regeling tot sparen ten behoeve van werknemer als bedoeld in artikel 7:631 lid 3 onderdeel d BW. Onweersproken is dat deze regeling voldoet aan de voorwaarden die deze bepaling daaraan stelt. Op grond van artikel 7:631 lid 4 BW mag THH de daarvoor benodigde bedragen op het loon van werknemer inhouden, zoals zij ook heeft gedaan. Het werkelijke geschilpunt, zo volgt uit de dagvaarding, betreft de vraag of de betalingen voor de levensloopregeling ten laste van het overeengekomen vaste maandloon moesten plaatsvinden (standpunt van THH) of naast het overeengekomen vaste maandloon, derhalve als een extra looncomponent (standpunt van werknemer). De grondslag voor de vordering in geding betreft dus de betaling van volgens werknemer ten onrechte niet betaald loon en niet een rechtsvordering die haar grondslag vindt in het bepaalde in artikel 7:631 BW. Op die vordering is de korte verjaringstermijn van artikel 7:631 lid 8 BW dan ook niet van toepassing. Gelet op de standpunten van partijen is het aan werknemer, die zich erop beroept dat partijen zijn overeengekomen dat hij naast het in de arbeidsovereenkomst vastgestelde maandloon tevens recht heeft op betaling door de werkgever van de premie voor de levensloopregeling, om het bewijs daarvan bij te brengen.

Werknemer vordert voorts een eindejaarsuitkering van 0,6% van het jaarloon conform de cao. In de aanhef van de overeenkomst staat vermeld dat deze is aangegaan 'in overeenstemming met de cao Thuiszorg', maar dat is wat anders dan dat de bepalingen van deze cao (integraal) op de overeenkomst van toepassing worden verklaard. Het feit dat in de arbeidsovereenkomst veelvuldig naar de cao wordt verwezen maakt dit niet anders. Dat is veeleer een bevestiging voor het standpunt dat de cao niet integraal op de arbeidsovereenkomst van toepassing is verklaard, want zou dat wel het geval zijn geweest, dan zouden de verschillende verwijzingen naar de cao overbodig zijn geweest.

Volgt aanhouding van de zaak.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 11-08-2015

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2015:3181

Zaaknummer: HD 200.134.930_01

Advocaten: M.A.H. Faassen en M.N. van Geenen

Wetsartikelen: 7:642 (oud) BW, 7:641 lid 1 BW, 3:308 lid 1 BW en CAO Thuiszorg

RECHTSPRAAK

X Beheer BV/werknemer

Ontslag op staande voet na escalerend gesprek over onterechte lage beloning niet rechtsgeldig.

Werknemer was sinds 22 oktober 2013 werkzaam bij Hotel Y als medewerker receptie. In de arbeidsovereenkomst is onder salaris opgenomen: 'De werknemer wordt ingedeeld in functiegroep 4 conform artikel 9.1 van de Horeca-CAO.' Op 28 juli 2014 heeft werknemer werkgever verzocht achterstallig loon te voldoen. Hotel Y meent voldoende te hebben betaald. Op 3 oktober 2014 wordt werknemer op staande voet ontslagen omdat hij de computers zou hebben gehackt. Bij het hof staat de vraag centraal of sprake is van een dringende reden voor ontslag en of de loonvordering van werknemer betrekking heeft op een functie 3 of functie 4. Volgens de werkgever is de aanduiding van functie 4 een kennelijke verschrijving in de arbeidsovereenkomst.

Het hof oordeelt als volgt. Aan de aanname van het feit dat sprake is van een (al dan niet kennelijke) schrijffout, moeten hoge eisen worden gesteld. De taakomschrijving van de functie duidt bepaald niet op het ontbreken van verantwoordelijkheid en het beperkte gewicht, waarover Hotel Y rept. Het Hotel Y voert bovendien aan dat de functie zeer veel verantwoordelijkheden kent. Dat sprake is van een schrijffout in de arbeidsovereenkomst en dat zulks werknemer duidelijk was, is onvoldoende onderbouwd en derhalve niet aannemelijk geworden.

Met betrekking tot het ontslag op staande voet oordeelt het hof als volgt. Uit hetgeen uit de stukken en het verhandelde ter zitting naar voren is gekomen volgt dat de desbetreffende computer in de receptieruimte stond waar werknemer werkzaam was en dat die computer ook door anderen werd gebruikt. Dat het wachtwoord dat werknemer heeft gebruikt om in te loggen geheim was en/of door manipulatie bij hem bekend is geworden, is onvoldoende aannemelijk geworden. Werknemer heeft in dat verband naar voren gebracht dat dit wachtwoord algemeen bekend was bij de medewerkers en Hotel Y heeft dat onvoldoende betwist. Verder is onvoldoende gebleken dat werknemer privacygevoelige informatie tot zich heeft genomen, laat staan deze heeft gekopieerd of gedeeld met derden. Naar zijn zeggen heeft hij in de computer uitsluitend gezocht naar de dienstroosters uit de voorafgaande periodes

teneinde deze te kunnen gebruiken voor de onderbouwing van zijn claim. Dat het computergebruik een andere achtergrond had is niet aannemelijk geworden. Dat hij de roosters heeft gemanipuleerd is evenmin aannemelijk geworden.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 11-08-2015

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2015:3267

Zaaknummer: 200.162.205/01

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

Advocaten: A.A. Bouwman en M.C. Pinas

Wetsartikelen: 7:677 BW en Horeca-cao

RECHTSPRAAK

ARP X BV/werknemer

Overgang van onderneming en Klarenberg-arrest van toepassing op relatiebeding ten aanzien van werknemer die in andere vennootschap wordt ondergebracht na ovo.

Werknemer is in 2002 in dienst getreden bij HVB Accountants B.V. In 2007 hebben partijen een relatiebeding gesloten. Per 1 oktober 2008 zijn de activiteiten van HVB overgenomen door Co & Co, later ARP genoemd. Hoewel sprake was van een overgang in de zin van artikel 7:662 BW, kon werknemer volgens Co & Co niet in dienst treden bij haar, maar moest werknemer in dienst treden bij Accountants & Co Accountants B.V. Werknemer heeft een arbeidsovereenkomst aangeboden gekregen met daarin bezwarende bedingen als een geheimhoudingsbeding, concurrentiebeding en relatiebeding. Deze heeft werknemer niet getekend. Per 1 januari 2010 is werknemer in dienst getreden van ARP. In de bevestigingsbrief van ARP wordt opgemerkt dat alle rechten en plichten uit de vorige overeenkomst blijven gelden, inclusief eventuele relatiebedingen. In 2014 zegt werknemer zijn arbeidsovereenkomst op omdat hij in dienst mag treden bij een klant. ARP heeft zich in dit verband beroepen op het destijds tussen werknemer en HVB gesloten relatiebeding.

Het hof oordeelt als volgt. Met betrekking tot de overgang in 2008 oordeelt het hof als volgt. Werkgever stelt dat de Wet toezicht accountantsorganisaties (WTA)/AFM-richtlijnen ertoe dwongen bepaalde controlewerkzaamheden, waarvoor een AFM-vergunning nodig is, in een aparte onderneming onder te brengen. Dat is volgens hem de reden dat het binnen het concern zo was ingericht dat de accountantspraktijk, inclusief de opdrachten van de cliënten en de betrokken medewerkers, was ondergebracht bij Accountants & Co Accountants B.V. Werkgever heeft daarom ook een deel van de van HVB gekochte onderneming, te weten de accountantspraktijk, in laatstgenoemde bv ondergebracht vanwege de WTA en de AFM-vergunning. Volgens het arrest in de zaak Klarenberg (HvJ EG 12 februari 2009, C-466/07) kan Richtlijn 2001/23/EG (welke richtlijn is omgezet in nationaal recht in art. 7:662 e.v. BW) ook worden toegepast in een situatie waarin het overgedragen onderdeel van de onderneming of de vestiging niet als organisatorische eenheid blijft bestaan, op voorwaarde dat de functionele band tussen de verschillende overgegangene productiefactoren wordt gehandhaafd en deze de

verkrijger de mogelijkheid biedt om deze productiefactoren te gebruiken om dezelfde of een soortgelijke economische activiteit voort te zetten. Er kan in zoverre een parallel met dit arrest getrokken worden dat in de onderhavige zaak een onderdeel van de van HVB gekochte onderneming, te weten de accountantspraktijk (met o.a. werknemer), om de door werkgever genoemde reden geïntegreerd is in de door haar gecreëerde structuur. Daarbij is van belang dat door werknemer niet dan wel onvoldoende is betwist dat de van HVB gekochte accountantswerkzaamheden één op één zijn gecontinueerd vanuit een nevenvestiging van Accountants & Co Accountants B.V, in dezelfde kantoorruimte als die van werkgever, en dat de van HVB overgenomen adviespraktijk en de administratieve dienstverlening zijn ondergebracht in werkgever. Voorshands acht het hof dus aannemelijk dat de functionele band tussen de accountantswerkzaamheden enerzijds en de adviespraktijk en administratieve dienstverlening anderzijds is gehandhaafd. Naar het voorlopig oordeel van het hof moet de overgang van de accountantspraktijk van Accountants & Co Accountants B.V. eveneens worden beschouwd als een overgang van onderneming in de zin van artikel 7:662 BW. Voldoende aannemelijk is dat de accountantspraktijk inclusief de opdrachten van de cliënten en de medewerkers een onderdeel met een eigen identiteit is en dat dit onderdeel in zijn geheel (inclusief opdrachten en medewerkers) is ondergebracht bij werkgever. Op grond van overgang van ondernemingsregels is het relatiebeding dus van kracht gebleven.

Naar het voorlopig oordeel van het hof moet aan het relatiebeding dan ook uitsluitend de betekenis worden toegekend dat door werknemer geen concurrerende werkzaamheden voor relaties van de ex-werkgever mogen worden verricht. De werkzaamheden van werknemer, inmiddels in dienst getreden van bedrijf X als financial coach, kunnen naar het voorlopig oordeel van het hof niet als zodanig worden beoordeeld. Verder staat als onbetwist vast dat bedrijf X nog steeds cliënt bij werkgever is.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 11-08-2015

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2015:3188

Zaaknummer: HD 200.149.163/02

Rechters: C.E.L.M. der Smeenk-van Weijden, M. van Ham en R.J. Voorink

Advocaten: R. van Biezen en A.G.W. Verstraten

Wetsartikelen: 7:653 BW en 7:662 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgeefster

Goed werkgeverschap verzet zich tegen terugvordering studiekosten van monteur. Indien werknemer bij indiensttreding wordt verplicht opleiding te volgen, past meer terughoudendheid voor het aannemen van een terugbetalingsregeling dan wanneer het een opleiding betreft die de werknemer op eigen verzoek heeft gevolgd.

Werknemer is op 15 juli 2013 in dienst getreden in de functie van monteur. Partijen zijn een studiekostenovereenkomst overeengekomen. Werkgeefster heeft werknemer bij brief van 13 juni 2014 meegedeeld dat de arbeidsovereenkomst, die op 15 juli 2014 afloopt, niet wordt verlengd. Werkgeefster heeft zich onder verwijzing naar de studiekostenovereenkomst op het standpunt gesteld dat werknemer de gemaakte kosten dient terug te betalen. Centrale vraag is of werkgeefster op terecht gronden € 732,40 netto op het loon van werknemer over de maand juni 2014 heeft ingehouden door dit bedrag te verrekenen met de vordering tot terugbetaling van de studiekosten, die zij op werknemer stelt te hebben.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Tussen partijen is op zichzelf niet in geschil dat, nu de arbeidsovereenkomst van werknemer op 15 juli 2014 van rechtswege eindigde en door werkgeefster niet werd verlengd en werknemer op dat moment het examen voor de opleiding tot APK-keurmeester nog niet had gehaald, werknemer op grond van de artikelen 3 en 4 van de studiekostenovereenkomst verplicht was om alle kosten van de door hem gevolgde cursussen aan werkgeefster terug te betalen. Tussen partijen staat ook vast dat de studiekosten in totaal € 2.937,88 inclusief btw bedragen. Onder verwijzing naar artikel 6:248 BW en het arrest Muller/Van Opzeeland (HR 10 juni 1983, RvdW 1983/122) oordeelt de kantonrechter dat de eisen van goed werkgeverschap zich in dit geval tegen terugvordering van de gemaakte studiekosten verzetten. Daarbij wordt in aanmerking genomen dat werkgeefster zelf heeft gesteld dat zij werknemer bij indiensttreding de verplichting heeft opgelegd om de opleiding tot APK-keurmeester te volgen. In een dergelijk geval past meer terughoudendheid voor het aannemen van een terugbetalingsregeling dan wanneer het een opleiding betreft die de werknemer op eigen verzoek heeft gevolgd. Werkgeefster heeft werknemer er bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst en de studiekostenovereenkomst

niet schriftelijk op gewezen dat de arbeidsovereenkomst niet zou worden verlengd als hij het examen van de opleiding tot APK-keurmeester niet binnen de looptijd van de arbeidsovereenkomst zou halen en dat hij in dat geval dus niet in de gelegenheid zou zijn om de 48 maanden vol te maken om de kosten zo 'terug te verdienen'. Ook is werknemer niet schriftelijk meegedeeld hoe hoog de studiekosten zouden zijn, terwijl deze kosten in verhouding tot zijn salaris aanzienlijk zijn, te weten bijna twee netto maandsalarissen. Werknemer heeft gesteld dat het slagingspercentage voor het examen APK2 van 1 oktober 2013 tot 1 juni 2014 50% was bij een deelnemersaantal van 566 deelnemers. Dit is door werkgeefster niet gemotiveerd betwist. Niet is gebleken dat werkgeefster werknemer er bij indiensttreding op heeft gewezen dat het halen van het examen geen gemakkelijke opgave zou zijn, terwijl in de rede ligt dat dit haar bekend was. De kantonrechter weegt voorts mee dat de arbeidsovereenkomst op initiatief van werkgeefster niet is verlengd en dat werknemer hierdoor niet in de gelegenheid is gesteld het examen alsnog op kosten van werkgeefster te halen. Werkgeefster heeft gesteld dat werknemer niet genoeg zijn best heeft gedaan om het examen te halen. De vordering van werknemer tot betaling van het loon over de maand juni 2014 ter hoogte van € 732,40 netto wordt toegewezen, vermeerderd met de wettelijke rente over dit bedrag vanaf de dag van verzuim tot aan de dag der algehele voldoening. De gevorderde wettelijke verhoging ex artikel 7:625 BW wordt (bij wege van matiging) gesteld op een percentage van 10% van het bedrag van € 732,40, nu dit percentage op grond van de omstandigheden van het geval billijk voorkomt.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 29-07-2015

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2015:5474

Zaaknummer: 3614591 AC EXPL 14-5384 MS/1270

Rechters: P. Krepel

Advocaten: E.P.C. Goossens

Wetsartikelen: 6:248 BW

RECHTSPRAAK

Stichting Regionale Ambulancevoorziening Groningen/werknemer

Adjunct-directeur Ambulancezorg Groningen is geen topfunctionaris in de zin van de WNT. Ontbinding arbeidsovereenkomst wegens bedrijfsorganisatorische redenen onder toekenning vergoeding € 130.000.

Werknemer is sedert 1 juli 1988 in dienst van Ambulancezorg Groningen, laatstelijk in de functie van adjunct-directeur, tegen een brutosalaris – exclusief vakantietoeslag en diverse emolumenten – van € 6.182 per maand. Ambulancezorg Groningen verzoekt ontbinding van de arbeidsovereenkomst (ex art. 7:685 BW), omdat de functie van werknemer wegens bedrijfsorganisatorische redenen is vervallen. In verband met toepassing van de Wet normering topinkomens (WNT) dient de ontbindingsvergoeding, die Ambulancezorg Groningen bereid is te betalen, te worden beperkt tot een bedrag van € 75.000 bruto. Werknemer stelt dat de WNT niet van toepassing is en verzoekt een vergoeding toe te kennen met C=1,5 (€ 331.651,33 bruto).

De kantonrechter oordeelt als volgt. Werknemer heeft niet betwist dat zijn functie om bedrijfsorganisatorische redenen is komen te vervallen en evenmin dat geen passende functie binnen het bedrijf voorhanden is. Partijen zijn het erover eens dat de arbeidsovereenkomst dient te worden ontbonden. Het verzoek wordt derhalve toegewezen. Ten aanzien van de vergoeding wordt het volgende overwogen. Anders dan Ambulancezorg Groningen stelt, is de kantonrechter van oordeel dat de functie van werknemer in de huidige omvang en uitvoering niet valt binnen de reikwijdte van de WNT. Het moge zo zijn dat werknemer tot 2012, onder de vorige algemeen directeur van Ambulancezorg Groningen, feitelijk de dagelijkse operationele leiding en verantwoordelijkheid voor de gehele onderneming droeg; onweersproken is dat met het aantreden van de huidige algemeen directeur in 2012 die situatie is gewijzigd en dat sedertdien de dagelijkse leiding en (eind)verantwoordelijkheid van de stichting geheel in handen is van deze (top)functionaris. Het is dan ook vanwege deze verschuiving van taken en bevoegdheden – en het daarmee thans overbodig worden van de

functie van adjunct-directeur – dat Ambulancezorg Groningen de ontbinding van de arbeidsovereenkomst heeft verzocht. Gelet op deze gewijzigde taakinvulling sedert 2012 kan werknemer bij de inwerkingtreding van de WNT per 1 januari 2013 niet worden gekwalificeerd als een topfunctionaris. Alles afwegende en gehoord partijen zal de arbeidsovereenkomst worden ontbonden per 1 november 2015. Aan werknemer wordt daarbij een ontbindingsvergoeding toegekend van € 130.000.

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 22-05-2015

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2015:3974

Zaaknummer: 4003033 \ EJ VERZ 15-106

Rechters: E.J. Oostdijk

Advocaten: B.M.J. Pelzer en P.H.F. Yspeert

Wetsartikelen: 7:685 BW en 1.1 WNT

RECHTSPRAAK

De Zwaluw Logistiek B.V./werknemer

Op 9 juli 2015 ingediend voorwaardelijk ontbindingsverzoek (na ontslag op staande voet op 10 juni 2015) wordt beoordeeld conform het per 1 juli 2015 geldende recht. Ontbinding wegens verwijtbaar handelen werknemer (e-grond). Toewijzing transitievergoeding.

Werknemer is op 20 oktober 2008 in dienst getreden bij (een rechtsvoorganger van) De Zwaluw. Hij is werkzaam als planner. De Zwaluw is een logistiek bedrijf, gespecialiseerd in (weg)vervoer en daarmee samenhangende werkzaamheden. Op 10 juni 2015 is werknemer op staande voet ontslagen, omdat hij in strijd met het relatie- en concurrentiebeding uit de toepasselijke cao een concurrerende onderneming heeft opgericht. De Zwaluw verzoekt de arbeidsovereenkomst voorwaardelijk te ontbinden op grond van artikel 7:671b lid 1 onderdeel a BW jo. artikel 7:669 lid 3 onderdeel e en g BW, zonder toekenning van enige vergoeding aan werknemer. Werknemer verweert zich tegen het verzoek en stelt dat de verzochte ontbinding moet worden afgewezen. Voor zover de arbeidsovereenkomst wordt ontbonden, verzoekt werknemer om De Zwaluw te veroordelen tot betaling van een ontbindingsvergoeding met een correctiefactor $C=1,5$ onder toepassing van oud recht. Op de zitting is aanspraak gemaakt op een transitievergoeding van € 9.212,70.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Het verzoek tot (voorwaardelijke) ontbinding is ter griffie ontvangen op 9 juli 2015. Artikel XXII lid 1 aanhef en onderdeel b van het Overgangsrecht behorende bij de WWZ bepaalt dat het BBA, alsmede artikel 665 en afdeling 9 van Boek 7 titel 10 van het BW, zoals deze luiden de dag vóór 1 juli 2015 van toepassing blijven op een opzegging van de arbeidsovereenkomst gedaan vóór dat tijdstip en op de gedingen die daarop betrekking hebben. Onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis (33818, 3, p. 126-127) wordt geoordeeld dat een (voorwaardelijke) ontbindingsprocedure niet kan worden aangemerkt als een geding dat betrekking heeft op de opzegging, omdat de ontbindingsprocedure naar haar aard ziet op een andere manier van beëindiging van de arbeidsovereenkomst en in zoverre geen betrekking heeft op de opzegging wegens een dringende reden, zoals in deze zaak aan de orde is. Daaraan doet niet af dat aan het voorwaardelijke ontbindingsverzoek hetzelfde feitencomplex ten grondslag is gelegd als aan

het ontslag op staande voet, omdat een ontbindingsprocedure een ander beoordelingskader heeft dan gedingen in het kader van een ontslag op staande voet. Dit brengt mee dat het hier aan de orde zijnde verzoek van De Zwaluw en het tegenverzoek van werknemer moeten worden beoordeeld op basis van het per 1 juli 2015 geldende recht.

In het kader van het inmiddels vervallen artikel 7:685 van het BW is aanvaard dat een werkgever, nadat een werknemer de nietigheid van een ontslag op staande voet heeft ingeroepen, een gerechtvaardigd belang kan hebben bij voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst, namelijk voor het geval de arbeidsovereenkomst blijkt niet te zijn geëindigd door dat ontslag (zie HR 21 oktober 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4670; NJ 1984/296). De kantonrechter ziet geen reden om voor een ontbinding met toepassing van artikel 7:671b lid 1 BW tot een ander oordeel te komen. De Zwaluw voert aan dat de redelijke grond voor ontbinding is gelegen in verwijtbaar handelen van werknemer en de verstoorde verhoudingen. De door De Zwaluw in dat verband naar voren gebrachte feiten en omstandigheden leveren een redelijke grond voor ontbinding op, zoals bedoeld in artikel 7:669 lid 3 onderdeel e BW. Los van de vraag of werknemer al daadwerkelijk activiteiten met Retailexpress heeft verricht, verhoudt enkel het oprichten van een met de eigen werkgever concurrerende vennootschap zich niet met goed werknemerschap. Een goed werknemer zal een dergelijke handeling in ieder geval niet zonder toestemming van zijn werkgever verrichten. Het handelen van werknemer is bovendien in strijd met artikel 7.6.a van de cao. Het handelen van werknemer is dermate verwijtbaar dat van De Zwaluw in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Herplaatsing binnen een redelijke termijn ligt niet in de rede, nu sprake is van een verwijtbaar handelen van werknemer. De arbeidsovereenkomst wordt ontbonden met ingang van 1 oktober 2015. In het tegenverzoek heeft werknemer verzocht een transitievergoeding toe te kennen. De kantonrechter heeft in kort geding voorshands geoordeeld dat het ontslag op staande voet niet terecht is gegeven, omdat daarvoor geen dringende reden aanwezig was. Hoewel een dringende reden niet zonder meer samenvalt met ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer, valt bij gebreke aan een dringende reden en de hiervoor vastgestelde feiten en omstandigheden niet in te zien dat het eindigen van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer (art. 7:673 lid 7 onderdeel c BW). Dat betekent dat De Zwaluw de transitievergoeding is verschuldigd en zal worden veroordeeld tot betaling van die vergoeding tot een bedrag van € 9.212,70 bruto.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 30-07-2015

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2015:6703

Zaaknummer: 4274517 \ OA VERZ 15-146 WS / BL

Rechters: W.A. Swildens

Advocaten: C. Almeida en D. Beljon

Wetsartikelen: 7:671b BW, 7:669 lid 3 onderdeel e BW en 7:673 BW

RECHTSPRAAK

LVDZ B.V./werkneemster

Ontbinding arbeidsovereenkomst zieke werkneemster wegens verstoorde arbeidsrelatie. Geen transitievergoeding, omdat arbeidsovereenkomst korter dan 24 maanden heeft geduurd.

Werkneemster is sedert 1 januari 2015 in dienst van LVDZ als senior associate corporate finance advisory activiteiten, op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ter voortzetting van een arbeidsovereenkomst met ingang van 1 mei 2014, in het kader van een overgang van onderneming. LVDZ verzoekt om ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van artikel 7:671b lid 1 onderdeel a BW. LVDZ stelt dat daarvoor een redelijke grond aanwezig is, als bedoeld in artikel 7:669 lid 3 onderdeel g BW (verstoorde arbeidsrelatie), waarbij herplaatsing binnen een redelijke termijn niet tot de mogelijkheden behoort of in de rede ligt. Werkneemster erkent dat sprake is van een verstoorde arbeidsverhouding. Pogingen om het probleem op te lossen hebben niet het gewenste resultaat opgeleverd. Andere passende functies binnen LVDZ zijn niet voorhanden. Werkneemster kan daarom niet anders dan zich refereren aan het oordeel van de kantonrechter.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Er is sprake is van een opzegverbod, nu werkneemster ongeschikt is tot het verrichten van de arbeid wegens ziekte. Gezien het bepaalde in artikel 7:671b lid 6 BW staat dit echter niet in de weg aan ontbinding, omdat het verzoek geen verband houdt met de ziekte, maar is gebaseerd op een verstoorde arbeidsverhouding. Werkneemster valt geen verwijt te maken. De arbeidsverhouding is zodanig verstoord, dat van LVDZ in redelijkheid niet gevergd kan worden de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. De arbeidsovereenkomst wordt ontbonden, overeenkomstig het bepaalde in artikel 7:671b lid 8 BW, met ingang van 1 september 2015. Er is geen sprake van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van werkneemster, zodat een verkorting van de termijn niet aan de orde is. Nu werkneemster niet heeft gesteld dat sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van LVDZ, is voor de toekenning van een billijke vergoeding geen plaats. Nu de arbeidsovereenkomst korter dan 24 maanden heeft geduurd is er voor toekenning van een transitievergoeding ex artikel 7:673 BW geen grond. Met het vorenstaande is na overleg met partijen ter zitting afgeweken van hun oorspronkelijke verzoek om de arbeidsovereenkomst te

ontbinden met ingang van 31 juli 2015 onder toekenning van een vergoeding van € 2.750 bruto.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 30-07-2015

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2015:5208

Zaaknummer: 4305772 EA VERZ 15-807

Rechters: M.E.B. Terwee

Advocaten: H.D.J. van Roest en G.G. Kempenaars

Wetsartikelen: 7:671b BW, 7:669 lid 3 onderdeel g BW en 7:673 BW

RECHTSPRAAK

Federatie Nederlandse Vakbeweging/Akzo Nobel Industrial Chemicals B.V.

Geen toezegging door Akzo Nobel Industrial Chemicals dat werknemers een toeslag zouden ontvangen. Afwijzing vorderingen FNV.

Akzo Nobel Industrial Chemicals (hierna: AN IC) heeft meerdere productielocaties in Nederland, waaronder een locatie in de Botlek, die bekend staat onder de afkorting AN Botlek. AN Botlek bestaat uit meerdere fabrieken waarin circa 250 personen werkzaam zijn. Een van de fabrieksonderdelen is het Membraan Electrolysebedrijf (het MEB) waar 80 personen werkzaam zijn. FNV behartigt de belangen van haar leden werkzaam bij AN Botlek. Vanaf 20 oktober 2011 is de onvrede van de werknemers die bij het MEB werken over hun beloning een vast onderwerp geworden op de agenda tussen AN IC en haar ondernemingsraad (OR). Eind 2012-begin 2013 is veelvuldig met de OR gesproken over een mogelijke oplossing in de vorm van een toeslag van 4,5%. Op 1 juli 2013 heeft AN Botlek via een memo met als kopje 'Vragen en antwoorden Toeslag AWWN' (hierna: het memo) haar personeel laten weten dat de BU IC heeft besloten de verwachte toeslag van 4,5% voortkomend uit het AWWN-onderzoek niet door te laten gaan in verband met verslechterde financiële resultaten door de economische situatie en de resultaten van de Turnaround. De bonden hebben, na stakingen bij AN Botlek, met AN NL in het najaar van 2014 overeenstemming bereikt over een nieuwe cao voor haar concern die is gaan lopen met ingang van 1 juli 2014. Daarbij is niet gesproken over de toeslag die in deze procedure ter discussie staat. FNV vordert nakoming van de toezegging om de toeslag te betalen met ingang van 1 juli 2013. Kern van het geschil betreft de vraag of AN IC één of meerdere verklaring(en) heeft laten uitgaan waaruit zonder meer volgt dat de leden van FNV met ingang van 1 juli 2013 recht zouden hebben op de toeslag, althans de leden van FNV redelijkerwijs hebben mogen begrijpen dat zij vanaf 1 juli 2013 recht zouden hebben op de toeslag (art. 3:33 jo. 3:35 BW).

De kantonrechter oordeelt als volgt. Uit hetgeen FNV ter onderbouwing van haar stellingen heeft aangevoerd kan – gezien de gemotiveerde betwisting daarvan door AN IC – niet worden afgeleid dat door AN IC een verklaring is uitgegaan op grond waarvan de leden van FNV er

redelijkerwijs van uit mochten gaan dat zij met ingang van 1 juli 2013 recht hadden op de toeslag. FNV heeft ter comparitie desgevraagd verklaard geen zicht te hebben op het voorstel waarover is gesproken in de overlegvergadering met de OR van 24 januari 2013. Hetgeen zij weet van het voorstel is verwoord in de notulen en in het memo. Anders dan FNV kan de kantonrechter uit de inhoud van de notulen niet opmaken dat er al een volwaardig besluit lag om een specifieke toeslag aan een specifieke groep mensen toe te kennen. De zin 'er komt dus een gelijke toeslag (4,5%) voor iedereen waarvoor dit geldt' lijkt immers terug te slaan op het feit dat differentie tussen F t/m 56, productie operationeel en techniek operationeel, niet gewenst werd geacht. Dat nog een besluit moest volgen kan worden afgeleid uit de zin 'Er wordt verwacht dat de toeslag per 1 juli 2013 kan worden uitgevoerd na de functiewaardering van alle functies op de site' en 'In ieder geval wordt dit na de cao onderhandelingen aan het personeel gecommuniceerd'. Uit de notulen wordt voorts niet duidelijk wat moet worden verstaan onder 'voor iedereen waarvoor dit geldt'. Dit zou wel afgeleid kunnen worden uit het memo, maar de inhoud daarvan is pas bekend gemaakt op het moment dat duidelijk was dat de toeslag er niet zou komen. De inhoud van het memo is dus niet van belang voor de beoordeling van dit geschil. Ook uit de notulen van de overlegvergadering met de OR van 14 maart 2013 kan niet worden opgemaakt dat er al een rechtsgeldig besluit lag. Daarin staat namelijk dat 'vanuit de BU nog geen signaal is ontvangen over communicatie met betrekking tot de AWWN-toeslag'. Niet gesteld of gebleken is ten slotte dat de OR op enig moment heeft uitgedragen dat de toeslag is toegekend. Integendeel; AN IC heeft onweersproken gesteld dat de OR zich erbij neer heeft gelegd dat de beoogde toeslag niet door zou gaan en dat in overleg met de OR verder is gesproken over een andere wijze van verbetering van de arbeidsvoorwaarden in de vorm van een aangepast promotie- en aannamebeleid. Volgt afwijzing van de vorderingen.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 22-07-2015

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2015:5337

Zaaknummer: 3420294 AC EXPL 14-4339 DS/1286

Rechters: D.C.P.M. Straver

Advocaten: M.J.M. Postma en E.J. Henrichs

Wetsartikelen: 3:33 BW en 3:35 BW

RECHTSPRAAK

Ten Kate Vetten B.V./werknemer

Afwijzing ontbindingsverzoek. Niet komen vast te staan dat werknemer zijn werk in de ploegendienst op een zodanige wijze aan de orde heeft gesteld, dat werkgever niet anders kon dan begrijpen dat werknemer de bedongen arbeid niet langer wenste uit te voeren.

Werknemer is sinds 1 februari 2014 krachtens arbeidsovereenkomst bij Ten Kate in dienst als procesoperator. Ten Kate stelt zich op het standpunt dat werknemer in het gesprek van 20 maart 2015 heeft aangegeven niet langer in staat te zijn om nachtdiensten te werken omdat dit te zwaar voor hem is. Tijdens het daaropvolgende gesprek op 24 maart 2015 heeft werknemer dit bevestigd. Hoewel Ten Kate begrip heeft voor wat werknemer naar voren heeft gebracht, ziet zij geen mogelijkheden om tegemoet te komen aan de wens van werknemer om hem minder nacht- en meer dagdiensten te laten werken. Vast staat dat het werken van nachtdiensten een wezenlijk onderdeel vormt van de bedongen arbeid. Wanneer werknemer, zoals hij heeft gezegd, moeite heeft met het werken van deze nachtdiensten, bestaat het risico op gezondheidsproblemen en ongelukken op de werkvloer. Ten Kate verzoekt de arbeidsovereenkomst te ontbinden. Ten Kate is bereid werknemer een vergoeding gelijk aan één brutomaandsalaris aan te bieden als ontbindingsvergoeding. Werknemer betwist de stelling van Ten Kate dat hij heeft aangegeven niet langer in staat te zijn om de nachtdiensten te werken.

De kantonrechter is van oordeel dat een werknemer zonder bang te hoeven zijn voor het behoud van zijn baan, (de inhoud van) zijn werk bespreekbaar moet kunnen maken. Zou dit niet kunnen, dan blijven mogelijkheden voor zowel werknemer als werkgever waar voordeel mee gedaan kan worden, onbenut. Niet vast staat dat werknemer zijn werk in de ploegendienst op een zodanige wijze aan de orde heeft gesteld, dat Ten Kate niet anders kon dan begrijpen dat werknemer de bedongen arbeid niet langer wenste uit te voeren. Voordat werknemer (de inhoud van) zijn werk aan de orde stelde, is ook niet van enig disfunctioneren gebleken. De enige keer dat werknemer heeft gevraagd om het werk twee uren eerder te mogen verlaten, en dat wanneer de werkzaamheden dat zouden toelaten, kan niet als disfunctioneren worden gekwalificeerd. Ten overvloede overweegt de kantonrechter dat

wanneer werknemer met zijn uitlatingen aanvankelijk wel die overtuiging bij Ten Kate kon wekken, het hem vrij stond van de inhoud van die uitlatingen terug te komen. De kantonrechter wijst op vaste jurisprudentie over werknemers die hun baan opzeggen – wat verder gaat! – en daarop terug kunnen komen. De door Ten Kate beweerde dreiging dat werknemer vanwege zijn probleem met de ploegendienst ‘zal omvallen’ is door werknemer ontkend en veel te vaag om daar een ontbinding van de arbeidsovereenkomst op te baseren. Volgt afwijzing van het ontbindingsverzoek.

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 09-06-2015

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2015:3956

Zaaknummer: 4083231 EJ VERZ 15-130

Rechters: R.T. Terpstra

Advocaten: D. Lacevic en J. Sinnema

Wetsartikelen: 7:685 BW

RECHTSPRAAK

Stichting Altra/werknemer

Ontbinding arbeidsovereenkomst wegens verstoorde arbeidsrelatie. Geen transitievergoeding, omdat werknemer (mogelijk) aanspraak maakt op bovenwettelijke WW-uitkering.

Werknemer is sedert 1 augustus 2012 in dienst van Altra als leraar. Altra verzoekt om ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van artikel 7:671b lid 1 onderdeel a BW. Altra stelt dat daarvoor een redelijke grond aanwezig is, als bedoeld in artikel 7:669 lid 3 onderdeel g BW, waarbij herplaatsing van werknemer binnen een redelijke termijn niet tot de mogelijkheden behoort of in de rede ligt. Werknemer erkent dat sprake is van een verstoorde arbeidsverhouding. Pogingen om het probleem op te lossen hebben niet het gewenste resultaat opgeleverd. Werknemer kan daarom niet anders dan zich refereren aan het oordeel van de kantonrechter.

Naar aanleiding van hetgeen over en weer is aangevoerd, is de kantonrechter van oordeel dat sprake is van een redelijke grond, waarbij herplaatsing van werknemer binnen een redelijke termijn niet tot de mogelijkheden behoort of in de rede ligt. De arbeidsovereenkomst wordt derhalve ontbonden per 1 oktober 2015. Altra heeft werknemer aangeboden de kosten voor een outplacementtraject, dat reeds is aangevangen, te vergoeden tot een bedrag van maximaal € 6.000 (inclusief btw). Daarnaast is werknemer tot 1 oktober 2015 vrijgesteld van werkzaamheden. Los hiervan heeft hij (mogelijk) aanspraak op een bovenwettelijke werkloosheidsuitkering uit hoofde van de WOPO. Partijen zijn het erover eens dat Altra aan werknemer als gevolg van het voorgaande geen transitievergoeding is verschuldigd.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 10-08-2015

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2015:5168

Zaaknummer: 4323834 EA VERZ 15-820

Rechters: M.V. Ulrici

Advocaten: M. Stiebner Bergman en M. Leniger

Wetsartikelen: 7:671b BW en 7:669 lid 3 onderdeel g BW

RECHTSPRAAK

Stichting Horizon/werknemer

***Ontbinding arbeidsovereenkomst wegens verstoorde arbeidsrelatie.
Werkgever wordt veroordeeld tot betaling aangeboden vergoeding.***

Werknemer is sinds 2013 in dienst van Stichting Horizon. Hij is arbeidsongeschikt. Op de arbeidsovereenkomst is van toepassing de cao voor het primair onderwijs. Horizon verzoekt de arbeidsovereenkomst met werknemer per 1 oktober 2015 te ontbinden op grond van artikel 7:671b lid 1 onderdeel a BW jo. artikel 7:669 lid 3 onderdeel g BW en daarbij te verstaan dat Horizon € 3.750 aan werknemer voldoet wegens kosten van outplacement en rechtsbijstand. Werknemer verzet zich tegen het verzoek en stelt primair dat de verzochte ontbinding moet worden afgewezen. Subsidiair verzoekt hij om de arbeidsovereenkomst te ontbinden per 1 oktober 2015 onder toekenning van de aangeboden vergoedingen.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Het opzegverbod tijdens ziekte staat gezien het bepaalde in artikel 7:671b lid 6 BW niet in de weg aan ontbinding, omdat het verzoek geen verband houdt met de ziekte van werknemer. Gelet op de standpunten van partijen is sprake van een redelijke grond voor ontbinding zoals bedoeld in artikel 7:669 lid 3 onderdeel g BW en is herplaatsing van werknemer binnen een redelijke termijn niet mogelijk. De arbeidsovereenkomst wordt per 1 oktober 2015 ontbonden. De kantonrechter ziet geen aanleiding om aan werknemer een billijke vergoeding toe te kennen. Gelet op artikel 7:671b lid 8 onderdeel c BW is voor toekenning van een billijke vergoeding alleen plaats indien de ontbinding van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. Uit de wetsgeschiedenis volgt dat ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van een werkgever zich slechts zal voordoen in uitzonderlijke gevallen, bijvoorbeeld als een werkgever grovelijk de verplichtingen niet nakomt die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst en er als gevolg daarvan een verstoorde arbeidsverhouding ontstaat of als een werkgever een valse grond voor ontslag aanvoert met als enig oogmerk een onwerkbaar situatie te creëren (zie *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 34). Een dergelijke situatie doet zich hier niet voor. Partijen zijn het erover eens dat werknemer aanspraak heeft op een vergoeding van in totaal € 3.750 wegens kosten van outplacement en rechtsbijstand. Horizon zal daarom worden veroordeeld tot betaling van die vergoeding.

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 06-08-2015

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2015:9289

Zaaknummer: 4335772/15-50532

Rechters: F.J. Verbeek

Advocaten: J.C. Bröckling en M. Hoekman

Wetsartikelen: 7:671b BW en 7:669 lid 3 onderdeel g BW

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgever

Min-maxcontract. Beroep op rechtsvermoeden artikel 7:610b BW faalt, omdat taxichauffeur niet structureel voor meer uren dan het minimum overeengekomen aantal uren is ingezet.

Werknemer is met ingang van 25 augustus 2014 voor de duur van 12 maanden in dienst getreden bij werkgever als taxichauffeur. De overeengekomen arbeidsduur bedroeg ten minste 8 uur en ten hoogste 173 uur. In september 2014 heeft werkgever het besluit genomen om zijn bedrijfsactiviteiten in X omwille van bedrijfseconomische redenen te staken. Werknemer heeft in het weekend van 31 oktober 2014/1 november 2014 gewerkt, twee keer acht uur. Nadien heeft hij geen werkzaamheden meer verricht. Werknemer vordert loon over de maanden oktober, november en december 2014. Werknemer stelt dat, op grond van artikel 7:610b BW inzake het rechtsvermoeden van arbeidsomvang, de arbeidsduur vastgesteld moet worden op 24 uur per maand.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Anders dan werkgever stelt, is de arbeidsovereenkomst niet tussentijds geëindigd door een opzegging van de zijde van werknemer. Er is geen bewijs voorhanden waaruit duidelijk en ondubbelzinnig blijkt dat werknemer zelf ontslag heeft genomen. In onderhavig geval is een arbeidsduur tussen de 8 en 173 uur per maand overeengekomen. Het enkele feit dat er een groot verschil zit tussen het minimum- en het maximumaantal uren per maand, leidt op zichzelf niet tot de conclusie dat de arbeidsduur niet eenduidig is vastgesteld. Indien een werknemer echter over een langere periode structureel (veel) meer wordt ingezet dan het minimum, kan goed werkgeverschap, in samenhang met het rechtsvermoeden van artikel 7:610b BW, met zich brengen dat de omvang van het overeengekomen minimumaantal uren moet worden verhoogd. De kantonrechter is van oordeel dat deze situatie zich in het onderhavige geval niet voordoet, omdat werknemer niet structureel, maar slechts in de eerste maand van de arbeidsovereenkomst voor meer uren dan het minimum is ingezet. In de maanden oktober en november 2014 heeft werknemer steeds de minimale acht uur gewerkt. De kantonrechter zal daarom de arbeidsduur over de maanden oktober, november en december 2014 bepalen op het minimum van acht uur. De loonvordering over oktober en november 2014 wordt afgewezen, nu werknemer voor acht uur

is betaald. Werkgever heeft erkend over de maand december 2014 geen loon te hebben betaald, zodat over die maand nog het achterstallige loon over acht uur wordt toegewezen. De gevorderde wettelijke verhoging en de wettelijke rente worden toegewezen, nu hiertegen geen verweer is gevoerd, waarbij de kantonrechter in de omstandigheden aanleiding ziet om de wettelijke verhoging te beperken tot 20%.

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 21-07-2015

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2015:3509

Zaaknummer: 3782168 \ CV EXPL 15-566

Rechters: E.T.M. Zwart-Sneek

Advocaten: H.A. de Boer en H. de Boer

Wetsartikelen: 7:610b BW en 7:611 BW