

Nieuwsbrief AR Updates - Nummer 40, 2015

Nummer 40, 2015

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

INHOUDSOPGAVE

Hoge Raad

Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2015:2906 02-10-2015

werknemer/Stadstoezicht Almelo

Hof

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2015:4035 29-09-2015

werknemer/X Logistics BV

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2015:3795 29-09-2015

werknemster/Stichting Dynamiek Scholengroep

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2015:3750 29-09-2015

X Recycling BV/werknemer

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2015:3763 29-09-2015

werknemer/Autorijschool X VOF

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2015:7325 29-09-2015

werkgever/Sociaal Fonds Taxi

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2015:3919 22-09-2015

werknemer/X Automatisering BV

Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2015:2413 15-09-2015

ABN AMRO/werknemer

Rechtbank

Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2015:11274 01-10-2015

Algemene Centrale van Overheidspersoneel (ACOP FNV)/de Staat der Nederlanden c.s.

Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2015:7045 30-09-2015

werkgever/werkneemster

Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2015:4601 30-09-2015

werkneemster/werkgeefster

Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2015:4460 29-09-2015

werknemer/Taxiwerq Chauffeursbemiddelingsbureau B.V.

Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2015:4459 29-09-2015

werknemer/Taxiwerq Chauffeursbemiddelingsbureau B.V.

Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2015:4490 28-09-2015

werknemer/werkgever

Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2015:6923 28-09-2015

werknemer/Stichting Welzijn Zwijndrechtse Waard m.h.o.d.n. Stichting Diverz

Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2015:8197 28-09-2015

Hart & Co B.V./werknemer

Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2015:8125 28-09-2015

X/Y

Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2015:6803 25-09-2015

werknemer/MAS Architectuur B.V.

Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2015:6383 24-09-2015

FNV Bondgenoten/werkgeefster

Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2015:4491 23-09-2015

Tjongerschans B.V./werknemer

Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2015:5552 22-09-2015

werkneemster/Decla Den Bosch B.V.

Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2015:11165 21-09-2015

NV Haagse Milieuservices/werknemer

Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2015:4245 16-09-2015

DFZ Personeel B.V./werkneemster

Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2015:8193 10-06-2015

werknemer/werkgeefster

Rechtbank Zeeland-West-Brabant, ECLI:NL:RBZWB:2013:11034 27-03-2013

Stichting Wonen en Psychiatrie Zeeuwse Gronden/werkneemster

Antillen

Gerecht in Eerste Aanleg van Aruba, ECLI:NL:OGEEA:2015:362 22-09-2015

werknemer/A.B.S. Contractor & Consultant

Gerecht in Eerste Aanleg van Aruba, ECLI:NL:OGEEA:2015:363 22-09-2015

werknemer/Ritz-Carlton

Gerecht in Eerste Aanleg van Aruba, ECLI:NL:OGEEA:2015:360 22-09-2015

werknemer/Vista Security Group NV

Gerecht in Eerste Aanleg van Aruba, ECLI:NL:OGEEA:2015:361 22-09-2015

werknemer/Sho-Dow Security c.s.

Gerecht in Eerste Aanleg van Aruba, ECLI:NL:OGEEA:2015:359 22-09-2015

werknemer/Vista Security Group NV

Uitspraken zonder ECLI

Gerechtshof Amsterdam 29-09-2015

X/Y

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Rechtbank Den Haag 22-09-2015

werknemster/werkgever

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Rechtbank Amsterdam 11-06-2015

werknemer/Chubb Fire & Security N.V.

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Annotatie

De vordering tot wedertewerkstelling in arbeidsrechtelijke driehoeksverhoudingen

mr. dr. J.P.H. Zwemmer

Annotatie

De vordering tot wedertewerkstelling in arbeidsrechtelijke driehoeksverhoudingen

mr. dr. J.P.H. Zwemmer

RECHTSPRAAK

werknemer/Stadstoezicht Almelo

Oordeel hof dat vorderen van pensioenschade over 'bewust buiten ABP gehouden loon' naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, is in strijd met tweeconclusieregel.

De gemeente Almelo (hierna: de gemeente) heeft Stadstoezicht opgericht op 25 juni 1999, met benoeming van werknemer tot directeur. Aan Stadstoezicht is met ingang van 1 september 1999 de B-3-status toegekend. Daardoor werd werknemer overheidswerknemer in de zin van de Wet privatisering ABP. Op grond van artikel 21 lid 1 van die wet zijn overheidswerknemers in de zin van die wet verplicht deelnemer als bedoeld in het pensioenreglement van het ABP. Op 25 januari 2000 heeft de algemene vergadering van aandeelhouders van Stadstoezicht beslist werknemer met ingang van 1 september 1999 aan te stellen als directeur in vaste dienst voor 20 uur per week, en zijn salaris en arbeidsvoorwaarden vastgesteld. Werknemer was voor 56% arbeidsgeschikt bevonden en genoot een WAO-uitkering voor het overige deel.

Werknemer ontving een netto fulltime salaris, omdat hij wel over het geheel eindverantwoordelijke was. Het verschil tussen 56% en 100% werd bij wijze van 'gratificatie' toegekend. Kern van het geschil tussen partijen betreft de vraag of Stadstoezicht gehouden was pensioenpremie af te dragen over de aan werknemer verstrekte gratificaties. (De directeur van) Stadstoezicht heeft met zijn betoog ter gelegenheid van het pleidooi de in deze procedure ingenomen stellingen van Stadstoezicht aldus verduidelijkt dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat werknemer aanspraak kan maken op schadevergoeding wegens het feit dat over de gratificaties geen pensioenpremie is ingehouden. Werknemer heeft de salarisverhoging bewust buiten het zicht van het ABP gehouden en aldus bewerkstelligd dat hij vanaf zijn indiensttreding bij Stadstoezicht een hoger salaris ontving dan hij ontvangen zou hebben indien hij zijn promotie en salarisverhoging aan het ABP zou hebben gemeld. Het hof acht het met Stadstoezicht naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar dat werknemer die door het hanteren van de nettograticaties een hoger salaris heeft ontvangen dan waarop hij bij een juiste gang van zaken aanspraak had kunnen maken en als directeur van Stadstoezicht de gratificaties niet als pensioengevend inkomen bij het ABP heeft gemeld, thans Stadstoezicht onrechtmatig handelen dan wel wanprestatie kan verwijten en daaraan een claim wegens

gemiste FPU en gemist pensioen kan verbinden.

De Hoge Raad oordeelt als volgt. De in artikel 347 lid 1 Rv besloten liggende tweeconclusieregel brengt mee dat de rechter in beginsel niet behoort te letten op grieven die in een later stadium dan in de memorie van grieven, dan wel (in het geval van een incidenteel appel) in de memorie van antwoord worden aangevoerd, tenzij zich een van de in de rechtspraak erkende uitzonderingen op die regel voordoet (HR 20 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC4959, *NJ* 2009/21; HR 19 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI8771, *NJ* 2010/154). Tegen deze achtergrond zijn de klachten gegrond. De gedingstukken laten geen andere conclusies toe dan de volgende: (a) Stadstoezicht heeft in de memorie van grieven geen beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid gedaan, noch een stelling ingenomen die naar haar strekking een dergelijk beroep inhoudt; (b) voor zover Stadstoezicht een stelling van die strekking voor het eerst bij pleidooi heeft ingenomen, doet zich geen van de in de rechtspraak erkende uitzonderingen op de hiervoor in 3.5 weergegeven tweeconclusieregel voor. Aldus heeft het hof die regel miskend.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 02-10-2015

ECLI: ECLI:NL:HR:2015:2906

Zaaknummer: 14/03056

Rechters: F.B. Bakels, C.A. Streefkerk, G. de Groot, M.V. Polak en T.H. den Tanja-van Broek

Advocaten: M.J. van Basten Batenburg en M.E. Gelpke

Wetsartikelen: 21 lid 1 Wet privatisering ABP en 347 RV

RECHTSPRAAK

X Recycling BV/werknemer

Poging tot diefstal van metaalafval (aangetroffen in de kofferbak van werknemer) niet bewezen, omdat de diefstal mogelijk in scène is gezet om goedkoop van werknemer af te komen.

(Vervolg AR 2014-1013.) Werknemer is op 2 mei 2008 als monteur in dienst getreden van X Recycling BV. Op 11 april 2011 is werknemer op staande voet ontslagen. Volgens X Recycling BV was er sprake van (een poging tot) diefstal of verduistering, omdat in de kofferbak van werknemer bedrijfseigendommen (metaalafval) van X Recycling BV zijn aangetroffen. De arbeidsovereenkomst met werknemer is door de kantonrechter voorwaardelijk ontbonden per 15 augustus 2011 onder toekenning van een ontbindingsvergoeding van € 20.000. Volgens werknemer heeft X Recycling BV de ‘diefstal’ in scène gezet, dan wel met behulp van derden in scène laten zetten, om van het dienstverband met hem af te komen. De kantonrechter heeft op basis van een bewijswaardering geoordeeld dat niet is komen vast te staan dat werknemer materialen van X Recycling BV heeft gestolen, dan wel gepoogd heeft te stelen, zodat ook niet is komen vast te staan dat het ontslag op staande voet op 11 april 2011 (art. 7:678 lid 2 BW) rechtsgeldig is gegeven.

Het hof oordeelt als volgt. Het hof volhardt bij hetgeen werd overwogen en beslist in het tussenarrest. Het hof heeft daarin onder meer overwogen dat het hetgeen door Recycling is aangevoerd ter onderbouwing van haar stelling dat sprake is van (een poging tot) diefstal of verduistering vooralsnog onvoldoende acht om de gestelde (poging tot) diefstal of verduistering aan te nemen gelet op het verweer van werknemer dat de kofferbak van zijn auto niet afsluitbaar was en dat dit ook bekend was bij (medewerkers van) Recycling zodat iedereen de materialen in de kofferbak van zijn auto kan hebben gelegd. Ook heeft het hof overwogen dat op Recycling de bewijslast rust dat er sprake was van een dringende reden voor ontslag en dat zij in hoger beroep heeft aangeboden nader bewijs te leveren door middel van het horen van getuigen, te weten X en Y, specifiek over het tijdsverloop op 11 april 2011, alsmede de werknemers die door werkgever genoemd zijn aan wie verteld zou zijn dat de kofferbak niet afgesloten kon worden. Ook na bewijslevering in hoger beroep acht het hof Recycling niet geslaagd in het door haar te leveren bewijs.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 29-09-2015

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2015:3750

Zaaknummer: HD 200.124.994/01

Rechters: C.M. Aarts, Y.L.L.A.M. Delfos-Roy en J.P. de Haan

Advocaten: M.P. Poelman en H. Loeffen

Wetsartikelen: 7:677 BW en 7:678 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/X Logistics BV

Stuiting verjaring kennelijk onredelijk ontslag: e-mail van advocaat werknemer aan verzekeraar van werkgever geldt als schriftelijke mededeling in de zin van artikel 3:317 BW.

De arbeidsovereenkomst is geëindigd nadat X deze bij brief van 16 januari 2013 had opgezegd tegen 1 mei 2013, na daartoe verkregen toestemming van het CWI [Red.: UWV]. Bij exploit van 25 april 2014 heeft werknemer X in de onderhavige procedure gedagvaard en gevorderd voor recht te verklaren dat de beëindiging van het dienstverband kennelijk onredelijk was. De kantonrechter heeft geoordeeld dat de vordering is verjaard.

Het hof oordeelt als volgt. Partijen zijn het erover eens dat de verjaring van de vordering in ieder geval op 21 oktober 2013 is gestuit door een brief van de advocaat van werknemer aan X en dat er toen een nieuwe verjaringstermijn is gaan lopen van zes maanden, die eindigde op 21 april 2014. De inleidende dagvaarding in deze procedure is op 25 april 2014 uitgebracht. Op die datum was de vordering derhalve verjaard tenzij de verjaring na 25 oktober 2013 nogmaals was gestuit. Volgens werknemer is in de stuitingsbrief van 21 oktober 2013 een reactietermijn van twee weken opgenomen, waarmee de termijn van stuiting twee weken opschuift. Het hof verwierpt deze lezing. Artikel 3:317 Rv bepaalt dat de verjaring van een rechtsvordering kan worden gestuit door een schriftelijke aanmaning of door een schriftelijke mededeling, waarna er op grond van het bepaalde in artikel 3:319 Rv een nieuwe verjaringstermijn begint te lopen met de aanvang van de volgende dag. De brief van 21 oktober 2013 is een schriftelijke mededeling als bedoeld in artikel 3:317 Rv, waardoor op 22 oktober 2013 een nieuwe verjaringstermijn is gaan lopen. Een nieuwe verjaringstermijn gaat niet lopen op grond van het feit dat een schuldenaar een hem door de schuldeiser gegeven laatste termijn om zijn verplichtingen na te komen, ongebruikt laat verstrijken. Dat aflopen van die termijn kan immers niet worden aangemerkt als een schriftelijke mededeling als bedoeld in artikel 3:317 BW. Er is dus geen nieuwe verjaringstermijn aangevangen op 5 november 2013.

Anders dan de kantonrechter heeft overwogen mag uit het feit dat de e-mail van de advocaat van werknemer (25 november 2013) aan de verzekeraar van X was gericht en dat X hiervan

niet rechtstreeks van die advocaat een kopie heeft gekregen, niet de conclusie worden getrokken dat de desbetreffende mail niet als schriftelijke mededeling aan X in de zin van artikel 3:317 BW kan gelden. Uit de hiervoor geciteerde e-mailcorrespondentie van 25 november 2013 volgt dat X de (hiervoor ook geciteerde) brief van de advocaat van werknemer van 21 oktober 2013 ter beantwoording aan haar verzekeraar had toegezonden. Werknemer kon er daarom gerechtvaardigd op vertrouwen dat die verzekeraar gemachtigd was correspondentie met betrekking tot de door werknemer gepretendeerde vordering, waaronder eventuele verdere stuitingsbrieven, in ontvangst te nemen.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 29-09-2015

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2015:4035

Zaaknummer: 200.163.341/01

Rechters: G.C. Boot, A.M.A. Verscheure en R.J.F. Thiessen

Advocaten: R.J. Ouderdorp en F.A.M. Knuppe

Wetsartikelen: 3:317 BW en 7:681 (oud) BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Autorijschool X VOF

Werkgever verspeelt niet recht op tegenbewijs na vervalsen arbeidsovereenkomst. Uitleg reikwijdte artikel 7:610b BW: weerlegging rechtsvermoeden door uitdraai agenda rijschoolhouder.

Werknemer is met ingang van 1 december 2011 in dienst getreden van de Autorijschool voor de duur van zes maanden. Bij schriftelijke afspraak is de arbeidsovereenkomst met 1,5 maanden verlengd. Werknemer betwist de authenticiteit van het schriftelijke document en stelt zich op het standpunt dat de arbeidsovereenkomst stilzwijgend voor zes maanden is verlengd.

Het hof oordeelt als volgt. Indien het hof er stellenderwijs van uitgaat dat, zoals werknemer stelt, maar door de Autorijschool c.s. wordt ontkend, de Autorijschool c.s. valselijk de handtekening van werknemer onder het stuk hebben geplaatst, brengt dit nog niet mee dat de Autorijschool c.s. daarmee het recht hebben verspeeld om bewijs te leveren van de afspraak dat het contract met nog slechts zes weken zou worden verlengd. Het recht geeft de rechter namelijk de vrijheid om in een dergelijk geval aan een dergelijk feit de conclusie te verbinden die de rechter geraden voorkomt. Terecht heeft de kantonrechter aan het feit dat de Autorijschool c.s. stellenderwijs een handtekening zouden hebben vervalst, niet meteen de conclusie verbonden dat zij niet meer tot bewijs van hun stelling worden toegelaten. Uit het enkele feit dat de Autorijschool c.s. stellenderwijs valselijk de handtekening van werknemer onder dat stuk zouden hebben gezet, volgt immers niet onvermijdelijk de conclusie dat de door hen gestelde afspraak niet zou zijn gemaakt. De kantonrechter heeft de Autorijschool c.s. dan ook terecht in de gelegenheid gesteld hun stelling ter zake te bewijzen. Het hof is met de kantonrechter van oordeel dat de Autorijschool c.s. heeft bewezen dat het tot 1 juni 2012 lopende contract met zes weken is verlengd. Daarbij weegt vooral mee dat werknemer zelf aan X een e-mail heeft gestuurd waaruit blijkt dat hij voornemens is zijn eigen bedrijf te starten. Wel volgt uit de diverse stukken dat werknemer pas per 1 september 2012 is gestopt met werken (dus nogmaals een verlenging van zes weken na half juli).

Nu niet vaststaat dat de gemiddelde omvang van de arbeid per maand in drie voorafgaande

maanden minimaal 212 uren heeft bedragen, wordt niet toegekomen aan het vermoeden van artikel 7:610b BW. Het hof is overigens van oordeel dat ook als aan de hand van het door werknemer gestelde bezien in samenhang met de door hem ter zake overgelegde stukken wel van het vermoeden van artikel 7:610b BW zou kunnen worden uitgegaan, dit vermoeden is weerlegd door de door de Autorijschool c.s. overgelegde uitdraaien van de agenda van werknemer bezien in samenhang met het feit dat uit niets blijkt dat werknemer op enig moment voordat de dagvaarding in eerste aanleg is betekend, aanspraak heeft gemaakt op betaling van het thans door hem beweerdelijk gemaakte grote aantal overuren. Daarmee hoeft de vraag niet te worden beantwoord of dit wettelijke vermoeden van artikel 7:610b BW alleen van toepassing is in het geval van een vordering van een werknemer om te komen tot een tewerkstelling voor een duur inclusief de overwerkuren terwijl geen sprake is van een fulltime dienstverband.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 29-09-2015

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2015:3763

Zaaknummer: HD 200.143.091/01

Rechters: M.G.W.M. Stienissen, J.R. Sijmonsma en J.H.C. Schouten

Advocaten: M.A.H. Faassen en A.C.F. Berkhof

Wetsartikelen: 7:610b BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/Stichting Dynamiek Scholengroep

Geen arbeid, wel loon: werkneemster (docente muziekles) wordt ruim vijf jaar loon betaald zonder arbeidsprestatie. Risicosfeer werkgever.

Werkneemster is sinds 2 september 1985 bij Dynamiek (haar rechtsvoorganger) in dienst als leerkracht (muziekles), 0,1645 fte. Zij heeft voor diverse scholen van Dynamiek gewerkt. Na een hartinfarct in augustus 2008 is zij begin 2009 volledig hersteld (en arbeidsgeschikt). Er is toen gezocht naar passend werk, maar dit is niet gevonden. Werkneemster heeft van 2009 tot einde arbeidsovereenkomst geen arbeid voor Dynamiek verricht. Deze laatste heeft tot einde arbeidsovereenkomst het salaris uitbetaald aan werkneemster. Dynamiek stelt zich op het standpunt dat zij onverschuldigd loon heeft betaald. Dynamiek voert aan dat op grond van goed werknemerschap werkneemster zelf contact had moeten opnemen met de vraag of er voor haar werkzaamheden waren. Dynamiek stelt de begindatum op augustus 2010 omdat toen voor werkneemster duidelijk had moeten zijn dat zij niet in het jaarlijkse formatieplan was opgenomen. Zij mocht er voorts niet op vertrouwen dat de afspraak met de personeelsadviseur vier jaar lang ongewijzigd zou blijven in die zin dat zij recht bleef houden op salarisdoorbetaling, aldus Dynamiek. De kantonrechter heeft geoordeeld dat werkneemster (eerst) in augustus 2011 als goed werknemer contact had moeten opnemen. Over de periode 2011 tot einde dienstverband (2014) heeft Dynamiek onverschuldigd betaald.

Het hof oordeelt als volgt. Volgens werkneemster kwam de mededeling van de toenmalige personeelsadviseur van Dynamiek dat zij geen contact meer hoefde op te nemen op haar over als een contactverbod. Zij heeft daarbij toegelicht dat hij een intimiderende persoonlijkheid had en boos was geworden nadat zij een aantal keren contact had opgenomen. Volgens Dynamiek moet de mededeling van de toenmalige personeelsadviseur van Dynamiek worden opgevat als een dringend verzoek geen contact meer op te nemen. Hoe dit verder ook zij, het hof volgt werkneemster in haar standpunt dat er een drempel was ontstaan voor werkneemster om alsnog contact op te nemen, hetgeen voor risico van Dynamiek dient te komen (de mededelingen van de toenmalige personeelsadviseur van Dynamiek als personeelsadviseur van Dynamiek moeten immers aan Dynamiek worden toegerekend). Het geschil in hoger beroep spitst zich dan ook toe op de vraag of vanaf 1 september 2011 (of enig

ander moment in de periode waar het hier om gaat – 1 september 2011 tot en met september 2013) het feit dat werkneemster geen arbeid heeft verricht in redelijkheid niet meer voor rekening van Dynamiek als werkgever behoort te komen. Niet ter discussie staat dat het salaris, ondanks het feit dat werkneemster vanaf januari 2009 geen arbeid verrichtte, aanvankelijk niet onverschuldigd is betaald (de rechtsgrond daarvoor is de arbeidsovereenkomst tussen partijen) en dat sprake was van een situatie als bedoeld in artikel 7:628 lid 1 BW. Het hof beantwoordt voormelde vraag ontkennend, in die zin dat er geen omslagpunt is aan te wijzen waarop het feit dat werkneemster geen arbeid heeft verricht in redelijkheid niet meer voor rekening van Dynamiek als werkgever behoort te komen. Dynamiek stelt dat werkneemster in ieder geval vanaf 2011 niet meer te goeder trouw was omdat zij wist of had behoorde te weten dat zij ‘buiten beeld’ was geraakt, nu drie formatieperiodes waren verstreken zonder dat er vanuit Dynamiek contact met haar was opgenomen, en werkneemster desondanks geen contact heeft opgenomen met Dynamiek om te informeren of er voor haar nog werkzaamheden konden worden gevonden. Volgens Dynamiek heeft werkneemster misbruik gemaakt van de ontstane situatie door al die jaren stil te blijven zitten en salaris te ontvangen zonder hiervoor een tegenprestatie te leveren. Het hof oordeelt dat dit niet het geval is. Een reden te meer om de oorzaak dat werkneemster geen arbeid heeft verricht in de desbetreffende periode in redelijkheid voor rekening van Dynamiek te laten komen in de zin van artikel 7:628 lid 1 BW, is dat Dynamiek wist althans kon weten dat zij werkneemster salaris betaalde maar, naar zij stelt, niet meer zocht naar (passend) werk voor werkneemster.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 29-09-2015

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2015:3795

Zaaknummer: HD 200.161.952/01

Rechters: J.P. de Haan, J.M. Brandenburg en Th.J.A. Kleijngeld

Advocaten: L.J.J. van Asseldonk en H.J.A. Jansen

Wetsartikelen: 7:628 BW

RECHTSPRAAK

werkgever/Sociaal Fonds Taxi

Matiging forfaitaire schadevergoeding Sociaal Fonds Taxi. Eigen vorderingsrecht cao-partijen.

Bij brief van 29 maart 2012 deelt SFT aan werkgever mee dat zij verzocht had voor alle werknemers de inhouding en opgave van pensioengegevens na te lopen en zo nodig te corrigeren. Zij heeft alleen enkele stukken betreffende werknemer Y ontvangen en kondigt aan dat zij op basis van artikel 9 van het Reglement een forfaitaire schadevergoeding aan zal zeggen indien zij niet binnen twee weken de ontbrekende stukken ontvangt (nota's en details over doorgevoerde pensioenmutaties en -berekeningen, loonspecificaties en bewijzen van terugbetaling van te veel ingehouden pensioenpremie). Na wat moeizame correspondentie, wordt het onderzoek in april 2012 voorlopig afgerond. In juli heropent SFT het onderzoek, nadat opnieuw onregelmatigheden zijn gebleken. SFT heeft gevorderd dat werkgever wordt veroordeeld tot naleving van de CAO Taxivervoer en meer precies tot overlegging van de stukken die zijn genoemd in de onder 3.14 bedoelde brief van 30 juli 2012, alsmede tot betaling van € 161.856 forfaitaire schadevergoeding (berekend over de periode van 29 augustus 2012 tot 21 november 2012), te vermeerderen met wettelijke rente vanaf 2 april 2013 en met buitengerechtelijke kosten. De kantonrechter heeft geoordeeld dat werkgever er niet op mocht vertrouwen dat met het afgeven van de afsluitende verklaring op 25 april 2012 het lopende onderzoek was afgerond. De kantonrechter matigde de al door SFT beperkte forfaitaire schadevergoeding tot € 80.000.

Het hof oordeelt als volgt. Werkgever heeft in hoger beroep nog aangevoerd dat de essentie van een afsluitende verklaring is om de markt voldoende waarborgen te bieden dat de verkrijger van de verklaring een bonafide taxionderneming is die de kernbepalingen van de cao correct naleeft en dat een voorwaardelijke verklaring in strijd is met dat systeem. Naar het oordeel van het hof ziet werkgever over het hoofd dat de verklaring ten behoeve van de markt niet voorwaardelijk is, zoals blijkt uit de tekst. Waar het in deze procedure om gaat is of werkgever, zoals zij stelde, mocht verwachten dat met het ontvangen van de verklaring het onderzoek was afgerond. Uit het enkele feit dat zijzelf op 26 april 2012 nog stukken toestuurt en nog meer stukken aankondigt blijkt al dat zij beter wist.

Uit het voorgaande volgt dat werkgever niet steeds aan haar verplichtingen jegens SFT heeft voldaan. SFT kon daarom gebruik maken van haar bevoegdheid een forfaitaire schadevergoeding op te leggen zoals beschreven in artikel 9 lid 2 van het Reglement (zie onder 3.3). Dat dit een boetebeding is in de zin van artikel 6:91 BW, zoals werkgever stelt, is naar het oordeel van het hof juist (zie ook de eerdere uitspraken van dit hof in ECLI:NL:GHARL:2013:8306 en ECLI:NL:GHARL:2014:5666). Anders dan werkgever veronderstelt, is daarmee evenwel niet gegeven dat de boete een vervangende schadevergoeding is, waarnaast op grond van artikel 6:92 BW geen ruimte is voor een vordering tot nakoming van de verplichting om de gevraagde informatie te verstrekken. Niet alleen is artikel 6:92 BW van regelend recht, ook de strekking van het beding zelf dient zo nodig te worden uitgelegd. Naar het oordeel van het hof heeft het onderhavige boetebeding een meerduidige strekking. De boete, die bij de in artikel 9 lid 2 vermelde ingebrekestelling in het vooruitzicht wordt gesteld, dient in deze context als prikkel tot nakoming binnen de gestelde termijn. Bij overschrijding van die gestelde termijn dient de wekelijks oplopende boete ingevolge artikel 9 lid 1 van het Reglement tot vergoeding van:

a. schade zoals bedoeld in artikel 15 Wet CAO wegens schending van de cao, welke vergoeding gevorderd kan worden door een vereniging van werkgevers of werknemers die partij is bij een cao (ten behoeve van zichzelf en/of haar leden). De vergoeding kan evenwel alleen gevorderd worden van (een lid van) de wederpartij bij die cao, zodat deze bepaling niet op de onderhavige situatie van toepassing is, nu werkgever onbetwist heeft gesteld alleen door algemeenverbindendverklaring gebonden te zijn aan de hier aan de orde zijnde cao's;

b. de materiële en immateriële schade zoals bedoeld in de artikelen 15 en 16 Wet CAO wegens schending van algemeen verbindend verklaarde bepalingen van de cao door een werkgever of een werknemer, welke vergoeding ingevolge artikel 3 lid 4 Wet AVV gevorderd kan worden door een vereniging van werkgevers of werknemers die partij is bij die algemeen verbindend verklaarde cao (ten behoeve van zichzelf en/of haar leden).

Daarnaast strekt de boete, die in de gevallen a en b krachtens delegatie door SFT namens de cao-partijen mag worden gevorderd doch slechts voor zover het hun eigen schade betreft, ingevolge artikel 9b lid 3 van het Reglement tot:

c. dekking van de kosten van het toezicht op de naleving van de cao, waarbij SFT niet hoeft aan te tonen dat zij de schade in de omvang als gevorderd daadwerkelijk heeft geleden.

De verlangde boete strekt in dit geval dus tot vergoeding van de eigen schade van de cao-partijen voor zover zij een vereniging zijn en tot bestrijding van de onder c genoemde kosten.

Het daarvoor verschuldigde bedrag is gefixeerd in die zin, dat het niet om een en hetzelfde

concrete bedrag gaat, maar om een forfaitair bedrag: de uitkomst van een berekening op basis van vastgelegde variabele, maar objectief vast te stellen, gegevens. Deze fixatie brengt mee dat geen onderzoek is vereist naar het bestaan en de omvang van de werkelijke schade. Naar het oordeel van het hof valt uit de bewoordingen van de cao niet op te maken dat de hiervoor onder c bedoelde kostenvergoeding ertoe strekt in de plaats te komen van de verplichting tot nakoming van de algemeen verbindend verklaarde cao. Datzelfde geldt voor de vergoeding van de eigen schade die de cao-partijen lijden als gevolg van de schending van de algemeen verbindend verklaarde cao. Het hof overweegt voorts dat het oplopen van een boete (los van de hoogte ervan) naarmate de van werkgever verlangde prestatie langer uitblijft ook niet aannemelijk maakt dat de boete moet worden beschouwd als vervanging voor de door SFT verlangde nakoming van bepaalde concrete verplichtingen van werkgever, waarvan de omvang niet door tijdsverloop wijzigt. Het hof is van oordeel dat er in dit geval reden was voor matiging, mede gelet op de wijze waarop werkgever aan het beding is gebonden: zij is niet zelf de gefixeerde boete overeengekomen, maar moet het boetebeding tegen zich laten gelden als gevolg van de algemeen verbindend verklaarde cao. Hoewel werkgever geen gegevens heeft verstrekt over haar financiële situatie, leidt het in hoogte of tijdsduur onbegrensde boetebeding in dit concrete geval naar het oordeel van het hof evenwel tot een buitensporig en daarom onaanvaardbaar resultaat, zulks tegen de achtergrond van het doel van de gefixeerde boete in de onderhavige zaak: vergoeding van de eigen schade van de cao-partijen voor zover zij een vereniging zijn en tot bestrijding van de onder c genoemde kosten. De wijze waarop het beding de hoogte van de boete bepaalt, is een volledig willekeurige wijze van schadeberekening. Gelet op de aard van de schade valt niet in te zien dat deze schade tijdsevenredig toeneemt.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 29-09-2015

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2015:7325

Zaaknummer: 200.144.027/01

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

Advocaten: M. Colenbrander en M.W.M. Heijlaerts

Wetsartikelen: CAO Taxivervoer, CAO SFT en 6:94 BW

RECHTSPRAAK

X/Y

Het door werknemer al in de UWV-procedure geuite vermoeden dat werkgever er op uit was hem te “lozen” en, in weerwil van zijn anciënniteitsrechten, twee collega’s voor het bedrijf wilde behouden, blijken achteraf grotendeels juist te zijn geweest. Kennelijk onredelijk ontslag.

X (geboren 1956) is in 1999 in dienst getreden van Y als chauffeur. Na verkregen toestemming is de arbeidsovereenkomst wegens bedrijfseconomische redenen opgezegd tegen 30 april 2013. Op 3 januari 2013 is X in dienst getreden van W op basis van een oproepcontract. Y heeft gesteld dat X de gefixeerde schadevergoeding ex artikel 7:677 lid 2 BW verschuldigd is. Daarnaast heeft Y aanspraak gemaakt op verbeurde boetes wegens het delen van bedrijfsgevoelige informatie met derden. X stelt dat de opzegging van de arbeidsovereenkomst kennelijk onredelijk is en heeft een schadevergoeding gevorderd. De kantonrechter heeft geoordeeld dat het ontslag niet kennelijk onredelijk was.

Het hof oordeelt als volgt. Van een valse of voorgewende reden voor het ontslag is niet gebleken. Werknemer heeft slechts gesteld dat de omzet van Y gezien moet worden in relatie tot de omzet van haar zuster vennootschap Z, maar X heeft die stelling onvoldoende onderbouwd. Reeds de daling van de omzet van Y met meer dan de helft, klaarblijkelijk als gevolg van teruggelopen werkzaamheden, maakt voldoende aannemelijk dat er een gegronde aanleiding was voor het verkleinen van het personeelsbestand. De handelwijze van Y tegenover X in relatie tot zijn voormalige collega’s E en A is echter niet zorgvuldig. Y heeft tegenover het UWV gesteld dat ook van E en A afscheid genomen moest worden. Toen X bij zijn verweer bij het UWV aanvoerde de indruk te hebben dat Y E en A zo spoedig mogelijk weer voor zich zou willen laten werken, heeft Y dat ontkend. Pas nadat X in de procedure bij de kantonrechter had aangevoerd A weer bij Y aan het werk te hebben gezien, heeft Y erkend A in september 2013 weer in dienst te hebben genomen. Y heeft daarbij aangevoerd dat A meer allround was dan X, en anders dan X wel wegwijds was in het magazijn, maar Y heeft niet betwist dat in ieder geval een deel van de aan A aangeboden werkzaamheden ook door X had kunnen worden uitgevoerd. Nadat X vervolgens aanvoerde ook E weer bij Y aan het werk te

hebben gezien, heeft Y (pas) in hoger beroep erkend dat E op enig moment weer bij haar in dienst was getreden. Het door X al in de UWV-procedure geuite vermoeden dat Y erop uit was hem te 'lozen' en, in weerwil van zijn anciënniteitsrechten, E en A voor het bedrijf wilde behouden, blijken achteraf grotendeels juist te zijn geweest. Ook als Y voor het weer in dienst nemen van E en A goede redenen meende te hebben, had zij die aan X kenbaar moeten maken, en niet kunnen volstaan met te ontkennen dat van hun terugkeer sprake was. Dat gebrek aan transparantie van de zijde van Y is in strijd met het goed werkgeverschap, en daarmee mede – naast de gebrekkige kansen van X op de arbeidsmarkt en de afwezigheid van hem aangeboden scholing – grond voor de kennelijke onredelijkheid van de opzegging.

Wat betreft de gevorderde schadevergoeding van € 20.025,76 bruto overweegt het hof als volgt. X onderbouwt zijn schade door te stellen dat gelet op zijn arbeidsmarktpositie ten tijde van het ontslag op 30 april 2013, te verwachten was dat hij 38 maanden werkloos zou zijn. Het was daarom reëel uit te gaan van een door Y aan te vullen WW-uitkering tot het niveau van het laatstgenoten salaris gedurende die 38 maanden. Op de periode van 38 maanden aan te vullen uitkering wordt door X bij zijn berekeningen in mindering gebracht op de periode van 30 april 2013 tot 19 september 2013, omdat hij gedurende die periode toch werkzaamheden heeft kunnen verrichten, bij W. Aldus resteert een door Y te betalen bedrag van € 20.116,14 bruto. X beperkt zijn vordering echter tot het in de dagvaarding genoemde bedrag van € 20.025,76 bruto. Y heeft de juistheid van de schadeberekening van X niet betwist. Y heeft daartegen in wezen slechts aangevoerd dat X verweer had kunnen voeren tegen het ontslag door W en dat het verzuim om dat te doen niet op Y kan worden afgewenteld. Het hof verwerpt dit betoog. Voor de bepaling van de aan X toe te kennen schadevergoeding moet worden uitgegaan van de situatie uiterlijk op 30 april 2013 en op hetgeen toen redelijkerwijs te verwachten was. X werkte op 30 april 2013 ruim drie maanden op basis van een oproepcontract voor W. Daarmee moest er nog steeds van worden uitgegaan dat X als gevolg van de beëindiging van het dienstverband met Y aanzienlijke inkomensschade zou lijden. De door X gestelde werkloosheidskans van 38 maanden komt het hof, gelet op de hierboven genoemde omstandigheden van X, waaronder diens leeftijd, arbeidsverleden en opleidingsniveau, en bij gebreke aan concrete andere uitgangspunten, alleszins reëel voor. De gevorderde vergoeding wordt toegewezen.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 29-09-2015

Zaaknummer: 200.165.778/01

RECHTSPRAAK

werknemer/Vista Security Group NV

Arubaanse zaak: nietig ontslag op staande voet.

Verweersters hebben geen gebruik gemaakt van de aan hen aangeboden mogelijkheid om verweer te voeren. Niet is komen vast te staan dat er sprake was van een dringende reden voor een ontslag op staande voet, zodat moet worden geconcludeerd dat de dienstbetrekking op onregelmatige wijze is beëindigd en dat het op 25 april 2014 aan verzoeker gegeven ontslag kennelijk onredelijk is. De vordering tot verklaring voor recht zal om die reden worden toegewezen. Nu er van de zijde van verweersters geen verweer is gevoerd tegen de vordering tot betaling aan verzoekster ter zake de opzeggingstermijn, de cessantie-uitkering, de niet-genoten vakantiedagen en de schadevergoeding, en deze voldoende zijn onderbouwd, zal het gerecht de vorderingen toewijzen. Datzelfde geldt voor de vordering tot betaling van de wettelijke rente.

Instantie: Gerecht in Eerste Aanleg van Aruba

Datum uitspraak: 22-09-2015

ECLI: ECLI:NL:OGEAA:2015:360

Zaaknummer: EJ nr. 162 van 2015

Rechters: W.J. Noordhuizen

Advocaten: S.O.R.G. SOR'G Faarup

Wetsartikelen: 7:681 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Shadow Security c.s.

Arubaanse zaak: nietig ontslag op staande voet.

Verweerster heeft geen gebruik gemaakt van de aan haar aangeboden mogelijkheid om verweer te voeren. Niet is komen vast te staan dat er sprake was van een dringende reden voor een ontslag op staande voet, zodat moet worden geconcludeerd dat de dienstbetrekking op onregelmatige wijze is beëindigd en dat het aan verzoeker gegeven ontslag nietig is. De vordering tot verklaring voor recht zal om die reden worden toegewezen. Nu er van de zijde van verweerster geen verweer is gevoerd tegen de vordering tot betaling aan verzoeker ter zake salaris en alle secundaire arbeidsvoorwaarden, zal het gerecht de vorderingen toewijzen. Datzelfde geldt voor de vordering tot betaling van de wettelijke verhoging ex artikel 7A:1614q BW met matiging tot de gebruikelijke 15% en de wettelijke rente ex artikel 6:119 BW.

Instantie: Gerecht in Eerste Aanleg van Aruba

Datum uitspraak: 22-09-2015

ECLI: ECLI:NL:OGEAA:2015:361

Zaaknummer: EJ nr. 394 van 2015

Rechters: W.J. Noordhuizen

Advocaten: S.O.R.G. SOR'G Faarup

Wetsartikelen: 7A:1614q BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Vista Security Group NV

Arubaanse zaak: kennelijk onredelijk ontslag niet weersproken.

Verweersters hebben geen gebruik gemaakt van de aan hen aangeboden mogelijkheid om verweer te voeren. Niet is komen vast te staan dat er sprake was van een dringende reden voor een ontslag op staande voet, zodat moet worden geconcludeerd dat de dienstbetrekking op onregelmatige wijze is beëindigd en dat het op 20 april 2014 aan verzoekster gegeven ontslag kennelijk onredelijk is. De vordering tot verklaring voor recht zal om die reden worden toegewezen. Nu er van de zijde van verweersters geen verweer is gevoerd tegen de vordering tot betaling aan verzoekster ter zake de opzeggingstermijn, de cessantie-uitkering, de niet-genoten vakantiedagen en de schadevergoeding, en deze voldoende zijn onderbouwd, zal het gerecht de vorderingen toewijzen. Datzelfde geldt voor de vordering tot betaling van de wettelijke rente.

Instantie: Gerecht in Eerste Aanleg van Aruba

Datum uitspraak: 22-09-2015

ECLI: ECLI:NL:OGEAA:2015:359

Zaaknummer: EJ nr. 161 van 2015

Rechters: W.J. Noordhuizen

Advocaten: S.O.R.G. SOR'G Faarup

Wetsartikelen: 7:681 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/A.B.S. Contractor & Consultant

Arubaanse zaak: onregelmatige opzegging.

Verweerders hebben geen gebruik gemaakt van de aan hen aangeboden mogelijkheid om verweer te voeren. Nu er van de zijde van verweerders geen verweer is gevoerd tegen de vordering tot betaling aan verzoeker ter zake de opzeggingstermijn, en deze voldoende is onderbouwd, zal het gerecht de vorderingen toewijzen. Datzelfde geldt voor de vordering tot betaling van de wettelijke verhoging ex artikel 7A:1614q en de wettelijke rente ex artikel 6:119 BW. De wettelijke verhoging zal overeenkomstig vaste rechtspraak van het Hof worden gematigd tot 15%.

Instantie: Gerecht in Eerste Aanleg van Aruba

Datum uitspraak: 22-09-2015

ECLI: ECLI:NL:OGEAA:2015:362

Zaaknummer: EJ nr. 395 van 2015

Rechters: W.J. Noordhuizen

Advocaten: S.O.R.G. SOR'G Faarup

Wetsartikelen: 7:672 BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/werkgever

Uitleg bepaling over wachtgeld in CAO VVT. Taalkundig is er geen aanleiding om arbeidsongeschiktheid wegens ziekte te beschouwen als onbekwaamheid, mede gelet op de omstandigheid dat dit woord in de cao-bepalingen over ziekte en arbeidsongeschiktheid niet voorkomt.

Werkneemster is in 1998 in dienst getreden als huishoudelijk medewerker. Op 21 september 2011 is zij uitgevallen vanwege ziekte. Na verkregen toestemming is de arbeidsovereenkomst per 1 juli 2014 opgezegd. Tussen partijen is in geschil of het ontslag kennelijk onredelijk is op grond van het gevolgcriterium en of werkneemster op grond van de CAO VVT 2013-2014 aanspraak maakt op wachtgeld.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Werkgever wordt geen verwijt gemaakt van de arbeidsongeschiktheid en niet gebleken is dat werkgever zich onvoldoende heeft ingespannen voor de re-integratie van werkneemster. Vast is komen te staan dat er geen passend werk voor werkneemster beschikbaar is. De omstandigheid dat werkneemster na een dienstverband van bijna 16 jaar wegens arbeidsongeschiktheid wordt ontslagen en geen goede vooruitzichten heeft op herstel levert op zichzelf beschouwd geen grond op voor het toekennen van een vergoeding. Het ontslag is niet kennelijk onredelijk.

Aan de orde is verder de uitleg van de wachtgeldregeling zoals geformuleerd in de CAO VVT 2013-2014. Deze uitleg dient te geschieden naar objectieve maatstaven, waarbij onder meer acht kan worden geslagen op de elders in de cao gebruikte formuleringen en op de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen waartoe de onderscheiden, op zichzelf mogelijke tekstinterpretaties zouden leiden. Ook de bewoordingen van de eventueel bij de cao behorende schriftelijke toelichting moeten bij de uitleg van de cao worden betrokken. De norm bij uitleg van een cao-bepaling is derhalve niet louter taalkundig. Het partijdebat in de onderhavige zaak gaat echter uitsluitend over de taalkundige uitleg van het begrip 'onbekwaamheid', waarbij niet is weersproken dat dit woord uitsluitend voorkomt in artikel 9.7 lid 1 onderdeel b (een van de voorwaarden voor het recht op wachtgeld is dat 'de beëindiging plaatsvindt vanwege (...) onbekwaamheid die niet aan jou is toe te rekenen') van

de toepasselijke cao en niet elders in die cao. De kantonrechter deelt het standpunt dat er taalkundig geen aanleiding is om de arbeidsongeschiktheid wegens ziekte te beschouwen als onbekwaamheid, mede gelet op de omstandigheid dat dit woord in de cao-bepalingen over ziekte en arbeidsongeschiktheid niet voorkomt. De taalkundige uitleg van het begrip 'onbekwaamheid' en de formuleringen elders in de cao leiden tot het oordeel dat artikel 9.7 lid 1 onderdeel b van de CAO VTT op werkneemster niet van toepassing is.

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 22-09-2015

Zaaknummer: 3823525/RL EXPL 15-3189

RECHTSPRAAK

werknemer/X Automatisering BV

Mondelinge afspraak dat stand-byuren niet conform personeelshandboek worden vergoed door werkgever voldoende bewezen: geen registratie uren en nimmer tijdens dienstverband uitbetaling verzocht door werknemer.

Werknemer is bij X in dienst geweest van 20 juni 1988 tot 1 augustus 2012, laatstelijk in de functie van Delivery Consultant tegen een salaris van € 6.156,47 bruto per maand. De kantonrechter heeft de arbeidsovereenkomst tussen partijen bij beschikking van 16 juli 2012 ontbonden per 1 augustus 2012, met toekenning aan werknemer van een ontslagvergoeding van € 50.000 bruto. Op de arbeidsovereenkomst is een personeelshandboek van toepassing waarin onder meer is bepaald dat werknemer recht heeft op een 'stand-byvergoeding'. Werknemer heeft van X gevorderd dat zij zal worden veroordeeld tot betaling aan hem van € 34.390 bruto wegens vergoeding voor in totaal 9.328 uren verrichte stand-bydiensten en (na vermindering van eis) betaling van € 3.788,87 wegens 126 niet-genoten vakantie-uren. X stelt zich op het standpunt dat tussen partijen mondeling is afgesproken dat de stand-byvergoeding niet (langer) tussen hen gold.

Het hof oordeelt als volgt. Werknemer voert primair aan dat het niet mogelijk is om bij een mondelinge afspraak af te wijken van de schriftelijke bepaling in het op de arbeidsovereenkomst van toepassing verklaarde handboek, inhoudende dat de werknemer voor stand-byuren een vergoeding ontvangt van € 2,50 op werkdagen en € 5 in het weekend en op feestdagen. Dit verweer faalt. Werknemer en werkgever kunnen in beginsel bij mondelinge afspraak afwijken van hetgeen zij schriftelijk zijn overeengekomen. Er is geen wettelijke regel die dat verbiedt. Voorts is niet gesteld of gebleken dat partijen zijn overeengekomen dat slechts schriftelijk zou kunnen worden afgeweken van hetgeen in het handboek is bepaald. Met betrekking tot de vraag of X bewezen heeft dat partijen mondeling zijn overeengekomen dat werknemer geen vergoeding voor stand-byuren zou ontvangen, oordeelt het hof als volgt. Uit getuigenverklaringen volgt dat werknemer geen stand-byuren heeft genoteerd en dat hij evenmin ooit om uitbetaling van zulke uren heeft gevraagd. Uit artikel B.2.5.3 van het handboek volgt echter dat stand-byuren wel op de maandstaat moesten

worden geregistreerd. De door X gestelde mondelinge afspraak dat werknemer geen vergoeding zou ontvangen voor stand-byuren voor klant Y zou een goede verklaring kunnen vormen voor de omstandigheid dat werknemer de registratie van die uren achterwege heeft gelaten. De verklaringen van de controller leveren voldoende aanvullend bewijs die het verhaal van de partijgetuigen (directeur X) ondersteunen.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 22-09-2015

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2015:3919

Zaaknummer: 200.148.902/01

Rechters: A.M.A. Verscheure, D.J. van der Kwaak en J.E. Molenaar

Advocaten: Y.M. Schulz en S.M. Pieroelie

Wetsartikelen: 164 Rv

RECHTSPRAAK

werknemer/Ritz-Carlton

***Bedreigen van collega levert een dringende reden voor ontslag op.
Schending bedrijfsregels en geen respect voor leidinggevenden.***

Werknemer is in dienst van Ritz-Carlton als croupier in haar casino. Op 9 februari 2015 is werknemer op staande voet ontslagen, omdat werknemer volgens Ritz-Carlton tijdens een incident met een collega op 7 februari 2015 de arm van die collega had omgedraaid en vervolgens met een van zijn vuisten tegen een muur in de werknemerskantine heeft geslagen (hierna: het incident), en omdat werknemer voorts volgens Ritz-Carlton tijdens een onderhoud met zijn superieuren op 8 februari 2015 met betrekking tot voormeld incident bedoelde collega heeft bedreigd.

Het Gerecht oordeelt als volgt. Die een dag na het incident door werknemer geuite bedreiging is – mede gelet op de voor werknemers geldende strakke regels op de werkvloer van Ritz-Carlton ook ter zake van omgang met collegae en superieuren, waarvan is gesteld noch gebleken dat werknemer die niet kende en waarvan evenmin is gesteld of gebleken dat die onredelijk zijn – zodanig ernstig dat werknemer daarmee reeds een dringende reden heeft gegeven aan Ritz-Carlton voor ontslag. Vorenstaande klemte te meer omdat werknemer zelfs in bijzijn van zijn superieuren dergelijk volstrekt ontoelaatbaar gedrag meent te kunnen vertonen, waarmee hij te kennen geeft dat hij zich wat hem betreft niet al te veel hoeft te storen aan ook voor hem geldende regels. Bij dit alles heeft te gelden dat werknemer bedoelde woorden heeft geuit een dag na het incident, zodat niet gezegd kan worden dat die woorden in een opwelling als gevolg van dat incident aan zijn mond zijn ontsnapt. Ook heeft te gelden dat het Gerecht wellicht tot een ander oordeel zou zijn gekomen als werknemer – waarvan is gesteld noch gebleken dat hij al eens eerder een dergelijke bedreiging heeft geuit op de werkvloer van Ritz-Carlton – alsnog zijn welgemeende excuses voor zijn verkeerde woorden had aangeboden aan Ritz-Carlton, met daarbij de welgemeende toezegging dat dit nooit meer zou gebeuren.

Instantie: Gerecht in Eerste Aanleg van Aruba

Datum uitspraak: 22-09-2015

ECLI: ECLI:NL:OGEAA:2015:363

Zaaknummer: E.J. no. 417 van 2015

Rechters: A.H.M. van de Leur

Advocaten: P.M.E. Mohamed en D.M. Canwood

Wetsartikelen: 7:677 BW

RECHTSPRAAK

ABN AMRO/werknemer

ABN AMRO heeft terecht geen integriteitsverklaring afgegeven. Uitleg integriteitscode NVB.

(Vervolg op HR 2 mei 2014, AR 2014-0407.) Werknemer is van 1 oktober 1974 tot 1 mei 2005 bij ABN AMRO in dienst geweest. De arbeidsovereenkomst is tussen partijen beëindigd onder toekenning van een vergoeding van € 770.000 aan werknemer. Werknemer is met ingang van 1 mei 2005 in dienst getreden bij Fortis Bank (Nederland) als relatiemanager bij MeesPierson. In de arbeidsovereenkomst is het niet verkrijgen van een integriteitsverklaring (conform de Integriteitscode van de Nederlandse Vereniging van Banken) als ontbindende voorwaarde opgenomen. ABN AMRO heeft geweigerd de integriteitsverklaring voor werknemer af te geven, omdat volgens ABN AMRO werknemer (soms ten koste van collega's) het behalen van financiële doelstellingen boven alles plaatste en zich manipulatief zou hebben opgesteld in het managementteam. MeesPierson heeft werknemer vervolgens medegedeeld dat zij de arbeidsovereenkomst met hem als van rechtswege geëindigd beschouwt omdat de ontbindende voorwaarde is vervuld. In deze procedure vordert werknemer schadevergoeding van ABN AMRO, omdat ten onrechte de verklaring niet is afgegeven. De kantonrechter en het hof oordeelden dat ABN AMRO inderdaad de verklaring ten onrechte niet had afgegeven. In cassatie oordeelde de Hoge Raad dat het niet afgeven van de verklaring in de context van alle relevante feiten en omstandigheden moest worden geplaatsd, zodat het oordeel van het hof moest worden vernietigd. Het gaat in dit hoger beroep na verwijzing door de Hoge Raad om de vraag of werknemer integer was in de zin van de integriteitscode. Als werknemer niet integer was in die zin, heeft ABN AMRO de afgifte van de integriteitsverklaring terecht geweigerd. Als werknemer wel integer was, heeft ABN AMRO de verklaring ten onrechte niet afgegeven.

Thans oordeelt het verwijzingshof als volgt. Allereerst dienen de relevante gedragingen te worden vastgesteld: werknemer stond bevriende relaties toe verder 'rood te staan' dan volgens de richtlijnen van ABN AMRO was toegelaten en droeg medewerkers op om in strijd met die richtlijnen zodanige administratieve kunstgrepen toe te passen dat zijn toezegging aan die relatie kon worden uitgevoerd; werknemer heeft in december 2003 een medewerker opgedragen om € 4.000 als overeengekomen verzekeringspremie te boeken, terwijl de

desbetreffende verzekeringsovereenkomst nog niet tot stand gekomen was en ook niet tot stand gekomen is; werknemer dwong een accountmanager een nog niet overeengekomen lening van € 5 miljoen te boeken alsof deze al was overeengekomen; hij toonde een 'chronisch' gebrek aan respect voor medewerkers; tijdens de onderhandelingen over zijn vertrek bij ABN AMRO op 26 augustus 2004 bleek dat werknemer, in strijd met de daarvoor geldende regels, interne stukken van ABN AMRO thuis had; werknemer gebruikte stelselmatig bankfaciliteiten ten gunste van vrienden en kennissen.

Vervolgens gaat het hof in op wat integriteit is volgens de NVB-code. De integriteitscode definieert 'integriteit' niet, maar onderstreept het belang van het begrip in de considerans. Het doel van de integriteitscode laat zich aldus samenvatten dat het voor het goed functioneren van het bankwezen in het economisch en maatschappelijke bestel noodzakelijk is dat de banken en haar medewerkers integer zijn. De banken dienen op grond van de algemene gedragsregels te bevorderen dat hun medewerkers zich bij de uitoefening van het bancaire bedrijf in de meest ruime zin onthouden van iedere gedraging of medewerking aan gedragingen die afbreuk doet aan de integriteit. Daarmee is duidelijk dat het gaat om voor de uitoefening van het bancaire bedrijf relevante integriteit. Deze integriteit beperkt zich niet tot de feitelijke uitvoering van bankwerkzaamheden. Integriteit ziet immers niet primair op het resultaat van een gedraging, maar veeleer op de attitude die daaruit spreekt. Zo zal een medewerker die zich (volledig) in de privésfeer schuldig maakt aan frauduleuze handelspraktijken op het internet, (ook) inbreuk maken op de voor de uitoefening van het bancaire bedrijf relevante integriteit. Dit betekent voorts dat niet iedere door een bank niet gewenste wijze van leidinggeven als niet integer in de zin van de code kan worden aangemerkt, maar dat een stijl van leidinggeven die gepaard gaat met manipuleren, liegen en bevoordelen van vrienden en relaties, wel als zodanig kan worden gekenschetst. Om integriteit in algemene zin te beschrijven worden dikwijls termen zoals eerlijk, rechtschapen, betrouwbaar, loyaal, onkrenkbaar en oprecht gehanteerd. Van deze termen zijn evenmin sluitende en afgebakende definities te geven. Het gaat bij die termen, evenals bij integriteit, om moreel/ethische normen die vaag zijn en per geval dienen te worden ingevuld. Bij die invulling zal acht moeten worden geslagen op algemeen erkende rechtsbeginselen, met de in Nederland levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen, die bij het gegeven geval zijn betrokken (vgl. art. 3:12 BW).

Het hof acht het overhevelen van verzekeringscontracten van het ene filiaal naar het andere zeer ernstig. Ook door het invoeren in RSS van de gerealiseerde overeenkomst van de geldlening van € 7 miljoen die nog niet was gesloten is een valse voorstelling van zaken gegeven van de prestaties van kantoor Amsterdam-Zuid in de betreffende week. Dit is verwijtbaar en niet integer. Het feit dat het hier om een competitie tussen filialen/kantoren

gaat, en ABN AMRO geen (financiële) schade heeft geleden, is wel van belang voor de mate van verwijtbaarheid, maar neemt deze niet weg. Het feit dat interne audits niets onoorbaars hebben opgeleverd werpt geen ander licht op de zaak. Uit het voorgaande, in onderling verband en samenhang bezien, volgt dat werknemer niet integer is in de zin van de integriteitscode.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 15-09-2015

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2015:2413

Zaaknummer: 200.150.834/01

Rechters: R.S. van Coevorden, M.J. van der Ven en A.G. van Marwijk Kooij

Advocaten: P.C. Vas Nunes en C.E. Stratenus

Wetsartikelen: Integriteitscode NVB, 6:74 BW en 7:611 BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/werkgeefster

***Ontslag op staande voet wegens diefstal houdt geen stand.
Onvoldoende onderbouwd dat werkneemster op staande voet is
ontslagen en niet voldaan aan gelijktijdige mededeling van de reden.***

Werkneemster is voor de duur van een jaar in dienst. Op 11 augustus 2015 heeft tussen partijen een gesprek plaatsgevonden, waarna werkneemster de aan haar ter beschikking gestelde auto heeft leeggehaald en haar sleutels heeft ingeleverd. Werkgeefster stelt dat werkneemster op staande voet is ontslagen wegens diefstal. Werkneemster betwist dit. Zij heeft zich op 11 augustus 2015 op advies van haar huisarts ziek gemeld wegens spanningsklachten, welke ziekmelding door werkgeefster niet werd geaccepteerd. Werkgeefster heeft niet gezegd dat werkneemster op staande voet ontslagen was. Zij heeft werkneemster alleen aangesproken op een kasverschil van € 30. Werkneemster heeft vervolgens, zo stelt zij, de auto leeggehaald en de sleutels ingeleverd omdat zij de auto tijdens ziekte niet mocht gebruiken. Voorts stelt werkneemster dat zich geen dringende reden voor ontslag heeft voorgedaan en – indien deze zich wel zou hebben voorgedaan – dat deze haar niet onverwijld is meegedeeld.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Blijkens de verklaring van werkgeefster ter zitting heeft zij tegen werkneemster gezegd dat de regenton niet was afgerekend en dat ze met werkneemster stopte. Nu werkneemster zulks echter heeft betwist en werkgeefster geen feiten of omstandigheden heeft aangedragen die haar stelling onderbouwen dat zij werkneemster op staande voet heeft ontslagen in verband met de diefstal van een regenton, is naar het voorlopig oordeel van de kantonrechter onvoldoende aannemelijk geworden dat werkgeefster werkneemster op 11 augustus 2015 op staande voet ontslagen heeft, onder mededeling van de reden voor dat ontslag, althans dat zulks voor werkneemster voldoende kenbaar was en dat daaromtrent bij werkneemster geen enkele twijfel kon bestaan. Eerst in het kader van de onderhavige procedure heeft werkgeefster door middel van haar op voorhand toegestuurde conclusie van antwoord aangegeven dat het om diefstal van een regenton zou gaan. Werkgeefster heeft dit ter zitting nader toegelicht. Daarmee is niet voldaan aan de formele vereisten die aan een ontslag op staande voet worden gesteld, te weten een gelijktijdige mededeling van de reden van het gegeven ontslag. Voor zover in de door werkgeefster op

voorhand toegestuurde conclusie van antwoord melding wordt gemaakt van een aantal verwijten die het ontslag op staande voet zouden rechtvaardigen, dienen deze verwijten bij de beoordeling van de rechtsgeldigheid van het ontslag op staande voet buiten beschouwing te blijven, nu met de in het e-mailbericht van de gemachtigde van werkgeefster van 17 augustus 2015 gegeven ontslaggrond 'diefstal' de ontslagreden is gefixeerd. Volgt toewijzing van de loonvordering.

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 30-09-2015

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2015:4601

Zaaknummer: 4403132 \ CV EXPL 15-9040

Rechters: E.T.M. Zwart-Sneek

Advocaten: J.J. Achterveld en J.J.E. Geelen

Wetsartikelen: 7:677 BW

RECHTSPRAAK

werkgever/werkneemster

Ontbinding arbeidsovereenkomst tandartsassistente wegens verstoorde arbeidsrelatie nadat zij beschuldigingen heeft geuit omtrent seksueel intimiderend gedrag door werkgever en daarover met (ex-)collega's heeft gesproken.

Werkneemster is met ingang van 12 mei 2014 in dienst getreden van werkgever, laatstelijk in de functie van tandartsassistente. Eind mei 2015 heeft zij zich ziek gemeld. Zij heeft te kampen met psychische problemen, ten gevolge van seksueel misbruik in haar tienerjaren. Werkgever verzoekt ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens verwijtbaar handelen (art. 7:669 lid 3 onderdeel e BW) dan wel een verstoorde arbeidsrelatie (art. 7:669 lid 3 onderdeel g BW). Daartoe wordt het volgende aangevoerd. Tussen partijen bestond vanaf de aanvang van het dienstverband een goede, veelal informele verstandhouding. Dat is op slag veranderd nadat werkneemster zeer kwalijke beschuldigingen heeft geuit omtrent – seksueel – intimiderend gedrag van werkgever, meer in het bijzonder dat hij ‘aan haar heeft gezeten’. Die ernstige uitlatingen omtrent handtastelijkheden heeft werkneemster zonder enige grond gedaan waarbij zij bovendien die lasterlijke praat ook heeft geuit richting derden, zoals (ex-)collega's, waarmee de goede naam van werkgever is aangetast. Zo geen sprake is van verwijtbaar handelen, dan betoogt werkgever dat in ieder geval de arbeidsverhoudingen zijn verstoord.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Overwogen wordt dat niet gebleken is dat werkgever het onderhavige ontbindingsverzoek heeft ingediend wégens de arbeidsongeschiktheid van werkneemster, maar wel dat het is ingediend tijdens haar arbeidsongeschiktheid. Geconcludeerd wordt dat geen sprake is van een opzegverbod dat aan de verzochte ontbinding in de weg staat. Overwogen wordt dat, gegeven het niet weersproken traumatische verleden van werkneemster, waarvoor zij thans in behandeling is bij een psycholoog, en de heftige (afwijkende) reactie die zij dientengevolge ervaart bij normale en/of lichte aanrakingen door mannen, die omstandigheden niet zonder meer als verwijtbaar handelen aan de zijde van werkneemster gekwalificeerd kunnen worden. Een ontbinding op die grondslag is niet aan de orde. Evenwel, uit de processtukken en (vooral) uit de opstelling van partijen ter zitting, is de kantonrechter ervan overtuigd geraakt dat er inmiddels een situatie is

ontstaan waarin een verdere samenwerking niet goed meer mogelijk is. Daarbij wordt bijzonder gewicht toegekend aan het feit dat werkneemster – naast professionele hulpverleners (zoals de psycholoog) – ook derden, zijnde collega's (die al dan niet nog steeds in dienst zijn van werkgever), in kennis heeft gesteld van de door haar gestelde aanrakingen door werkgever, zonder dat daarvoor enige noodzaak aanwezig was, terwijl zij daarmee de goede naam van werkgever schade heeft aangebracht en die omstandigheid volgens werkgever ook een belangrijke oorzaak is van de door hem gestelde verstoring van de arbeidsverhoudingen. Een herplaatsing van werkneemster is niet aan de orde. De arbeidsovereenkomst wordt derhalve ontbonden. Voor toekenning van een transitievergoeding is, gelet op het bepaalde in artikel 7:673 lid 1 BW, geen plaats. Evenmin kan een billijke vergoeding worden toegekend, nu daarvoor vereist is dat sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten aan de zijde van werkgever. Dat is in deze zaak niet aan de orde.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 30-09-2015

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2015:7045

Zaaknummer: 4342228 VZ VERZ 15-15924

Rechters: L.J. van Die

Advocaten: E.J. Eijsberg en R.M. Duijn

Wetsartikelen: 7:66g lid 3 onderdeel g BW, 7:671b BW en 7:673 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Chubb Fire & Security N.V.

Feit dat werkgever enige jaren soepel optreedt met de handhaving van voorwaarden in bedrijfsautoregeling, brengt niet mee dat het werkgever niet meer vrijstaat om deze voorwaarden alsnog toe te passen.

Werknemer is in 1987 in dienst getreden van (de rechtsvoorganger van) Chubb. Hem is een leaseauto ter beschikking gesteld. Chubb heeft werknemer meegedeeld dat zijn recht op een auto van de zaak is vervallen per 1 juni 2014. Partijen zijn verdeeld over de vraag of Chubb terecht stelt dat werknemer niet langer in aanmerking komt voor een leaseauto. Chubb stelt daartoe dat werknemer niet (langer) voldoet aan de voorwaarden voor het aanspraak kunnen maken op een leaseauto, omdat hij niet meer dan 15.000 km per jaar rijdt. Chubb beroept zich daarbij op de Bedrijfsautoregeling 2013. Werknemer stelt daarentegen dat de leaseauto deel uitmaakt van het beloningsmodel en dat Chubb daarin niet eenzijdig verandering in kan aanbrengen.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Van een ongeclausuleerd recht op een bedrijfsauto is geen sprake. Indien werknemer niet meer aan de in de bedrijfsautoregeling geformuleerde voorwaarde voldoet, vervalt het recht daarop. Anders dan Chubb heeft gesteld, wordt geoordeeld dat de woon-werkkilometers nog steeds meetellen. De redelijkheid en billijkheid brengt mee dat de voorwaarden die door de werkgever worden opgesteld, indien deze onduidelijk zijn (in dit geval ten aanzien van het meetellen van het aantal kilometers woon-werkverkeer), in het voordeel van de werknemer moeten worden uitgelegd. Vervolgens is de vraag of werknemer al dan niet voldaan heeft aan de voorwaarde dat minimaal 15.000 km per jaar gereden moet worden. Geoordeeld wordt dat werknemer in ieder geval in 2014 niet heeft voldaan aan deze voorwaarde. Werknemer heeft nog gesteld dat Chubb geen beroep op de Bedrijfsautoregeling toekomt, omdat zij jarenlang niet de hand heeft gehouden aan de daarin gestelde voorwaarden. Dit verweer passeert de kantonrechter echter, omdat het feit dat een werkgever enige jaren soepel optreedt met de handhaving van de afgesproken voorwaarden, niet meebrengt dat het de werkgever niet meer vrijstaat om deze voorwaarden alsnog toe te passen. Dat geldt te meer nu werknemer onvoldoende de door Chubb gestelde noodzaak om

kosten te reduceren heeft weersproken. De vordering van werknemer wordt afgewezen. De reconventionele vordering van Chubb tot terugbetaling van inmiddels betaalde pensioenpremie wordt afgewezen. Doordat de beperkte autokeuze is vervallen, onder handhaving van het premievrije pensioen, moet het ervoor worden gehouden dat de autoregeling en de afspraak over het premievrije pensioen niet langer aan elkaar gekoppeld zijn. Ook indien werknemer niet meer in aanmerking komt voor een bedrijfsauto, blijft zijn aanspraak op premievrij pensioen derhalve geldend.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 11-06-2015

Zaaknummer: 3237570 CV EXPL 14-19639

RECHTSPRAAK

Algemene Centrale van Overheidspersoneel (ACOP FNV)/de Staat der Nederlanden c.s.

Loon- en pensioenafspraken voor kabinetssectoren, onderwijssectoren en de overige VSO-sectoren in loonruimteovereenkomst zijn rechtsgeldig.

Op 10 juli 2015 is tussen de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (hierna: de minister), de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, de overheidswerkgevers en de overige vakcentrales een onderhandelingsresultaat bereikt over loonruimte voor de publieke sector, hetwelk is vastgelegd in de 'Loonruimte-overeenkomst Publieke Sector 2015 2016' (hierna: de loonruimteovereenkomst). In de loonruimteovereenkomst zijn voor de kabinetssectoren (Rijk, Politie, Defensie en Rechterlijke Macht), de onderwijssectoren (PO, VO, MBO/BVE, HBO en WO) en de overige VSO-sectoren (gemeenten, provincies, waterschappen, UMC's en onderzoeksinstellingen) zowel loon- als pensioenmaatregelen overeengekomen. ACOP FNV is van mening dat de minister, de overheidswerkgevers en de overige vakcentrales het wettelijk verankerde recht van ACOP FNV op collectieve onderhandelingen over de in de loonruimteovereenkomst geregelde onderwerpen, zoals onder meer verankerd in artikel 6 van het Europees Sociaal Handvest (ESH), hebben geschonden door hierover niet in het daarvoor wettelijk voorgeschreven gremium, te weten de Raad voor het Overheidspersoneelsbeleid (hierna: ROP) en meer in het bijzonder de Pensioenkamer, open en reëel overleg te voeren en in plaats daarvan overeen te komen dat zij de in de loonruimteovereenkomst neergelegde afspraken in de Pensioenkamer één op één zullen bekrachtigen. Deze laatste afspraak is volgens ACOP FNV in strijd met de openbare orde en goede zeden. ACOP FNV stelt zich primair op het standpunt dat de loonruimteovereenkomst door nietigheid wordt getroffen. Subsidiair is naar de mening van ACOP FNV sprake van partiële nietigheid, namelijk voor zover het de afspraak betreft de in de loonruimteovereenkomst neergelegde afspraken in de Pensioenkamer één op één te bekrachtigen.

De voorzieningenrechter constateert met partijen dat de loonruimteovereenkomst uniek is, in die zin dat hierin gelijktijdig zowel loon- als pensioenafspraken zijn gemaakt. Dergelijke

afspraken worden immers normaliter aan verschillende overlegtafels gemaakt, te weten pensioenafspraken bovensectoraal in de Pensioenkamer van de ROP en loonafspraken decentraal aan de sectorale cao-tafels. Met de overheidswerkgevers en de overige vakcentrales stelt de voorzieningenrechter vast dat geen rechtsregel, meer in het bijzonder niet – zoals ACOP FNV betoogt – de ROP-regeling en/of de daarop gebaseerde ROP-overeenkomst, zich tegen een dergelijk overleg in informele setting verzet. Evenmin verzet een rechtsregel zich tegen het in een dergelijke informele (vertrouwelijke) overlegsetting tussen overheidswerkgevers en overheidswerknemers bereiken van overeenstemming over pensioen- en loongerelateerde onderwerpen en het vastleggen van deze afspraken in een schriftelijke overeenkomst, zij het dat deze afspraken, alvorens deze daadwerkelijk kunnen doorwerken in het pensioen en het loon, eerst dienen te worden geformaliseerd in de daartoe ingerichte formele overlegstructuur. Zoals de overheidswerkgevers met juistheid hebben opgemerkt, geldt in zijn algemeenheid en dus ook voor voormeld overleg in informele setting, dat overleg tussen overheidswerkgevers en overheidswerknemers open en reëel dient te zijn.

Beoordeeld dient te worden of aan het sluiten van de loonruimteovereenkomst open en reëel overleg tussen de overheidswerkgevers en overheidswerknemers vooraf is gegaan. Die vraag dient naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter bevestigend te worden beantwoord. In de eerste plaats kan – anders dan ACOP FNV betoogt – uit de preambule van de loonruimteovereenkomst niet worden afgeleid dat de partijen bij deze overeenkomst hebben erkend dat open en reëel overleg niet heeft plaatsgevonden. Daarnaast is van belang dat van de zijde van ACOP FNV niet is weersproken zij reeds eind mei 2015 door het kabinet is uitgenodigd om deel te nemen aan overleg over diens wens om te komen tot een koppeling tussen loon en pensioen. ACOP FNV heeft vervolgens tot en met 9 juli 2015 ook daadwerkelijk deelgenomen aan het overleg dat het kabinet ter zake met de overheidswerkgevers en centrales van overheidswerknemers heeft gevoerd. Niet in geschil is dat alle centrales van overheidswerkgevers en overheidswerknemers die verenigd zijn in de ROP bij het overleg aanwezig zijn geweest. Dat dit overleg niet open en reëel is geweest, is door ACOP FNV onvoldoende aannemelijk gemaakt. De omstandigheid dat ACOP FNV op 9 juli 2015 heeft besloten het overleg te verlaten omdat – zoals zij stelt – op dat moment niet langer sprake was van verkenningen maar van onderhandelingen en zij voor het voeren van onderhandelingen niet over een mandaat van haar achterban beschikte, doet aan het open en reële karakter van het overleg zoals dat tot dat moment reeds had plaatsgevonden, niet af. Immers net als in de formele overlegstructuur staat het een vakcentrale in een informele setting als waarin over de loonruimteovereenkomst overleg werd gevoerd, immers vrij om haar goedkeuring aan een voorgenomen besluit te onthouden dan wel zich geheel van stemming te onthouden. Het verlaten door ACOP FNV laat echter, gelet op de in voormelde formele setting geldende regels inzake de totstandkoming van meerderheidsstandpunten, die op het overleg in informele

setting van overeenkomstige toepassing moeten worden geacht, onverlet dat op 10 juli 2015 met de overheidswerkgevers en de wel aanwezige vakcentrales tot overeenstemming kon worden gekomen. Gelet op het feit dat over de in de loonruimteovereenkomst neergelegde pensioenafspraken reeds open en reëel overleg had plaatsgevonden en een vereiste meerderheid van de vakcentrales zich met de inhoud van deze overeenkomst heeft verenigd, waardoor aldus het grondrecht van ACOP FNV op collectief onderhandelen in voldoende mate is gewaarborgd, behoefde dienaangaande in de Pensioenkamer niet opnieuw inhoudelijk overleg te worden gevoerd alvorens aldaar tot besluitvorming kon worden gekomen. Anders dan ACOP FNV betoogt, is de in de loonruimteovereenkomst opgenomen bepaling dat de pensioenmaatregelen in de Pensioenkamer één op één zullen worden bekrachtigd dan ook niet strijdig met de openbare orde en goede zeden en kan derhalve niet worden geconcludeerd dat de loonruimteovereenkomst nietig is in de zin van artikel 3:40 BW. Het voorgaande brengt met zich dat de besluitvorming in de Pensioenkamer op 3 september 2015 en de (wellicht reeds) op die besluitvorming gebaseerde uitvoeringshandelingen evenmin onrechtmatig te achten zijn. Volgt afwijzing van de vorderingen.

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 01-10-2015

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2015:11274

Zaaknummer: C/09/495825 / KG ZA 15-1365

Rechters: M.E. Groeneveld-Stubbe

Advocaten: S.F. Sagel, M.B. Kerkhof, M.B. den de Witte-Van Haak en S. van Heukelom-Verhage

Wetsartikelen: 3:40 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Taxiwerq Chauffeursbemiddelingsbureau B.V.

Niet voldaan aan ‘bandencriterium’ uit Van Tuinen-arrest, zodat geen sprake is van opvolgend werkgeverschap. Dat het ‘bandencriterium’ in de nieuwe wettekst van artikel 7:668a BW door de wetgever expliciet is uitgesloten, leidt niet tot een ander oordeel.

Werknemer is per 1 januari 1999 in dienst getreden bij een van de ondernemingen van de Oenema Groep. Per 1 maart 2006 is hij in dienst getreden bij Oenema Transport. In elk geval vanaf 2011 heeft werknemer uitsluitend nog chauffeurswerkzaamheden voor Oenema Transport verricht. Oenema Transport is per 2 oktober 2014 in staat van faillissement verklaard. Werknemer is met ingang van 15 november 2014 in dienst getreden van Taxiwerq AD, zulks in de functie van taxichauffeur. Feitelijk verrichtte werknemer deze werkzaamheden ten behoeve van Taxi Witteveen Lemmer als zogeheten standplaatshouder. In deze arbeidsovereenkomst is de CAO Taxi van toepassing verklaard. Aansluitend op de arbeidsovereenkomst met Taxiwerq AD is werknemer met ingang van 1 juni 2015 in dienst getreden van Taxiwerq CBB, op basis van een uitzendovereenkomst fase 2 bepaalde tijd, tot en met 5 juli 2015, zulks (eveneens) in de functie van taxichauffeur. In deze arbeidsovereenkomst is de NBBU-CAO van toepassing verklaard, met inschaling en beloning conform de CAO Taxi. Als werkplek is in de arbeidsovereenkomst genoemd Taxi Witteveen Lemmer. Vanaf 6 juli 2015 heeft werknemer geen werkzaamheden voor Taxiwerq CBB meer verricht. Kern van het geschil tussen partijen betreft de vraag of sprake is van opvolgend werkgeverschap en of een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is ontstaan.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Werknemer heeft primair onder verwijzing naar de artikelen 17 en 18 NBBU-CAO bepleit dat sprake is van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd tussen hem en Taxiwerq CBB, als opvolgend werkgever van Oenema Transport. Naar het oordeel van de kantonrechter faalt deze grondslag van het gevorderde. Voor de vraag of er sprake is van opvolgend werkgeverschap, dient allereerst te worden gekeken naar de indiensttreding van werknemer bij Taxiwerq AD. In de arbeidsovereenkomst tussen werknemer en Taxiwerq AD is de CAO Taxi van toepassing verklaard en *niet* (ook) de NBBU-CAO. De artikelen 17 en 18 NBBU-CAO hebben naar voorlopig oordeel dan ook geen

betekenis voor het dienstverband bij Taxiwerq AD. Derhalve kan Taxiwerk AD niet krachtens deze cao-artikelen als opvolgend werkgever van werknemer (na diens dienstverband bij Oenema Transport) worden aangemerkt. Dat in de uitzendovereenkomst tussen werknemer en Taxiwerq CBB vervolgens wel de toepasselijkheid van de NBBU-CAO is overeengekomen, maakt dat niet anders. Deze arbeidsovereenkomst is in de keten immers niet gevolgd op die tussen Oenema Transport en werknemer, maar zit een schakel verderop in de keten, ná die tussen Taxiwerq AD en werknemer.

Subsidiair heeft werknemer ter onderbouwing van de gestelde arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd tussen hem en Taxiwerq verwezen naar artikel 7:668a *oud* BW. De kantonrechter stelt vast dat de uitzendovereenkomst tussen Taxiwerq CBB en werknemer is geëindigd ná de inwerkingtreding van het *nieuwe* artikel 7:668a BW dat in het kader van de WWZ per 1 juli 2015 is ingevoerd, en wel per 5 juli 2015. Krachtens artikel XXIIIe lid 2 van het overgangsrecht WWZ (*Stb.* 2014, 216) is op arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd het recht van toepassing dat gold ten tijde van het sluiten van deze tijdelijke arbeidsovereenkomst, in dit geval – waarin de laatste overeenkomst vóór 1 juli 2015 is afgesloten – dus artikel 7:668a *oud* BW. Ook partijen gaan daar overigens van uit. Werknemer heeft er terecht op gewezen dat het door de Hoge Raad in het arrest Van Tuinen/Wolters (HR 11 mei 2012, JAR 2012/150) genoemde ‘bandencriterium’ in de nieuwe wettekst van artikel 7:668a BW door de wetgever expliciet is uitgesloten. Deze nieuwe wettekst geldt echter met ingang van 1 juli 2015, terwijl op onderhavige arbeidsovereenkomst het oude recht nog van toepassing is. Ook de door de Hoge Raad in het arrest Van Tuinen/Wolters gegeven overweging over het ‘bandencriterium’ onder het oude recht dient (daarmee) nog te worden toegepast. Daaraan doet voormelde wijziging in de nieuwe wettekst niet af. De kantonrechter acht voldoende aannemelijk dat de arbeidsovereenkomsten van werknemer bij Taxiwerq AD en Taxiwerq CBB, waarbij de werkzaamheden feitelijk ten behoeve van Taxi Witteveen werden verricht, dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden eisten als de arbeidsovereenkomst van werknemer bij Oenema Transport, als chauffeur (schoolvervoer). Vervolgens dient de vraag te worden beantwoord of tussen de nieuwe werkgever (Taxiwerq) en de vorige werkgever (Oenema Transport) zodanige banden bestaan dat het door de laatste op grond van haar ervaringen met werknemer verkregen inzicht in diens hoedanigheden en geschiktheid in redelijkheid ook moet worden toegerekend aan de nieuwe werkgever. Het antwoord op deze vraag dient naar voorlopig oordeel ontkennend te luiden, omdat daarvoor voorshands onvoldoende feiten en omstandigheden zijn gebleken. De standpunten van partijen staan wat dat betreft lijnrecht tegenover elkaar. Nader feitenonderzoek is noodzakelijk, waarvoor deze kortgedingprocedure zich niet leent. Volgt afwijzing van de vorderingen van werknemer.

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 29-09-2015

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2015:4460

Zaaknummer: 4402011 / VV EXPL 15-95

Rechters: C.J.R. de Locht

Advocaten: H.J.A. van Dijk en P. Hoogerwerf

Wetsartikelen: 7:668a BW en XXIIIe lid 2 Overgangsrecht Wwz

RECHTSPRAAK

werknemer/Taxiwerq Chauffeursbemiddelingsbureau B.V.

Geen opvolgend werkgeverschap op grond van Van Tuinen-arrest. Werknemer heeft geen recht op transitievergoeding, omdat de arbeidsovereenkomst niet ten minste 24 maanden heeft geduurd.

Werknemer is per 1 januari 1999 in dienst getreden bij een van de ondernemingen van de Oenema Groep. Per 1 maart 2006 is hij in dienst getreden bij Oenema Transport. In elk geval vanaf 2011 heeft werknemer uitsluitend nog chauffeurswerkzaamheden voor Oenema Transport verricht. Oenema Transport is per 2 oktober 2014 in staat van faillissement verklaard. Werknemer is met ingang van 15 november 2014 in dienst getreden van Taxiwerq AD, zulks in de functie van taxichauffeur. Feitelijk verrichtte werknemer deze werkzaamheden ten behoeve van Taxi Witteveen Lemmer als zogeheten standplaatshouder. In deze arbeidsovereenkomst is de CAO Taxi van toepassing verklaard. Aansluitend op de arbeidsovereenkomst met Taxiwerq AD is werknemer met ingang van 1 juni 2015 in dienst getreden van Taxiwerq CBB, op basis van een uitzendovereenkomst fase 2 bepaalde tijd, tot en met 5 juli 2015, zulks (eveneens) in de functie van taxichauffeur. In deze arbeidsovereenkomst is de NBBU-CAO van toepassing verklaard, met inschaling en beloning conform de CAO Taxi. Als werkplek is in de arbeidsovereenkomst genoemd Taxi Witteveen Lemmer. Vanaf 6 juli 2015 heeft werknemer geen werkzaamheden voor Taxiwerq CBB meer verricht. Werknemer heeft zich op het standpunt gesteld dat sprake is van opvolgend werkgeverschap, waardoor een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is ontstaan. Werknemer verzoekt Taxiwerq CBB (voorwaardelijk) te veroordelen tot betaling van een transitievergoeding van € 12.276,14 bruto.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Werknemer heeft het verzoek tijdig ingediend, omdat het is ontvangen binnen drie maanden na de dag waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd (art. 7:686 lid 4 onderdeel b BW). De voorwaarde waaronder het verzoek is ingesteld, is vervuld, nu in het kortgedingvonnis dat tussen partijen heden is gewezen, is overwogen dat de arbeidsverhouding van partijen per 6 juli 2015 is geëindigd (zie AR 2015-0939). Anders dan Taxiwerq CBB (veronder)stelt, is er in haar brief van 3 juni 2015 geen sprake van een opzegging van het dienstverband tegen 6 juli 2015, maar van een *aanzegging* dat de

arbeidsovereenkomst per die datum (van rechtswege) eindigt. Het overgangsrecht van de WWZ is hierop dan ook niet van toepassing. Geen overgangsrecht bestaat voor het geval een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die vóór 1 juli 2015 is aangegaan, zoals hier, na 1 juli 2015 (van rechtswege) eindigt. Daarop is artikel 7:673 BW inzake de transitievergoeding gewoonweg van toepassing. Uit het kortgedingvonnis dat heden is gewezen tussen partijen volgt dat er geen sprake is van opvolgend werkgeverschap tussen Oenema en Taxiwerq (AD en daarna CBB). Daarmee is bij Taxiwerq CBB niet voldaan aan de 24 maandeneis van artikel 7:673 lid 1 BW en komt werknemer mitsdien niet in aanmerking voor een transitievergoeding. Volgt afwijzing van het verzoek.

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 29-09-2015

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2015:4459

Zaaknummer: 4410939 AR VERZ 15-11

Rechters: C.J.R. de Locht

Advocaten: H.J.A. van Dijk en P. Hoogerwerf

Wetsartikelen: 7:673 BW en 7:686 lid 4 BW

RECHTSPRAAK

X/Y

Kwalificatievraag. Ontslag op staande voet wegens slaan werkgever niet rechtsgeldig, omdat uit verklaringen is gebleken dat niet werknemer maar zijn vader heeft geslagen.

X verricht sedert september 2014 werkzaamheden voor Y. In de periode daarvan bestond tussen X en Y een samenwerking in de vorm van een VOF, maar daar is X uitgestapt. X is op staande voet ontslagen, omdat hij Y zou hebben geslagen. X beroept zich op de vernietigbaarheid van het ontslag en vordert loondoorbetaling.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Tussen partijen is in geschil – een door beide partijen ondertekende schriftelijke overeenkomst ontbreekt – of X op basis van een arbeidsovereenkomst voor Y werkzaam was. Onder verwijzing naar artikel 7:610 BW, hetgeen partijen bij het aangaan van de overeenkomst voor ogen heeft gestaan en de feitelijke uitvoering wordt geoordeeld dat aan alle elementen voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst is voldaan. Ten aanzien van het ontslag op staande voet wordt overwogen dat uit de door Y en haar zoon bij de politie afgelegde verklaringen blijkt dat de vader van X heeft geslagen. De reden die aan het ontslag op staande voet ten grondslag is gelegd, te weten dat X Y geslagen heeft, kan dan ook geen stand houden. Y heeft ter zitting gesteld dat ook het te laat komen c.q. het niet komen opdagen op het werk aan het ontslag op staande voet ten grondslag is gelegd en verwijst daartoe naar de in de ontslagbrief vermelde zin ‘ten gevolge van gisteravond 26 februari en het slaan naar mij’. Deze daden/gedragingen waar Y op doelt zijn niet in de ontslagbrief neergelegd. Y heeft ook niet gesteld en onderbouwd dat het X bij ontslagverlening duidelijk moest zijn dat deze verweten gedragingen grond voor het ontslag waren. Daarbij komt verder dat voornoemde redenen in zijn geheel en derhalve niet tevens afzonderlijk aan het gegeven ontslag ten grondslag zijn gelegd. Dit brengt met zich dat alle vermeende gedragingen door Y in het geheel bewezen moeten worden, wil het ontslag op staande voet standhouden. Nu niet is komen vast te staan dat X Y geslagen heeft, ontvalt daarmee de gehele grondslag van het ontslag op staande voet. De loonvordering wordt vanaf 27 februari 2015 op grond van artikel 7:628 lid 1 BW toegewezen.

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 28-09-2015

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2015:8125

Zaaknummer: 4284065 CV EXPL 15-6515

Rechters: P. Hoekstra

Advocaten: P.G.J.M. Boonen en R.A.J. van der Leeuw

Wetsartikelen: 7:628 BW en 7:677 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgever

Werknemer vordert na arbeidsongeval en ontslag een schadevergoeding op grond van de Richtlijn Economische Kwetsbaarheid. Deelgeschilprocedure leent zich niet voor nader onderzoek, hetgeen wel noodzakelijk is om (verhoogde) economische kwetsbaarheid te kunnen vaststellen

Werknemer is sinds 1996 in dienst geweest in de functie van rubberpersbediende. In 2011 is werknemer een arbeidsongeval overkomen. Werknemer heeft hierdoor uiteindelijk zijn rechterwijsvinger verloren. Na een daartoe door het UWV verkregen vergunning heeft werkgever de arbeidsovereenkomst wegens bedrijfseconomische redenen op 26 maart 2012 opgezegd tegen 1 juli 2012. Werknemer heeft een Ziektewetuitkering van het UWV ontvangen die met ingang van 5 augustus 2014 is beëindigd omdat werknemer na een arbeidsdeskundig onderzoek in staat geacht werd meer dan 65% van zijn maatmanloon te verdienen.

Werknemer heeft in de zomer van 2015 een nieuwe baan op basis van een arbeidsovereenkomst voor een half jaar in de functie van bouwopruimer bij een schoonmaakbedrijf. Werknemer verzoekt werkgever te veroordelen ex artikel 6:107 BW een schadevergoeding van € 23.400 te betalen ter compensatie van zijn verhoogde economische kwetsbaarheid.

De kantonrechter oordeelt als volgt. De letselschaderaad heeft economische kwetsbaarheid in de Richtlijn Economische Kwetsbaarheid als volgt gedefinieerd: 'Van verhoogde economische kwetsbaarheid is sprake indien in de toekomst door een economisch feit – zoals bijvoorbeeld een ontslag als gevolg van een reorganisatie of een faillissement – een periode van werkloosheid kan intreden die langer duurt dan "normaal" door de door het ongeval ontstane beperkte mogelijkheden. Met een vergoeding voor verhoogde economische kwetsbaarheid wordt deze langere periode van (gedeeltelijke) werkloosheid financieel gecompenseerd.' Het element 'in de toekomst' in deze definitie ziet op de periode nadat het schadebrengende feit, in dit geval het bedrijfsongeval, zich heeft voorgedaan. De enkele omstandigheid dat werknemer reeds als gevolg van een na het ongeval doorgevoerde reorganisatie werkloos is geworden staat aan toepasselijkheid van deze Richtlijn, anders dan door werkgever is betoogd,

niet in de weg. Niet onvoorstelbaar is dat het verlies van de rechterwijsvinger tot economische kwetsbaarheid leidt. Om dat en, zo ja, de omvang daarvan vast te stellen zal moeten komen vast te staan wat de beperkingen van werknemer bij het vinden van een baan (dus de economische kwetsbaarheid) waren voor het bedrijfsongeval, inclusief eventuele rugklachten en hoe die economische kwetsbaarheid is sinds het verlies van de rechterwijsvinger. Het verschil daartussen dient te worden vertaald naar een schadevergoeding wegens economische kwetsbaarheid. Daargelaten dat geen algemeen aanvaarde berekeningsmethoden bestaan voor het berekenen van economische kwetsbaarheid, zal er om de vraag naar verhoogde economische kwetsbaarheid te kunnen bepalen nader medisch en arbeidsdeskundig onderzoek noodzakelijk zijn. Immers pas dan kan het verschil in economische kwetsbaarheid voor en na ongeval beoordeeld worden. Anders dan door werkgever aangevoerd is het niet zo dat indien er door rugklachten al sprake is van economische kwetsbaarheid aan schade wegens economische kwetsbaarheid door het verlies van de rechterwijsvinger niet wordt toegekomen. Werkgever heeft werknemer 'te nemen zoals hij ten tijde van het ongeval was'. Het verschil in economische kwetsbaarheid dient te worden aangemerkt als schade en dient nader te worden begroot. Nu het onderhavige deelgeschil zich niet voor dergelijk ander onderzoek leent, wordt het verzoek afgewezen.

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 28-09-2015

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2015:4490

Zaaknummer: 4299269 \ EJ VERZ 15-299

Rechters: E.W. de Groot

Advocaten: J. Streefkerk

Wetsartikelen: 6:107 BW

RECHTSPRAAK

**werknemer/Stichting Welzijn Zwijndrechtse Waard
m.h.o.d.n. Stichting Diverz**

***Ontslag op staande voet zakelijk leider wegens creëren
oncontroleerbare geldstroom met contante bedragen is rechtsgeldig.
Nu geen sprake is van onherroepelijke uitspraak, heeft werkgever
belang bij voorwaardelijke ontbinding. Werknemer is gefixeerde
schadevergoeding verschuldigd.***

Werknemer is sinds 1 januari 2008 in dienst van Diverz, laatstelijk in de functie van ‘zakelijk leider’. Sinds 25 september 2014 is werknemer arbeidsongeschikt. Op 10 juli 2015 is werknemer op staande voet ontslagen. Aan het ontslag zijn vier punten ten grondslag gelegd: (1) spirituele beurzen (eenzijdig verhogen huurprijs door werknemer naar € 250 terwijl slechts € 70 of € 75 is afgedragen aan de centrale boekhouding); (2) bingowinst (een verschil van € 575 tussen het totaalbedrag dat aan bingowinst is ontvangen en het bedrag dat is afgedragen aan de centrale boekhouding); (3) 50+-gym (bedrag van € 450 dat is ontvangen van de huurder is niet in 1 keer maar in drie termijnen van € 150 afgedragen door werknemer); (4) feesten (vanaf 2008 tot mei 2014 zijn feesten gehouden, waarvoor steeds een huur van € 400 tot € 600 is berekend en ontvangen als huurprijs, terwijl een deugdelijke/ordentelijke administratie daarvan ontbreekt en bovendien vrijwilligers zijn ingezet die daarvoor een vergoeding hebben ontvangen). Werknemer stelt primair dat een dringende reden voor ontslag op staande voet ontbreekt en beroept zich op de vernietigbaarheid van het ontslag (art. 7:681 BW). In het tegenverzoek heeft Diverz verzocht de arbeidsovereenkomst (voor zover deze nog bestaat) te ontbinden op grond van artikel 7:671b lid 1 onderdeel a BW, in verbinding met artikel 7:669 lid 3 onderdeel e, subsidiair onderdeel g BW.

De kantonrechter stelt vast dat uit de hele gang van zaken het beeld naar voren komt dat werknemer vanaf 2008 structureel en eigenhandig, zonder medeweten of toestemming van Diverz, een geldstroom heeft gecreëerd met contante bedragen die hij ontving. De omvang van de door hem ontvangen bedragen en de besteding daarvan zijn op geen enkele wijze inzichtelijk of controleerbaar, nu daarvan geen enkele (deugdelijke) administratie is

bijgehouden. Het argument dat werknemer voor zijn handelen heeft aangedragen, namelijk het belang van het kunnen krijgen en behouden van vrijwilligers, overtuigt niet. Al aangenomen dat dat belang aan de orde is, had hij gelet op het, zoals ter zitting aangegeven, ook bij hem bekende beleid van Diverz met betrekking tot het betalen van vergoedingen aan vrijwilligers daarin geen eigen afweging mogen maken en in ieder geval B daarbij moeten betrekken of daarvan op de hoogte moeten stellen. Niet in geschil is dat werknemer dat heeft nagelaten. De reden hiervan heeft hij de kantonrechter niet duidelijk kunnen maken. De handelwijze van werknemer klemmt des te zwaarder nu hij in de functie van zakelijk leider financieel eindverantwoordelijk was voor de vier locaties. Diverz mag en mocht gegeven die verantwoordelijkheid hoge eisen stellen aan het gedrag van werknemer, zeker waar het gaat om integriteit en betrouwbaarheid. Geoordeeld wordt dat het ontslag op staande voet rechtsgeldig is.

Ten aanzien van het (tegenverzoek) tot voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst wordt als volgt geoordeeld. Onder verwijzing naar hetgeen hiervoor is overwogen en beslist met betrekking tot het verzoek van werknemer is de kantonrechter van oordeel dat sprake is van een situatie als bedoeld in artikel 7:669 lid 3 onderdeel e BW, zodat een redelijke grond voor de ontbinding aanwezig is. Verder staat een eventueel opzegverbod evenmin aan een toewijzing van het verzoek in de weg. Dit verzoek houdt namelijk geen verband met de arbeidsongeschiktheid. De vraag die zich echter opdringt, is of Diverz nog belang heeft bij haar voorwaardelijke ontbindingsverzoek, nu de afwijzing van het verzoek tot vernietiging meebrengt dat de arbeidsovereenkomst door het ontslag op staande voet naar het oordeel van de kantonrechter rechtsgeldig is beëindigd. Strikt genomen moet dus worden geconcludeerd dat niet is voldaan aan de aan het verzoek verbonden voorwaarde. Nu echter de onderhavige uitspraak niet onherroepelijk is, kan niet worden gezegd dat Diverz geen te respecteren belang meer heeft bij de verzochte voorwaardelijke ontbinding. Gelet op het voorgaande zal het verzoek tot ontbinding dan ook worden toegewezen. De arbeidsovereenkomst zal met toepassing van artikel 7:671b lid 8 onderdeel a BW worden ontbonden met ingang van 1 oktober 2015, omdat die ontbinding het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen van werknemer. Dit laatste brengt mee dat Diverz op grond van het bepaalde in artikel 7:673 lid 7 onderdeel c BW ook geen transitievergoeding verschuldigd is. Tot slot heeft Diverz een bedrag aan gefixeerde schadevergoeding gevorderd, een en ander als bepaald in artikel 7:677 lid 2 en lid 3 BW jo. 7:680 BW, zijnde het loon over de opzegtermijn. Zij is daarbij uitgegaan van een opzegtermijn van twee maanden, gerekend vanaf 9 juli 2015, derhalve uitkomend op 1 oktober 2015. Ter zitting is betoogd dat deze vordering moet worden afgewezen, om de reden dat werknemer nog steeds ziek is en Diverz geen schade lijdt nu zij verzekerd is voor de loondoorbetaling tijdens ziekte. Gegeven het feit dat sprake is van een gefixeerde schadevergoeding die, anders dan de volledige schadevergoeding, losstaat van de

werkelijk door Diverz geleden schade, moet dat verweer worden verworpen. De gevorderde schadevergoeding wordt toegewezen.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 28-09-2015

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2015:6923

Zaaknummer: 4304179 VZ VERZ 15-15321

Rechters: V.F. Milders

Advocaten: P.A. Visser en E. Nijhof

Wetsartikelen: 7:66g lid 3 onderdeel e BW, 7:671b BW, 7:673 BW, 7:677 BW, 7:68o BW en 7:681 BW

RECHTSPRAAK

Hart & Co B.V./werknemer

Het zonder deugdelijke grond niet nakomen van re-integratieverplichtingen leidt tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst, waarbij wordt geoordeeld dat sprake is van ernstig verwijtbaar handelen van werknemer. Kortere ontbindingstermijn en geen transitievergoeding.

Werknemer is sinds 2008 in dienst als productiemedewerker. Werkgever verzoekt de arbeidsovereenkomst te ontbinden op grond van artikel 7:671b lid 1 onderdeel a BW, in verbinding met artikel 7:669 lid 3 onderdeel e BW zonder toekenning van de transitievergoeding. Aan dit verzoek legt de werkgever ten grondslag dat sprake is van – kort gezegd – (ernstig) verwijtbaar handelen van de werknemer, zodanig dat van de werkgever redelijkerwijs niet gevergd kan worden de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. De motivatie van de werknemer voor zijn werk is zichtbaar afgenomen vanaf het moment dat zijn contract in april 2011 was omgezet naar een contract voor onbepaalde tijd. Vanaf 2012 begon dit tot problemen te leiden. Werknemer heeft verschillende officiële waarschuwingen gekregen. Vervolgens heeft hij zich ziek gemeld en is hij regelmatig afspraken niet nagekomen. Het verweer van werknemer strekt tot afwijzing van het verzoek.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Het ontbindingsverzoek houdt geen verband met de ziekte, zodat het opzegverbod niet aan de ontbinding in de weg staat (art. 7:671b lid 6 BW). Het verzoek is gegrond op het zonder deugdelijke grond door de werknemer niet nakomen van zijn re-integratieverplichtingen (e-grond). In geval van een verzoek op die grondslag moet de werkgever op grond van artikel 7:671b lid 5 BW de werknemer schriftelijk hebben aangemaand of een loonstop hebben ingesteld en een verklaring van een deskundige als bedoeld in artikel 7:629a BW overleggen. Dat heeft de werkgever gedaan. De door de werkgever naar voren gebrachte feiten en omstandigheden leveren een redelijke grond voor ontbinding op, zoals bedoeld in artikel 7:669 lid 3 onderdeel e BW. Werknemer heeft in 2013 twee waarschuwingen gekregen, die hij respectievelijk voor ontvangst en voor gezien heeft ondertekend. Vervolgens heeft de werknemer zich begin 2014 ziek gemeld, met klachten die hij blijkens de stukken al enige jaren ondervond. Ondanks het feit dat de bedrijfsarts,

arbeidsdeskundige en de deskundigen van het UWV allemaal consequent aangeven dat de werknemer in staat geacht moest worden met ingang van 19 februari 2015 vier uur per dag te werken en dit in een periode van 7 weken op te bouwen tot zijn contracturen, heeft werknemer dit geweigerd ook na ontvangst van het door hem zelf aangevraagde deskundigenoordeel, waarin het vorenstaande wordt bevestigd. Daarnaast heeft werknemer na de brief van begin juni 2015 op geen enkele wijze contact gezocht met de werkgever. Werkgever stelt terecht dat werknemer weigert zijn werkzaamheden te verrichten terwijl hij hier wel toe in staat wordt geacht. Gezien het feit dat de overeenkomst ontbonden wordt in verband met verwijtbaar handelen en nalaten van de werknemer, is herplaatsing niet aan de orde. Voorts is sprake van zodanig ernstig verwijtbaar handelen dat de ontbinding tegen een eerdere datum dient te worden bepaald, met toepassing van artikel 7:671b lid 8 onderdeel b BW. De overeenkomst zal worden ontbonden met ingang van 1 oktober 2015. Werknemer heeft geen (tegen)verzoek ingediend of ter zitting gedaan waarin hij aanspraak heeft gemaakt op een transitievergoeding. De kantonrechter begrijpt het verzoek van de werkgever als een verzoek om een verklaring voor recht dat op grond van artikel 7:673 lid 7 BW geen transitievergoeding verschuldigd is en zal dit verzoek, gezien de ernstige verwijtbaarheid van het handelen van de werknemer, toewijzen.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 28-09-2015

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2015:8197

Zaaknummer: 4377500 OA VERZ 15-150

Rechters: A.E. Merkus

Advocaten: E.A.Th. den Haan-van Wijk

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

RECHTSPRAAK

werknemer/MAS Architectuur B.V.

Vordering uit hoofde van kennelijk onredelijk ontslag is verjaard.

Werknemer is op 1 januari 2000 in dienst bij Mas getreden voor de duur van 38 uur per week in de functie van tekenaar/ontwerper. Het UWV heeft Mas op 7 mei 2012 de gevraagde toestemming voor opzegging wegens bedrijfseconomische redenen verleend. Mas heeft op 12 april 2012, met gebruikmaking van de verleende toestemming, de arbeidsovereenkomst met werknemer opgezegd tegen 1 november 2012. Werknemer vordert schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag en beroept zich op het gevolgcriterium. Als meest verstrekkend verweer voert Mas aan dat de (rechts)vordering van werknemer is verjaard.

De kantonrechter oordeelt als volgt. De verjaringstermijn van zes maanden (art. 7:683 (oud) BW) is aangevangen op 2 november 2011. Niet in geschil is dat werknemer met zijn brief van 2 april 2013 de verjaring tijdig heeft gestuit en dat op 3 april 2013 een nieuwe verjaringstermijn van zes maanden is gaan lopen. Gelet op de aard, inhoud en strekking van de brief van 30 augustus 2013 kwalificeert deze als een stuitingsbrief. Derhalve is na 31 augustus 2013 een nieuwe verjaringstermijn van zes maanden aangevangen. Mas betwist dat de (stuitings)brieven van 2 april 2014 en 17 september 2014 haar hebben bereikt. Op grond daarvan staat vooralsnog onvoldoende vast dat werknemer de verjaring van zijn vordering na 31 augustus 2013 tijdig heeft gestuit. Op werknemer rust het bewijs van zijn stelling dat hij de verjaring tijdig heeft gestuit. De door werknemer aangevoerde feiten en omstandigheden zijn niet dan wel onvoldoende om op grond daarvan tot de conclusie te kunnen komen dat werknemer de verjaring van zijn vordering na 31 augustus 2013 tijdig heeft gestuit. De brieven van 2 april 2014 en 17 september 2014 zijn niet aangetekend verstuurd. Ter comparitie van partijen heeft werknemer verklaard dat bewijslevering ten aanzien van de ontvangst van de brieven lastig wordt. Dat de vorige behandelaar volgens werknemer stellig zou hebben verklaard dat de brieven zijn verstuurd en naar hetzelfde adres als waar alle andere correspondentie is gestuurd, die wel door Mas is ontvangen, rechtvaardigt nog niet de gevolgtrekking dat de brieven van 2 april 2014 en 17 september 2014 Mas ook daadwerkelijk hebben bereikt. Voor het overige voert werknemer geen dan wel onvoldoende andere feiten en omstandigheden aan zodat aan bewijslevering niet wordt toegekomen. Volgt afwijzing van de

vorderingen.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 25-09-2015

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2015:6803

Zaaknummer: 3840682 CV EXPL 15-6063

Rechters: T.M.J. Smits

Advocaten: J.J.A. Janssen en N. de Boer

Wetsartikelen: 7:681 BW en 7:683 BW

RECHTSPRAAK

FNV Bondgenoten/werkgeefster

Uitleg begrip ‘nachtrit’ in CAO Beroepsgoederenvervoer: een rit waarin tussen 20.00 en 04.00 uur werkzaamheden worden verricht.

Werkgeefster oefent een transportonderneming uit en is lid van de Vereniging Transport en Logistiek Nederland (TLN). Werkgeefster heeft met FNV Bondgenoten reeds jarenlang CAO's voor het Beroepsgoederenvervoer over de weg en de verhuur van mobiele kranen (hierna: de cao) afgesloten. FNV Bondgenoten heeft werkgeefster gedagvaard, omdat zij zich op het standpunt stelt dat werkgeefster artikel 37 cao 2012/2014, welk artikel reeds jaren in de opeenvolgende cao's is opgenomen, niet naleeft. Partijen zijn verdeeld over de vraag wat moet worden verstaan onder het begrip 'nachtrit'. FNV Bondgenoten gaat uit van een grammaticale uitleg van artikel 37 cao, die erop neerkomt dat een toeslag betaald moet worden wanneer er werkzaamheden worden verricht in de uren gelegen tussen 20.00 en 04.00 uur. Werkgeefster beroept zich op de uitspraak van de Kantonrechter Terneuzen (18 oktober 2006), die heeft beslist dat een werkgever alleen een toeslag op grond van artikel 37 cao dient te betalen over de uren, gelegen tussen 20.00 en 04.00 uur, wanneer de chauffeur werkzaamheden verricht tussen 00.00 uur en 06.00 uur. Verwijzend naar de definitie in de Dikke van Dale en de Arbeidstijdenwet, wordt in deze uitspraak geconcludeerd dat onder het begrip 'nacht' moet worden verstaan: de tijd gelegen tussen middernacht (00.00 uur) en 06.00 uur.

De kantonrechter oordeelt als volgt. In ieder geval kan worden vastgesteld dat artikel 37 cao niet duidelijk is: enerzijds staat daarin een tijdsperiode van 20.00 uur tot 04.00 uur vermeld, anderzijds spreekt het artikel over 'nachtrit', zonder dat in het artikel zelf of elders in de cao aangegeven wordt wat daaronder moet worden verstaan. Alleen al daarom levert een puur grammaticale lezing van het artikel geen oplossing voor de vraag wat onder een nachtrit moet worden verstaan. Uitleg dient te geschieden conform de cao-norm (vgl. HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1427). In de eerste plaats is de kantonrechter van oordeel dat uit de definitie van 'nacht' in de definitie in de Dikke van Dale niet ondubbelzinnig afgeleid kan worden dat de nacht niet eerder dan om 00.00 uur begint. De door de Kantonrechter Terneuzen uit de Dikke Van Dale geciteerde definitie: 'tijd tussen zonsondergang en zonsopkomst, m.n. na middernacht en zes uur 's morgens' is multi-interpretabel: enerzijds

wordt de periode tussen zonsondergang en zonsopgang genoemd (die ook nog sterk wisselt), anderzijds kan uit het begrip 'middernacht' even goed afgeleid worden dat 00.00 uur het midden van de nacht is en een deel van de nacht dus voor 00.00 uur gelegen is. Daarnaast heeft FNV Bondgenoten onbetwist gesteld dat in de cao die van 1991 tot en met 1993 gold, een definitie van het begrip 'dagdienst' is gegeven, te weten de periode van 06.00 tot 20.00 uur, terwijl in het in die cao opgenomen artikel 32 (voorganger van artikel 37 cao) werd bepaald dat de nachttoeslag gold voor werkzaamheden verricht in de periode tussen 20.00 en 06.00 uur. Deze onderscheiding lijkt erop te duiden dat in deze cao de werkdag verdeeld is in twee perioden: de dagdienst en de nachtdienst. Weliswaar is de definitie van 'dagdienst' na 1993 uit de cao verdwenen, doch daarvoor is niet expliciet een andere indeling in soorten diensten en daarvoor geldende tijden in de plaats gekomen, terwijl de tekst van het huidige artikel 37 cao is gehandhaafd. Daarbij geldt eveneens dat de onderhandelingspartners bij de cao in artikel 37 cao (en daaraan voorafgaande gelijklopende cao-artikelen) uitdrukkelijk hebben opgenomen dat werknemers al vanaf 20.00 uur recht hebben op de nachttoeslag. Indien het de bedoeling was geweest dat zij alleen een toeslag vanaf 20.00 uur zouden ontvangen, indien er ná 00.00 uur met werken wordt gestart, dan had het voor de hand gelegen om dat expliciet in artikel 37 cao of in een definitieartikel vast te leggen. Geconcludeerd wordt dat het begrip 'nachtrit' in artikel 37 cao moet worden uitgelegd als een rit waarin tussen 20.00 en 04.00 uur werkzaamheden worden verricht. Nu werkgeefster niet heeft weersproken dat FNV Bondgenoten de verjaringstermijn als bedoeld in artikel 3:307 BW heeft gestuit in haar brief van 1 oktober 2014, stelt FNV Bondgenoten terecht dat werkgeefster de cao dient na te leven vanaf 1 oktober 2009.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 24-09-2015

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2015:6383

Zaaknummer: 3740103 CV EXPL 15-297

Rechters: Y.A.M. Jacobs

Advocaten: J.H. Mastenbroek en P.M.M. Massuger

Wetsartikelen: 37 CAO Beroepsgoederenvervoer

RECHTSPRAAK

Tjongerschans B.V./werknemer

Afwijzing ontbindingsverzoek wegens disfunctioneren en verstoorde arbeidsrelatie. Redelijke grond ontbreekt en niet is komen vast te staan dat herplaatsing niet mogelijk is.

Werknemer is in dienst van Tjongerschans. Tjongerschans heeft besloten de afdeling waar werknemer werkzaam is te herinrichten. Tjongerschans verzoekt de arbeidsovereenkomst met werknemer te ontbinden op grond van artikel 7:671b lid 1 onderdeel a BW, primair in verbinding met artikel 7:669 lid 3 onderdeel d BW (ongeschiktheid van de werknemer voor zijn functie), subsidiair in verbinding met artikel 7:669 lid 3 onderdeel g BW (verstoorde arbeidsverhouding). Tjongerschans stelt daartoe dat zij zich tot het uiterste heeft ingespannen werknemer te behouden: er heeft een intensief (individueel) begeleidings- en coachingstraject plaatsgevonden. Dit heeft aanvankelijk geleid tot verbetering in het functioneren, maar na korte tijd is werknemer teruggevallen in de oude patronen waardoor de samenwerking zeer moeizaam verloopt. Bovendien verzet hij zich – ondanks herhaalde (loze) toezeggingen – tegen de veranderde structuur binnen Tjongerschans en tegen een constructieve samenwerking met B, aldus Tjongerschans.

De kantonrechter oordeelt als volgt. De door Tjongerschans naar voren gebrachte feiten en omstandigheden leveren geen redelijke grond op, zoals bedoeld in artikel 7:669 lid 3 onderdeel d BW. Voormeld artikel bepaalt immers dat de redelijke grond gelegen is in de ongeschiktheid van de werknemer tot het verrichten van de bedongen arbeid waarbij de werkgever de werknemer in voldoende mate in de gelegenheid moet hebben gesteld zijn functioneren te verbeteren. Naar het oordeel van de kantonrechter is daarvan onvoldoende sprake. In februari 2015 is door de coach D geconstateerd dat de coaching voorshands als afgerond kon worden beschouwd, dat de samenwerking was verbeterd en dat werknemer opener was geworden en meer met zijn collega's deelde. Uit niets blijkt dat Tjongerschans de constatering van D op dat moment niet deelde. Daarmee staat vast dat na de coaching sprake was van een duidelijke verbetering in het functioneren. Tjongerschans stelt weliswaar dat werknemer vervolgens weer terug is gevallen in zijn oude solitaire gedrag, maar een deugdelijke onderbouwing daarvan ontbreekt. Tjongerschans heeft weliswaar verwezen naar de overgelegde

gespreksverslagen, maar zonder nadere onderbouwing – die ontbreekt – is daar niet uit af te leiden dat werknemer onvoldoende functioneerde, alsmede dat Tjongerschans werknemer daar in voldoende duidelijke bewoordingen op heeft aangesproken, zodanig dat voor werknemer kenbaar was dat Tjongerschans van oordeel was dat sprake was van een terugval. Evenmin is gebleken dat Tjongerschans vervolgens heeft getracht de door haar gestelde terugval in het disfunctioneren te verbeteren, bijvoorbeeld door het wederom inschakelen van D. Ook de subsidiaire grond (verstoorde arbeidsrelatie) kan het verzoek niet dragen. In de eerste plaats heeft Tjongerschans niet aangegeven tussen welke personen er sprake is van zodanig verstoorde arbeidsverhouding. Daarnaast heeft Tjongerschans meermalen het verzoek van werknemer om mediation van de hand gewezen met het argument dat er sprake was van een wijziging in de organisatie, waaraan hij zich diende te conformeren. Tot slot heeft Tjongerschans onvoldoende gemotiveerd onderbouwd dat herplaatsing van werknemer – overeenkomstig het bepaalde in artikel 9 van de Ontslagregeling – binnen een redelijke termijn, al dan niet met behulp van scholing, in een andere passende functie niet mogelijk is of niet in de rede ligt. Volgt afwijzing van het ontbindingsverzoek.

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 23-09-2015

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2015:4491

Zaaknummer: 4326870/AR VZ 15-9

Rechters: E.T.M. Zwart-Sneek

Advocaten: D.A. Westra en Y.K. van Dyk

Wetsartikelen: 7:669 lid 3 onderdeel d BW, 7:669 lid 3 onderdeel g BW, 7:671b BW en 9 Ontslagregeling

RECHTSPRAAK

werkneemster/Decla Den Bosch B.V.

***Vernietiging opzegging vanwege nietig proeftijdbeding.
Voorwaardelijke ontbinding arbeidsovereenkomst wegens verstoorde
arbeidsrelatie. Werkgever is (naast transitievergoeding) billijke
vergoeding (€ 2.000) verschuldigd wegens ernstig verwijtbaar
handelen.***

Werkneemster werkt al enige jaren bij werkgever. Op 9 juni 2015 ondertekenen partijen een schriftelijke arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd die ingaat op 1 juli 2015. Op 2 juli 2015 meldt werkneemster zich ziek als gevolg van een burn-out. Werkgever ontslaat de werkneemster op 18 juli op grond van het in de arbeidsovereenkomst opgenomen proeftijdbeding. Werkneemster vordert vernietiging van de opzegging omdat het proeftijdbeding nietig is. Werkneemster is immers al enkele jaren bij werkgever werkzaam in dezelfde functie. Tevens vordert werkneemster – als de beëindiging wel rechtsgeldig wordt geacht – dat er een transitievergoeding en een billijke vergoeding dient te worden betaald. Werkgever meent dat de vorderingen van werkneemster dienen te worden afgewezen en verzoekt om voorwaardelijke ontbinding wegens een verstoorde arbeidsverhouding. Een transitievergoeding is volgens werkgever niet verschuldigd. Werkgever stelt dat werkneemster zelf verantwoordelijk is voor het veroorzaken van de verstoorte arbeidsverhouding, doordat zij niet heeft zorg gedragen voor een correcte overdracht van de werkzaamheden toen zij zich ziek meldde en omdat zij misbruik zou maken van de informatie die in de werkgeversverklaring is opgenomen (naam van de functie).

De kantonrechter vernietigt de opzegging (art. 7:681 BW) omdat het proeftijdbeding nietig is. Werkgever had immers op basis van voorgaande jaren al een goed beeld van de vaardigheden van de werkneemster (art. 7:652 lid 8 onderdeel d BW). De loonvordering, de vorderingen betreffende de wettelijke rente en de wettelijke verhoging worden dan ook toegewezen. Vervolgens oordeelt de kantonrechter dat ook onder de WWZ een voorwaardelijk verzoek tot ontbinding ontvankelijk kan zijn. Aangezien er sprake is van een verstoorte arbeidsverhouding, wordt de arbeidsovereenkomst ontbonden (art. 7:669 lid 3 onderdeel g BW). Er dient een transitievergoeding betaald te worden aangezien het dienstverband langer

dan 24 maanden heeft geduurd. Het standpunt van werkgever dat de transitievergoeding niet verschuldigd is om er sprake zou zijn van ernstig verwijtbaar handelen van de werkneemster, wordt afgewezen onder verwijzing naar de wetsgeschiedenis. Ten aanzien van de vordering van de werkneemster om een billijke vergoeding op te leggen oordeelt de kantonrechter dat er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever. De kantonrechter neemt hiervoor in aanmerking dat de werkgever het dienstverband met werkneemster vanwege de ziekmelding heeft willen beëindigen, onder – zo begrijpt de kantonrechter de stellingen van werkgever – in twijfel trekking van haar arbeidsongeschiktheid. Dat terwijl het niet aan werkgever is om een oordeel te vellen over de medische toestand van werkneemster, en het op haar weg heeft gelegen een bedrijfsarts in te schakelen. Tevens moet worden geconcludeerd dat werkgever een ernstig verwijt moet worden gemaakt van het feit dat de arbeidsrelatie tussen partijen verstoord is geraakt.

Over de hoogte van de billijke vergoeding overweegt de kantonrechter het navolgende: Uit de wetsgeschiedenis volgt dat de hoogte van de billijke vergoeding – naar haar aard – in relatie moet staan tot het ernstig verwijtbare handelen of nalaten van de werkgever, en niet tot de gevolgen van het ontslag voor de werkneemster (zie *Kamerstukken II 2013/14*, 33818, p. 32-34 en *Kamerstukken II 2013/14*, 33818, 7, p. 91). Als ontslag het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever, dan dient de werkneemster hiervoor volgens die wetsgeschiedenis te worden gecompenseerd, ook om dergelijk handelen of nalaten van de werkgever te voorkomen. In de billijke vergoeding kan niet tot uitdrukking komen of het ontslag redelijk is mede in het licht van de gevolgen van het ontslag voor de werkneemster, omdat dit al is verdisconteerd in de transitievergoeding. De hoogte van de billijke vergoeding moet daarom worden bepaald op een wijze die en op het niveau dat aansluit bij de uitzonderlijke omstandigheden van het geval, waarbij criteria als loon en lengte van het dienstverband geen rol hoeven te spelen. Er kan wel rekening worden gehouden met de financiële situatie van de werkgever. De billijke vergoeding wordt vastgesteld op een bedrag van € 2.000 bruto (transitievergoeding bedraagt € 1.737 bruto). Werkgever heeft weliswaar aangegeven in financieel zwaar weer te zitten, maar aangezien er geen stukken zijn gelegd om deze stelling te onderbouwen, houdt de kantonrechter daar geen rekening mee. De werkgever wordt veroordeeld tot betaling van de proceskosten en krijgt de mogelijkheid – nu een vergoeding is toegekend – om het verzoek tot ontbinding in te trekken.

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 22-09-2015

ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2015:5552

Zaaknummer: 4352865 \ EJ VERZ 15-382

Rechters: J.H. Wiggers

Advocaten: W. van Grieken en E. Hunneman

Wetsartikelen: 7:652 BW, 7:669 lid 3 onderdeel g BW, 7:671b BW en 7:686a BW

RECHTSPRAAK

NV Haagse Milieuservices/werknemer

Verwijtbaar handelen en verstoorde arbeidsrelatie als gevolg van aantal incidenten niet komen vast te staan. Mede gelet op 35-jarig dienstverband en het feit dat werkgever alleen repressieve maatregelen heeft genomen naar aanleiding van incidenten, wordt het ontbindingsverzoek afgewezen.

Werknemer is in 1999 in dienst getreden bij HMS. HMS verzoekt ontbinding van de arbeidsovereenkomst. HMS legt aan haar verzoek verwijtbaar handelen (art. 7:669 lid 3 onderdeel e BW) en een verstoorde arbeidsrelatie (art. 7:669 lid 3 onderdeel g BW) ten grondslag. Zij verwijst onder meer naar twee incidenten die zich in juli 2015 hebben voorgedaan. Op 12 juli 2015 is werknemer eerder begonnen en heeft hij de werkplek eerder verlaten zonder toestemming van HMS, terwijl hij eerst verklaarde wel toestemming te hebben gekregen. Bovendien heeft hij op die dag niet al het aangeboden afval opgehaald. Op 14 juli 2015 heeft werknemer een aanrijding veroorzaakt op een locatie die niet op zijn route lag en heeft hij de ontstane schade niet gemeld. Deze incidenten staan niet op zichzelf maar zijn de laatste incidenten in een lange reeks, aldus HMS.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Ten aanzien van het incident van 14 juli 2015 heeft HMS de versie van werknemer, dat hij door HMS naar de betreffende locatie was gestuurd en dat hij de schade niet meer heeft kunnen melden vanwege de ontwikkelingen rondom zijn persoon, niet althans onvoldoende weersproken. Daardoor is niet komen vast te staan dat werknemer op 14 juli 2015 onoorbaar heeft gehandeld. Wat zich precies heeft voorgedaan op 12 juli 2015 staat tussen partijen niet vast. In WWZ-zaken heeft als uitgangspunt te gelden dat het bewijsrecht in beginsel van toepassing is, tenzij de aard van de zaak zich hiertegen verzet. De aard van de zaak verzet zich niet tegen toepassing van het bewijsrecht. Toch wordt HMS niet in de gelegenheid gesteld bewijs van haar stellingen te leveren, dat in deze procedure niet noodzakelijk is. Veronderstellenderwijs ervan uitgaande dat de versie van HMS correct is en dat werknemer eerder is begonnen en eerder is gestopt met zijn werk, zijn route niet geheel heeft gereden en hierover eerst een ander verhaal heeft verteld, oordeelt de kantonrechter namelijk als volgt. Het incident van 12 juli 2015, zoals beschreven door HMS, is op zichzelf niet

zodanig ernstig dat daarmee aan het vereiste van verwijtbaar handelen is voldaan. Werknemer heeft niet, althans onvoldoende, weersproken dat zich eerder incidenten hebben voorgedaan. Deze eerdere incidenten kunnen echter niet bij het incident van 12 juli 2015 worden 'opgeteld' teneinde op basis van deze optelsom te concluderen dat wel aan het vereiste van verwijtbaarheid is voldaan. Voorts is niet komen vast te staan dat werknemer voldoende kennis heeft kunnen nemen van de regels en richtlijnen, waarvan HMS stelt dat zij deze schriftelijk heeft verspreid. Tijdens de mondelinge behandeling heeft werknemer namelijk aangevoerd dat hij analfabeet is en dat hij mede daardoor niet altijd even adequaat reageert. De kantonrechter weegt voorts zeer zwaar mee dat HMS ten aanzien van werknemer, gedurende zijn inmiddels 35-jarige dienstverband, alleen repressieve maatregelen heeft genomen naar aanleiding van de incidenten die zich hebben voorgedaan. Tot slot faalt ook het beroep op de verstoorde arbeidsrelatie. Volgt afwijzing van het ontbindingsverzoek.

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 21-09-2015

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2015:11165

Zaaknummer: 4335855 RP VERZ 15-50534

Rechters: A.C. Bordes

Advocaten: L.V. Claassens en R. van Lieshout

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

RECHTSPRAAK

DFZ Personeel B.V./werkneemster

Raadplegen van NAW-gegevens anders dan voor werkgerelateerde doeleinden is – mede gelet op goed functioneren en dienstverband van bijna 38 jaar – onvoldoende grond voor ontbinding arbeidsovereenkomst wegens verwijtbaar handelen of verstoorde arbeidsrelatie.

Werkneemster is in dienst van DFZ. Eind 2014 is bij de afdeling Klantcontacten van DFZ een telefonische klacht binnengekomen van een verzekerde, B, dat een medewerker van DFZ haar adresgegevens had opgezocht in de computer van DFZ en haar had lastiggevallen. Op 18 juni 2015 heeft DFZ werkneemster gehoord. Werkneemster heeft verklaard dat zij de systemen van DFZ heeft gebruikt om na te gaan wie bij haar ex-partner op een bepaald adres woonde. DFZ verzoekt de arbeidsovereenkomst te ontbinden (art. 7:671b BW), primair wegens verwijtbaar handelen (art. 7:669 lid 3 onderdeel e BW), subsidiair wegens een verstoorde arbeidsrelatie (art. 7:669 lid 3 onderdeel g BW). DFZ stelt dat door het schenden van de privacy van een verzekerde werkneemster primair verwijtbaar heeft gehandeld, zodanig dat van DFZ in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsrelatie voort te zetten. Er is volgens DFZ sprake van een ernstige misstap. DFZ wijst er daarbij op dat zij een zorgplicht heeft en verantwoordelijk is voor de bescherming van de persoonlijke gegevens van haar verzekerden tegen zowel inbreuk door haar eigen medewerkers als van buitenaf. Subsidiair heeft het feit dat werkneemster de ernst van haar misstap niet inzielt geleid tot verlies van vertrouwen van DFZ in werkneemster, zodat er sprake is van een verstoorde arbeidsverhouding, zodanig dat van DFZ in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsrelatie met werkneemster voort te zetten. DFZ stelt dat zij werkneemster ook geen passende functie kan bieden.

De kantonrechter is met DFZ van oordeel dat er sprake is van verwijtbaar handelen van werkneemster. Vraag is echter of dit verwijtbare handelen zodanig is dat in redelijkheid niet van DFZ gevergd kan worden de arbeidsovereenkomst te laten voortduren, met andere woorden of er is voldaan aan het proportionaliteitsvereiste. De kantonrechter is van oordeel dat die vraag ontkennend beantwoord dient te worden. Wanneer gekeken wordt naar de verweten handeling op zich – het eenmalig raadplegen van de systemen van DFZ voor

privédoeleinden – dan is het gevolg dat DFZ daaraan wenst te verbinden buitenproportioneel. Het schenden van de privacy van een klant is weliswaar verwijtbaar, maar de ernst van dat verwijt weegt in het onderhavige geval niet op tegen het feit dat werkneemster bijna 38 jaar bij DFZ in dienst is en dat zij altijd naar tevredenheid van DFZ heeft gefunctioneerd. Bovendien is aan D voor dezelfde feitelijke handeling volstaan met een waarschuwing. Het feit dat D spijt heeft betuigd en heeft aangegeven de onjuistheid van haar handelen in te zien, noch het feit dat D korter in dienst is dan werkneemster en/of het feit dat zij een ondergeschikte positie in de organisatie bekleedt, rechtvaardigen het verschil in de door DFZ voorgestane en toegepaste sancties. Beëindiging van de arbeidsovereenkomst wegens het raadplegen van NAW-gegevens anders dan voor werkgerelateerde doeleinden, terwijl vervolgens van die wetenschap geen gebruik is gemaakt, is een brug te ver. Een minder verstrekkende maatregel was passend geweest. Dat sprake zou zijn van een verstoorde arbeidsrelatie is door DFZ onvoldoende onderbouwd. Voorts heeft DFZ onvoldoende gemotiveerd onderbouwd dat herplaatsing van werkneemster – overeenkomstig het bepaalde in artikel 9 van de Ontslagregeling – binnen een redelijke termijn, al dan niet met behulp van scholing, in een andere passende functie niet mogelijk is of niet in de rede ligt. Volgt afwijzing van het ontbindingsverzoek.

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 16-09-2015

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2015:4245

Zaaknummer: 4313379/AR VZ 15-7

Rechters: A. van der Meer

Advocaten: D.G.M. de Grave-Verkerk en H.D. Postma

Wetsartikelen: 7:66g lid 3 onderdeel e BW, 7:66g lid 3 onderdeel g BW, 7:671b BW en 9 Ontslagregeling

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgeefster

Voorshands is afdoende bewezen dat medewerker in café standaard 51,5 uur per week heeft gewerkt. Werkgeefster wordt in de gelegenheid gesteld tegenbewijs te leveren tegen dit rechterlijk vermoeden.

Werknemer stelt dat hij voor werkgeefster in loondienst heeft gewerkt, van 1 april 2012 tot de facto 1 maart 2013. Het café was in die periode volgens werknemer 51,5 uren open per week. Werknemer vordert betaling van achterstallig loon.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Partijen zijn het eens over het feit dat tussen partijen een arbeidsovereenkomst gold voor 38 uren per week ('bij meer of minder uren wordt naar evenredigheid uitbetaald'), tegen een loon van € 1.895 bruto per maand (en dat is dus € 8,73 netto per uur). Zo valt het immers te lezen in de schriftelijke arbeidsovereenkomst die partijen hebben ondertekend. Werkgeefster heeft verder niet de door werknemer gestelde openingstijden van het café betwist. Het café was in de periode die hier van belang is, dus 51,5 uren per week open. Daar moet de kantonrechter van uitgaan. Hoewel de kantonrechter wel oog wil hebben voor de kwetsbaarheid van werkgeefster, moet hij ook de gemachtigde van werknemer volgen in wat hij over werkgeefster in de laatste antwoordakte heeft gesteld, te weten dat werkgeefster noch ter comparitie noch nadien gemotiveerd heeft betwist dat werknemer nagenoeg elke dag in het café was om te werken; dat werkgeefster niet heeft kunnen aangeven wanneer werknemer volgens haar dan 'vrij' was gedurende de openingsuren van het café en dat werkgeefster, anders dan gezegd en toegezegd ter comparitie, niet heeft geregistreerd welke en hoeveel uren werknemer dan steeds in het café voor haar werkte. Werkgeefster heeft voorts de door werknemer gestelde 'extra overuren' niet althans niet gemotiveerd en met bewijsstukken betwist. Tegen de achtergrond van het vorenstaande acht de kantonrechter voorshands afdoende bewezen dat werknemer standaard 51,5 uren per week heeft gewerkt in de periode van 1 april 2012 tot 1 maart 2013. Werkgeefster wordt in de gelegenheid gesteld om tegenbewijs te leveren tegen dat rechterlijk vermoeden.

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 10-06-2015

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2015:8193

Zaaknummer: 3380743 CV EXPL 14-9504

Rechters: P. Hoekstra

Advocaten: S.J.M. Peters en S.A.E. de Rijke

Wetsartikelen: 7:628 BW

RECHTSPRAAK

Stichting Wonen en Psychiatrie Zeeuwse Gronden/werkneemster

Ontbinding arbeidsovereenkomst wegens veranderingen in omstandigheden (verstoorde arbeidsrelatie) na raadplegen elektronisch dossier van halfbroer. Werkgever heeft werkneemster ten onrechte niet op de hoogte gesteld van beleid inzake zorg-ethische kwesties.

Werkneemster is op 25 juni 2012 voor bepaalde tijd in dienst getreden bij SWP in de functie van activiteitenbegeleider. Volgens SWP heeft werkneemster een aantal keer het elektronisch dossier van haar halfbroer ingekeken. Volgens SWP was dit niet geoorloofd omdat werkneemster geen professionele bemoeienis met haar halfbroer had en was zij bij e-mailbericht van 27 maart 2012 gewezen op de gevolgen van het ongeoorloofd inzien van de elektronische dossiers in het Care-4-programma. SWP verzoekt de ontbinding van de arbeidsovereenkomst, primair op grond van een dringende reden, bestaande uit schending van de privacy van haar halfbroer, subsidiair op grond van verandering in de omstandigheden bestaande uit een vertrouwensbreuk waardoor er geen sprake meer kan zijn van verdere vruchtbare samenwerking tussen partijen (art. 7:685 (oud) BW). Gelet op de verwijten acht SWP toekenning van enige vergoeding niet aan de orde.

De kantonrechter overweegt dat het verzoek, gegrond op de in het verzoekschrift genoemde dringende redenen, niet toewijsbaar is. Het is terecht dat SWP grote waarde toekent aan de privacy van haar cliënten en dat overtreding van de regels door werknemers ernstige gevolgen voor hen kan hebben. Het moet dan echter wel duidelijk zijn wat die regels inhouden. Tussen partijen staat vast dat medewerkers die een directe behandel- of zorgrelatie hebben met een cliënt het elektronisch patiëntendossier mogen inzien. SWP heeft echter niet duidelijk gemaakt wanneer daarvan sprake is. In de op de arbeidsovereenkomst van toepassing zijnde cao is neergelegd dat de werkgever verplicht is het beleid bekend te maken ten aanzien van zorg-ethische kwesties, voor zover deze voor de functieervulling van de werknemer noodzakelijk zijn. SWP had op het moment dat haar halfbroer cliënt van SWP werd,

werkneemster moeten wijzen op de gevolgen die dit zou kunnen hebben voor de manier waarop zij haar functie diende te vervullen indien zij met haar broer te maken kreeg in haar functie. Door dit na te laten kan werkneemster geen verwijt gemaakt worden over haar handelwijze, mede gelet op de omstandigheid dat SWP ter zitting heeft toegegeven dat werkneemster haar geheimhoudingsplicht jegens haar halfbroer niet heeft geschonden. Het verzoek wordt wel toegewezen vanwege een verstoorde verstandhouding. De kantonrechter acht het, gelet op de door SWP ter zitting ingenomen standpunten onwaarschijnlijk dat werkneemster nog de mogelijkheid wordt geboden de door haar bedongen arbeid te verrichten. Dat is echter een omstandigheid die slechts aan SWP moet worden toegerekend. Toekenning van de vergoeding zoals door werkneemster verzocht (€ 3.751,53 bruto), is dan ook op zijn plaats.

Instantie: Rechtbank Zeeland-West-Brabant

Datum uitspraak: 27-03-2013

ECLI: ECLI:NL:RBZWB:2013:11034

Zaaknummer: 249601 / 13-147

Rechters: N.J.C. van Spronssen

Advocaten: J.A. de Waard en S. Visser

Wetsartikelen: 7:685 BW

ANNOTATIE

De vordering tot wedertewerkstelling in arbeidsrechtelijke driehoeksverhoudingen

mr. dr. J.P.H. Zwemmer

1. Inleiding

In titel 10 Boek 7 BW ontbreekt een bepaling of regeling op grond waarvan de werkgever verplicht is de werknemer in staat te stellen de bedongen arbeid te verrichten. Toch wordt een vordering tot wedertewerkstelling van de werknemer altijd toegewezen wanneer de werkgever niet kan aantonen dat hij een goede reden heeft de werknemer niet toe te laten tot de werkzaamheden. De grondslag voor de verplichting tot wedertewerkstelling van de werknemer vormt dan de in artikel 7:611 BW opgenomen verplichting van de werkgever zich als een goed werkgever te gedragen. Bij uitzending en andere arbeidsrechtelijke driehoeksverhoudingen verricht de werknemer de werkzaamheden bij een opdrachtgever van de werkgever. Uit de lagere rechtspraak volgt dat een vordering tot wedertewerkstelling bij de opdrachtgever wordt afgewezen, ook wanneer de tewerkstelling van de werknemer bij de opdrachtgever zonder goede reden werd beëindigd. De omstandigheid dat sprake is van een arbeidsrechtelijke driehoeksverhouding staat naar het oordeel van deze rechters in de weg aan toewijzing van een vordering tot wedertewerkstelling bij de opdrachtgever. Zo ook in arresten van het Hof Arnhem-Leeuwarden van 17 maart 2015 en 14 april 2015. Het hof wijst de door de werknemer gevorderde wedertewerkstelling bij de opdrachtgever af omdat tussen hen geen arbeidsovereenkomst bestaat. Op de werkgever, en niet op de opdrachtgever waarbij de werknemer wordt tewerkgesteld, rust de verplichting zich jegens de werknemer als een goed werkgever te gedragen. Daarom kan tegenover de opdrachtgever geen beroep worden gedaan op een op artikel 7:611 BW gebaseerde vordering tot (weder)tewerkstelling. Deze formele benadering verhoudt zich niet met de toename, zowel in aantal als in verscheidenheid, van arbeidsrechtelijke driehoeksverhoudingen en de geringe rol die de werkgever daarin vaak speelt bij de feitelijke uitvoering van de arbeidsovereenkomst.

2. Het recht op (weder)tewerkstelling van de werknemer

In de eerste ontwerpversie van de Wet op de arbeidsovereenkomst 1907 was bij de thans in artikel 7:616 BW opgenomen verplichting van de werkgever het loon op tijd te betalen aan de werknemer eveneens bepaald dat de werkgever verplicht was 'om den arbeider eene voldoende mate van den bij de overeenkomst bedongen arbeid te verschaffen' (zie A.E. Bles, De wet op de arbeidsovereenkomst, deel II, Den Haag: Belinfante 1907, p. 438). Deze verplichting is voor de indiening van het wetsontwerp geschrapt omdat de verplichting de werknemer tewerk te stellen naar mening van de regering niet op eenzelfde wijze als de verplichting tot tijdige betaling van het loon als bestanddeel van de arbeidsovereenkomst kon worden beschouwd. In de memorie van toelichting werd daar echter aan toegevoegd dat ook zonder uitdrukkelijke wetsbepaling niet hoefde te worden gevreesd dat de werkgever de werknemer 'lichtelijk zonder voldoende mate van arbeid zal laten' omdat de werkgever dan in strijd zou handelen met zijn verplichtingen als goed werkgever, zoals thans neergelegd in artikel 7:611 BW (zie Bles 1907, p. 438). In de memorie van antwoord bij de Wet op de arbeidsovereenkomst herhaalt de regering dat de werknemer niet 'zonder meer' een recht op tewerkstelling heeft en deelt zij mee dat de werknemer uitdrukkelijk kan bedingen 'dat de werkgever hem steeds een voldoende mate van arbeid zal verschaffen, maar zonder zoodanig beding geldt de verplichting daartoe van de zijde des werkgevers niet, tenzij in zoodanige bijzondere gevallen, waarin de aard der overeenkomst die verplichting ondubbelzinnig medebrengt' (zie Bles 1907, p. 439).

Ook de Hoge Raad is terughoudend bij het aannemen van een verplichting van de werkgever de werknemer in staat te stellen de arbeid te verrichten. In zijn arrest van 26 maart 1965, *NJ* 1965/163 m.nt. Scholten (Walsweer e.a./Acmesa) oordeelde de Hoge Raad onder verwijzing naar voormelde wetsgeschiedenis dat de wetgever, ten aanzien van de vraag of de werkgever verplicht is de werknemer in staat te stellen de overeengekomen arbeid te verrichten, geen algemene regel heeft willen stellen, maar het antwoord op de vraag heeft willen laten afhangen van de verplichting van de werkgever zich als goed werkgever te gedragen. Dat goedwerkgeverschap speelt bij de verplichting de werknemer in staat te stellen de overeengekomen arbeid te verrichten met name een rol in verband met het diffamerende effect dat uitgaat van een op non-actiefstelling. Of in een concreet geval recht bestaat op (weder)tewerkstelling hangt naar het oordeel van de Hoge Raad af van de aard van de dienstbetrekking, de overeengekomen arbeid en van de bijzondere omstandigheden van elk geval. De Hoge Raad herhaalde dit in zijn arresten van 25 januari 1980, *NJ* 1980/264 m.nt. Stein; 27 mei 1983, *NJ* 1983/758 en HR 12 mei 1989, *NJ* 1989/801 m.nt. Stein. In zijn noot bij het arrest van de Hoge Raad uit 1980 pleit Stein voor een terughoudende opstelling van de rechter bij het toewijzen van een vordering tot wedertewerkstelling van de werknemer. Hij wijst er daarbij op dat de redenen voor de weigering een bepaalde werknemer toe te laten dikwijls samenhangen met de gecompliceerde verhoudingen op de werkplaats, die een buitenstaander

niet gemakkelijk kan voorzien. Daarom moeten er, zo stelt Stein, 'duidelijke aanwijzingen zijn, om een ingrijpen van de rechter te rechtvaardigen. Anders zou immers aan de verantwoordelijkheid van de werkgever voor de gang van zaken op de arbeidsplaats worden tekortgedaan; een verantwoordelijkheid die op hem rust mede in het belang van de overige werknemers'. Stein constateert echter (in zijn noot uit 1980) dat de jurisprudentie van de Hoge Raad in de lagere rechtspraak zo wordt opgevat dat de werkgever de werknemer slechts op grond van een verdedigbaar motief mag schorsen. Dat laatste is, ook na de hiervoor aangehaalde drie arresten van de Hoge Raad uit de jaren tachtig, steeds de norm gebleven in de lagere rechtspraak. In hun analyse van twintig jaar gepubliceerde (lagere) rechtspraak uit 2014 stellen Boot en Bokx-Boom vast dat de lagere jurisprudentie het recht op tewerkstelling tot uitgangspunt neemt (G.C. Boot en S.H. Bokx-Boom, 'Het recht op tewerkstelling', *TRA* 2014/41). Hier geldt de regel dat de vordering tot wedertewerkstelling in beginsel wordt toegewezen tenzij de werkgever aantoont dat hij zeer goede gronden heeft voor een op non-actiefstelling van de werknemer.

De in de lagere rechtspraak ontwikkelde regel dat de vordering tot wedertewerkstelling in beginsel wordt toegewezen vindt in de lagere rechtspraak echter geen toepassing wanneer sprake is van een arbeidsrechtelijke driehoeksverhouding. Hier verricht de werknemer de arbeid bij een opdrachtgever van zijn werkgever. In deze situatie oordelen lagere rechters dat het ontbreken van een arbeidsovereenkomst tussen de werknemer en de opdrachtgever in de weg staat aan toewijzing van een vordering tot wedertewerkstelling bij de opdrachtgever.

3. De uitzendovereenkomst ex artikel 7:690 BW en het recht op wedertewerkstelling

Bij de parlementaire behandeling van de regeling van de uitzendovereenkomst is kort ingegaan op de betekenis van de redelijkheid en billijkheid gedurende de tijd dat een uitzendbeding in de zin van artikel 7:691 lid 2 BW van kracht is en beëindiging van de terbeschikkingstelling door de opdrachtgever meteen einde arbeidsovereenkomst betekent. In dat kader werd de vraag gesteld of in ieder geval een minimale motiveringsplicht zou moeten gelden bij de beëindiging van de terbeschikkingstelling door de opdrachtgever. De regering beantwoordde deze vraag ontkennend en deelde mee dat het specifieke karakter van de uitzendrelatie, waarbij partijen alleen en voor zover nodig gebruik maken van elkaars diensten meebrengt dat een verplichte motiveringsplicht bij de beëindiging van de terbeschikkingstelling niet nodig is als daarover geen nadere afspraken zijn gemaakt met de opdrachtgever (zie *Kamerstukken II* 1996/97, 25263, 6, p. 16). Na afloop van de periode waarin het uitzendbeding van kracht is, is in beginsel het reguliere arbeidsrecht van toepassing op de arbeidsovereenkomst van de uitzendkracht, zo voegde de regering daaraan toe. Uit de wetsgeschiedenis van de artikelen 7:690 en 7:691 BW volgt dus dat wanneer de inlener besluit tot een beëindiging van de terbeschikkingstelling van de uitzendwerknemer voor wie een

uitzendbeding geldt, hij dit niet hoeft toe te lichten aan de uitzendwerknemer, of de uitzendwerknemer in de gelegenheid moet stellen hierop te reageren. Na afloop van deze periode die doorgaans gelijk is aan de 78 weken behorende bij fase A van de ABU-cao, moet aan de hand van het reguliere arbeidsrecht worden vastgesteld wat redelijk en billijk is bij de beëindiging van de terbeschikkingstelling van de uitzendwerknemer door de opdrachtgever. Aan de hand van artikel 7:611 BW dus. Als hiervoor gesteld betekent dat niet dat dan, net als bij een gewone arbeidsovereenkomst, een vordering tot wedertewerkstelling van de uitzendkracht bij de opdrachtgever in beginsel wordt toegewezen. Omdat zij geen arbeidsovereenkomst met de opdrachtgever hebben, kunnen uitzendwerknemers geen wedertewerkstelling bij de opdrachtgever afdwingen op grond van artikel 7:611 BW (zie Ktr. Sneek 10 november 2006, *JAR* 2007/153; Hof Leeuwarden 13 december 2006, *JAR* 2007/17; Hof Leeuwarden 2 februari 2010, ECLI:NL:GHLEE:2010:BL3778 (r.o. 6); Ktr. Leeuwarden 25 oktober 2011, ECLI:NL:RBLLE:2011:BU2509 en Ktr. Maastricht 4 maart 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:1829).

De opdrachtgever hoeft zich, zoals het Hof Leeuwarden dat in zijn hiervoor aangehaalde uitspraak uit 2006 formuleerde, bij de invulling van de opdrachtsovereenkomst met de uitzendwerkgever niet mede te laten leiden door de belangen van de uitzendwerknemer omdat 'juist de flexibiliteit voor de inlener een wezenlijk kenmerk is' in het samenstel van enerzijds de opdrachtsovereenkomst tussen de uitzendwerkgever en de inlener en anderzijds de arbeidsovereenkomst van de uitzendwerkgever met de uitzendwerknemer. Daarom is de inlener bereid per gewerkt uur een hogere prijs te betalen dan indien hij de uitzendkracht zelf in dienst zou hebben genomen. Dit verzet zich tegen integrale overeenkomstige toepassing van artikel 7:611 BW op de verhouding tussen de inlener en de uitzendwerknemer. Het Hof Leeuwarden neemt wel aan dat bij de beoordeling van bepaalde concrete gedragingen van de opdrachtgever tegenover de uitzendwerknemer een zekere reflexwerking toekomt aan artikel 7:611 BW. Die reflexwerking van artikel 7:611 BW geldt dan echter niet bij het beëindigen van de terbeschikkingstelling door de opdrachtgever. Een gedraging van de opdrachtgever die diffamerend is jegens de uitzendwerknemer kan op grond van deze reflexwerking worden aangemerkt als een onrechtmatige daad van de opdrachtgever tegenover de uitzendwerknemer (zie bijv. Ktr. Sneek 10 november 2006, *JAR* 2007/153). In bijzondere omstandigheden kan in geval van het door de opdrachtgever zonder goede reden beëindigen van de terbeschikkingstelling wel sprake zijn van misbruik van bevoegdheid door de opdrachtgever. Dat is bijvoorbeeld aan de orde wanneer de opdrachtgever de terbeschikkingstelling van de uitzendkracht beëindigt om discriminatoire redenen (zie Pres. Rb. Leeuwarden, 3 maart 1999, *KG* 1999/108).

In zijn arresten van 17 maart 2015 en 14 april 2015 betreft het Hof Arnhem-Leeuwarden artikel

7:611 BW helemaal niet bij zijn beoordeling van de beëindiging van de terbeschikkingstelling van de uitzendkracht. Het hof overweegt dat de opdrachtgever de inzet van de betrokken uitzendkrachten zonder opgave van redenen kon beëindigen en de uitzendkrachten op basis van hun arbeidsovereenkomsten met het uitzendbureau geen wedertewerkstelling bij de opdrachtgever kunnen afdwingen.

4. Allocatiefunctie uitzendbureau rechtvaardigt dat de uitzendwerknemer geen wedertewerkstelling kan afdwingen bij opdrachtgever uitzendbureau

De allocatiefunctie van het uitzendbureau kan worden gezien als een rechtvaardiging voor het feit dat de uitzendwerknemer, anders dan een gewone werknemer, in beginsel geen wedertewerkstelling bij de opdrachtgever kan afdwingen wanneer deze de terbeschikkingstelling van de uitzendwerknemer beëindigt. De opdrachtgever ging de uitzendovereenkomst aan met het oog op de flexibele inzet van de uitzendwerknemer en het bedrijfsmodel van de uitzendwerkgever is erop gericht de uitzendwerknemer na de beëindiging van de terbeschikkingstelling zo snel mogelijk onder te brengen bij een andere opdrachtgever. In mijn dissertatie betoog ik dat wanneer de opdrachtgever in dergelijke situaties niet de nodige zorgvuldigheid in acht neemt tegenover de uitzendwerknemer en bijvoorbeeld een langdurige terbeschikkingstelling zomaar of om een onheuse reden beëindigt, de uitzendwerkgever de verplichting heeft daartegen te protesteren bij de opdrachtgever of daartegen op een andere manier actie moet ondernemen (zie J.P.H. Zwemmer, *Pluraliteit van werkgeverschap*, Deventer: Kluwer 2012, par. 4.8.1). Doet de uitzendwerkgever dit niet en gaat hij in plaats daarvan zonder protest akkoord met de beëindiging van de terbeschikkingstelling van de uitzendwerknemer (en eventueel daarna zelf over tot het ontslag van de uitzendwerknemer), dan zou hij zich tegenover de uitzendwerknemer niet als een goed werkgever gedragen in de zin van artikel 7:611 BW.

In arbeidsrechtelijke driehoeksverhoudingen waarin de werkgever geen allocatiefunctie vervult op de arbeidsmarkt ontbreekt deze rechtvaardiging voor het door de uitzendwerknemer niet kunnen afdwingen van wedertewerkstelling bij de opdrachtgever. Dat kan mijns inziens eveneens het geval zijn in situaties waarin de terbeschikkingstelling van de werknemer, ondanks de door zijn werkgever vervulde allocatiefunctie op de arbeidsmarkt, een permanent en exclusief karakter heeft. Toch wordt in de lagere rechtspraak ook in dergelijke situaties geoordeeld dat de opdrachtgever de tewerkstelling van de werknemer zonder opgave van redenen kan beëindigen omdat tussen de opdrachtgever en deze werknemer geen arbeidsovereenkomst bestaat. In de hiervoor aangehaalde uitspraak van het Hof Leeuwarden uit 2006 was de werkneemster door facilitair dienstverlener ISS als kantine medewerkster tewerkgesteld bij DSM; in de uitspraak van de kantonrechter te Maastricht was de werknemer als payrollwerknemer gedurende zeven jaar werkzaam voor

dezelfde opdrachtgever; in de uitspraak van het Hof Leeuwarden uit 2010 was de werknemer gedurende elf jaar op dezelfde werkplek werkzaam als metaalbewerker en in de uitspraak van de kantonrechter te Sneek was de werknemer gedurende zeventien jaar gedetacheerd bij de gemeente Skarsterlân. Ook in de arresten van het Hof Arnhem-Leeuwarden van 17 maart 2015 en 14 april 2015 die de aanleiding vormen voor dit commentaar waren de werknemers gedurende lange periodes, respectievelijk twaalf en vier jaar, werkzaam bij dezelfde opdrachtgever.

5. Het recht op wedertewerkstelling van de permanent en exclusief voor één opdrachtgever werkzame werknemer

Dat ook bij een permanent en exclusief voor één opdrachtgever werkzame werknemer het formele aspect van het ontbreken van een arbeidsovereenkomst met de opdrachtgever in de weg staat aan toewijzing van een vordering tot wedertewerkstelling, laat zich moeilijk rijmen met de in de lagere rechtspraak aangehouden regel dat deze vordering in beginsel wordt toegewezen tenzij zeer goede gronden bestaan voor een op non-actiestelling van de werknemer. Opvallend in dit verband is dat dit ontbreken van een directe contractuele band voor rechters geen belemmering vormt bij de toewijzing van een vordering tot wedertewerkstelling van de intra-concern gedetacheerde werknemer. Daarbij doel ik op de situatie waarin één groepsmaatschappij – een (sub)holdingmaatschappij of personeels-BV – fungeert als contractuele werkgever van alle bij de verschillende groepsmaatschappijen werkzame werknemers. Het ontbreken van een arbeidsovereenkomst met de groepsmaatschappij waarbij de werknemer werkzaam is, vormt zelfs geen punt van aandacht in de overwegingen van rechters bij de beoordeling van een vordering tot wedertewerkstelling van de intra-concern gedetacheerde werknemer (vgl. o.a. Hof Amsterdam 10 juni 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:2223 en Hof Amsterdam 14 februari 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BV8922). Als het om een vordering tot wedertewerkstelling gaat, zijn het groepslidmaatschap van de werkgever en de groepsmaatschappij waarbij de werknemer gedetacheerd was voldoende. Rechters lijken hier de personeels-BV en de groepsmaatschappij waarbij de werknemer intra-concern gedetacheerd is stilzwijgend te vereenzelvigen. Op zichzelf is dat goed te begrijpen. Anders zouden werknemers die werkzaam zijn binnen een groep waarin één groepsmaatschappij fungeert als centrale werkgever nooit wedertewerkstelling kunnen vorderen.

Ook in situaties waarin de werkgever en de opdrachtgever niet deel uitmaken van dezelfde groep, maar waarin de werknemer eveneens permanent en exclusief voor één opdrachtgever werkzaam is, zou de werknemer wedertewerkstelling moeten kunnen afdwingen bij de opdrachtgever. De permanent en exclusief voor één opdrachtgever werkzame werknemer kan belang hebben bij wedertewerkstelling bij die opdrachtgever wanneer de tewerkstelling

zonder goede reden werd beëindigd en ook in verband met de negatieve consequenties die de beëindiging van de tewerkstelling heeft voor de arbeidsrechtelijke positie van de werknemer. Zo kan de beëindiging van de tewerkstelling door de opdrachtgever meebrengen dat de arbeidsovereenkomst met de contractuele werkgever wordt beëindigd als deze de werknemer niet op korte termijn bij een andere opdrachtgever kan plaatsen. Vereenzelviging van werkgever en opdrachtgever in het kader van een vordering tot wedertewerkstelling is hier echter geen juridisch houdbare optie omdat geen sprake is van een groepsverhouding tussen werkgever en opdrachtgever. Toch hoeft het ontbreken van een contractuele relatie met de opdrachtgever mijns inziens ook in deze situatie geen belemmering te zijn voor toewijzing van de vordering tot wedertewerkstelling bij de opdrachtgever. Zo zou de afspraak in de overeenkomst van opdracht tussen werkgever en opdrachtgever, dat de werknemer (permanent en exclusief) tewerk wordt gesteld bij de opdrachtgever, kunnen worden aangemerkt als een derdenbeding ten behoeve van de werknemer. Aanvaarding van dit derdenbeding – die dan besloten zou liggen in de omstandigheid dat de werknemer bij de opdrachtgever is gaan werken – maakt de werknemer partij bij de overeenkomst van opdracht tussen de werkgever en de opdrachtgever (art. 6:254 lid 1 BW. Zie hierover nader Zwemmer, 2012, par. 2.4.4). Daarmee heeft de werknemer als partij bij deze overeenkomst de mogelijkheid direct nakoming van de afgesproken tewerkstelling te vorderen bij de opdrachtgever. Daarbij kan de rechter mede betrekken dat artikel 7:611 BW, hoewel daarin wordt gesproken van verplichtingen van ‘de werkgever en de werknemer’, ook betekenis kan hebben bij een beëindiging van de tewerkstelling door de opdrachtgever. Bij gelegenheid van de invoering van titel 10 Boek 7 BW in het begin van de jaren negentig heeft de regering medegedeeld dat artikel 7:611 BW ‘niet slechts ziet op de bedoelingen van partijen onderling, maar ook op voor het arbeidsrecht relevante verhoudingen en ontwikkelingen’ (*Kamerstukken II 1993/94, 23438, 3, p. 15*).

In de overeenkomst van opdracht tussen werkgever en opdrachtgever zal niet altijd zijn afgesproken dat de werknemer (permanent en exclusief) bij de opdrachtgever wordt tewerkgesteld. In dat geval zou de werknemer de opdrachtgever op grond van onrechtmatige daad kunnen aanspreken bij een in zijn ogen onterechte beëindiging van de tewerkstelling en een zogenoemde gebodsactie kunnen instellen op grond waarvan de opdrachtgever wordt verplicht de werknemer toe te laten tot de werkzaamheden (zie C.J. van Zeben en J.W. du Pon, met medewerking van M.M. Olthof, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 6*, Deventer: Kluwer 1981, p. 613). Dat de opdrachtgever op grond van onrechtmatige daad door de aan hem ter beschikking gestelde werknemer kan worden gehouden aan een ‘werkgeversverplichting’ in titel 10 Boek 7 BW bleek eerder bij de zorgplicht van de werkgever ex artikel 7:658 BW. In 1990 oordeelde de Hoge Raad dat de opdrachtgever door de aan hem ter beschikking gestelde werknemer op grond van onrechtmatige daad kan

worden aangesproken voor een tekortschieten in de in artikel 7:658 BW neergelegde zorgplicht van de werkgever en ook dan het thans in artikel 7:658 lid 2 BW bepaalde ten aanzien van de (omkering van de) bewijslast gold (HR 15 juni 1990, *NJ* 1990/716 m.nt. Stein (Stormer/Vedox)). Later is de via artikel 6:162 BW aangenomen zorgplicht ex artikel 7:658 BW van de opdrachtgever gecodificeerd in het vierde lid van artikel 7:658 BW. De opdrachtgever zou hier natuurlijk kunnen stellen dat geen sprake is van onrechtmatigheid zijnerzijds omdat het hem op grond van de opdrachtovereenkomst vrijstaat de tewerkstelling van de werknemer zonder reden te beëindigen. Echter, de werknemer kan hierdoor als belanghebbende derde bij de opdrachtovereenkomst wel geschaad zijn. Bijvoorbeeld omdat de tewerkstelling op een onterechte grond werd beëindigd en omdat dit ten koste gaat van zijn arbeidsrechtelijke positie omdat hij nu zijn werk kwijt is en de werkgever hem niet – op korte termijn – tewerk kan stellen bij een andere opdrachtgever. Gelet op de nauw bij de opdrachtovereenkomst betrokken belangen van de werknemer en het nadeel dat hij leidt als gevolg van de beëindiging van de opdrachtovereenkomst, zou de opdrachtgever jegens hem onrechtmatig handelen wanneer deze de opdrachtovereenkomst zonder goede grond beëindigt. In het Vleesmeesters-arrest (HR 24 september 2004, *NJ* 2008/587 m.nt. Du Perron en herhaald in HR 21 december 2012, *NJ* 2013/46) heeft de Hoge Raad geoordeeld dat, indien de belangen van een derde zo nauw zijn betrokken bij de behoorlijke uitvoering van de overeenkomst dat hij schade of ander nadeel kan lijden als een contractant in die uitvoering tekortschiet, de normen van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, kunnen meebrengen dat die contractant deze belangen dient te ontzien door zijn gedrag mede door die belangen te laten bepalen. Du Perron analyseert de overwegingen van de Hoge Raad in het Vleesmeesters-arrest aldus dat de kern van de vraag naar de zorgvuldigheid van contractspartijen tegenover derden niet is ‘of de ene partij tegenover de andere tekortschiet (de wanprestatie), maar of die partij zijn gedrag mede door de belangen van de betrokken derde moet laten bepalen, doordat de overeenkomst een schakel is gaan vormen in het rechtsverkeer waarmee de belangen van die derde nauw zijn verbonden’. Een partij kan daardoor ook in een situatie waarin geen sprake is van wanprestatie onrechtmatig handelen jegens een nauw bij de overeenkomst betrokken derde indien zij de belangen en gerechtvaardigde verwachtingen van deze derde veronachtzaamt (zie hierover nader punt 6 en 7 van mijn commentaar op www.ar-updates bij Hof Arnhem-Leeuwarden 16 juli 2013, AR 2013-0560).

6. Payrolling en wedertewerkstelling

Of de werknemer die meent dat zijn tewerkstelling bij de opdrachtgever op onterechte gronden is beëindigd wedertewerkstelling bij de opdrachtgever kan afdwingen, zou als gezegd af moeten hangen van factoren als de hoedanigheid en bedrijfsactiviteiten van de werkgever,

de hierover door de werkgever met de opdrachtgever gemaakte afspraken, de wijze waarop de werknemer werkzaam was bij de opdrachtgever en de reden waarom de opdrachtgever de tewerkstelling beëindigde. Een arbeidsrechtelijke driehoeksverhouding waarbij de werknemer op basis van deze factoren naar mijn mening met succes wedertewerkstelling zou moeten kunnen vorderen is payrolling. Hierbij geeft de opdrachtgever het juridische en administratieve werkgeverschap uit handen aan een payrollbedrijf, wordt de werknemer door de opdrachtgever geworven en geselecteerd en is deze permanent en exclusief voor hem werkzaam. Payrolling is geen uitzending of een andere nieuwe vorm van arbeid, maar een contractueel alternatief voor de arbeidsovereenkomst met de eigenaar of exploitant van de onderneming waarin de werknemer de arbeid verricht. Bijkomende 'voor het arbeidsrecht relevante verhoudingen of ontwikkelingen' die kunnen bijdragen aan een toewijzing van de door de payrollwerknemer gevorderde wedertewerkstelling bij de opdrachtgever (als deze de werknemer zonder goede grond naar huis stuurde) vormen de op 1 juli 2015 in werking getreden Ontslagregeling waarin de ontslagbescherming van payrollwerknemers is gelijkgetrokken met die van werknemers die rechtstreeks in dienst zijn van de opdrachtgever en het aangekondigde wetsvoorstel tot wijziging van de Waadi in het kader van gelijke arbeidsvoorwaarden bij payrolling (zie *Kamerstukken II 2015/16, 34300-XV, 6* (bijlage)). Dit wetsvoorstel volgt op een eerder in het kader van de Wet werk en zekerheid aangenomen motie van het Kamerlid Hamer waarin de regering wordt verzocht te zorgen voor gelijke behandeling bij de arbeidsvoorwaarden tussen payrollwerknemers en werknemers die direct in dienst zijn van de opdrachtgever (*Kamerstukken II 2013/14, 33818, 43*). Kijkt de rechter echter door de payrollconstructie heen en kwalificeert hij de opdrachtgever op grond van artikel 7:610 BW als de werkgever van de payrollwerknemer, dan kan de payrollwerknemer natuurlijk direct op grond van artikel 7:611 BW wedertewerkstelling afdwingen bij de 'opdrachtgever'.

ANNOTATIE

De vordering tot wedertewerkstelling in arbeidsrechtelijke driehoeksverhoudingen

mr. dr. J.P.H. Zwemmer

1. Inleiding

In titel 10 Boek 7 BW ontbreekt een bepaling of regeling op grond waarvan de werkgever verplicht is de werknemer in staat te stellen de bedongen arbeid te verrichten. Toch wordt een vordering tot wedertewerkstelling van de werknemer altijd toegewezen wanneer de werkgever niet kan aantonen dat hij een goede reden heeft de werknemer niet toe te laten tot de werkzaamheden. De grondslag voor de verplichting tot wedertewerkstelling van de werknemer vormt dan de in artikel 7:611 BW opgenomen verplichting van de werkgever zich als een goed werkgever te gedragen. Bij uitzending en andere arbeidsrechtelijke driehoeksverhoudingen verricht de werknemer de werkzaamheden bij een opdrachtgever van de werkgever. Uit de lagere rechtspraak volgt dat een vordering tot wedertewerkstelling bij de opdrachtgever wordt afgewezen, ook wanneer de tewerkstelling van de werknemer bij de opdrachtgever zonder goede reden werd beëindigd. De omstandigheid dat sprake is van een arbeidsrechtelijke driehoeksverhouding staat naar het oordeel van deze rechters in de weg aan toewijzing van een vordering tot wedertewerkstelling bij de opdrachtgever. Zo ook in arresten van het Hof Arnhem-Leeuwarden van 17 maart 2015 en 14 april 2015. Het hof wijst de door de werknemer gevorderde wedertewerkstelling bij de opdrachtgever af omdat tussen hen geen arbeidsovereenkomst bestaat. Op de werkgever, en niet op de opdrachtgever waarbij de werknemer wordt tewerkgesteld, rust de verplichting zich jegens de werknemer als een goed werkgever te gedragen. Daarom kan tegenover de opdrachtgever geen beroep worden gedaan op een op artikel 7:611 BW gebaseerde vordering tot (weder)tewerkstelling. Deze formele benadering verhoudt zich niet met de toename, zowel in aantal als in verscheidenheid, van arbeidsrechtelijke driehoeksverhoudingen en de geringe rol die de werkgever daarin vaak speelt bij de feitelijke uitvoering van de arbeidsovereenkomst.

2. Het recht op (weder)tewerkstelling van de werknemer

In de eerste ontwerpversie van de Wet op de arbeidsovereenkomst 1907 was bij de thans in artikel 7:616 BW opgenomen verplichting van de werkgever het loon op tijd te betalen aan de werknemer eveneens bepaald dat de werkgever verplicht was 'om den arbeider eene voldoende mate van den bij de overeenkomst bedongen arbeid te verschaffen' (zie A.E. Bles, De wet op de arbeidsovereenkomst, deel II, Den Haag: Belinfante 1907, p. 438). Deze verplichting is voor de indiening van het wetsontwerp geschrapt omdat de verplichting de werknemer tewerk te stellen naar mening van de regering niet op eenzelfde wijze als de verplichting tot tijdige betaling van het loon als bestanddeel van de arbeidsovereenkomst kon worden beschouwd. In de memorie van toelichting werd daar echter aan toegevoegd dat ook zonder uitdrukkelijke wetsbepaling niet hoefde te worden gevreesd dat de werkgever de werknemer 'lichtelijk zonder voldoende mate van arbeid zal laten' omdat de werkgever dan in strijd zou handelen met zijn verplichtingen als goed werkgever, zoals thans neergelegd in artikel 7:611 BW (zie Bles 1907, p. 438). In de memorie van antwoord bij de Wet op de arbeidsovereenkomst herhaalt de regering dat de werknemer niet 'zonder meer' een recht op tewerkstelling heeft en deelt zij mee dat de werknemer uitdrukkelijk kan bedingen 'dat de werkgever hem steeds een voldoende mate van arbeid zal verschaffen, maar zonder zoodanig beding geldt de verplichting daartoe van de zijde des werkgevers niet, tenzij in zoodanige bijzondere gevallen, waarin de aard der overeenkomst die verplichting ondubbelzinnig medebrengt' (zie Bles 1907, p. 439).

Ook de Hoge Raad is terughoudend bij het aannemen van een verplichting van de werkgever de werknemer in staat te stellen de arbeid te verrichten. In zijn arrest van 26 maart 1965, *NJ* 1965/163 m.nt. Scholten (Walsweer e.a./Acmesa) oordeelde de Hoge Raad onder verwijzing naar voormelde wetsgeschiedenis dat de wetgever, ten aanzien van de vraag of de werkgever verplicht is de werknemer in staat te stellen de overeengekomen arbeid te verrichten, geen algemene regel heeft willen stellen, maar het antwoord op de vraag heeft willen laten afhangen van de verplichting van de werkgever zich als goed werkgever te gedragen. Dat goedwerkgeverschap speelt bij de verplichting de werknemer in staat te stellen de overeengekomen arbeid te verrichten met name een rol in verband met het diffamerende effect dat uitgaat van een op non-actiefstelling. Of in een concreet geval recht bestaat op (weder)tewerkstelling hangt naar het oordeel van de Hoge Raad af van de aard van de dienstbetrekking, de overeengekomen arbeid en van de bijzondere omstandigheden van elk geval. De Hoge Raad herhaalde dit in zijn arresten van 25 januari 1980, *NJ* 1980/264 m.nt. Stein; 27 mei 1983, *NJ* 1983/758 en HR 12 mei 1989, *NJ* 1989/801 m.nt. Stein. In zijn noot bij het arrest van de Hoge Raad uit 1980 pleit Stein voor een terughoudende opstelling van de rechter bij het toewijzen van een vordering tot wedertewerkstelling van de werknemer. Hij wijst er daarbij op dat de redenen voor de weigering een bepaalde werknemer toe te laten dikwijls samenhangen met de gecompliceerde verhoudingen op de werkplaats, die een buitenstaander

niet gemakkelijk kan voorzien. Daarom moeten er, zo stelt Stein, 'duidelijke aanwijzingen zijn, om een ingrijpen van de rechter te rechtvaardigen. Anders zou immers aan de verantwoordelijkheid van de werkgever voor de gang van zaken op de arbeidsplaats worden tekortgedaan; een verantwoordelijkheid die op hem rust mede in het belang van de overige werknemers'. Stein constateert echter (in zijn noot uit 1980) dat de jurisprudentie van de Hoge Raad in de lagere rechtspraak zo wordt opgevat dat de werkgever de werknemer slechts op grond van een verdedigbaar motief mag schorsen. Dat laatste is, ook na de hiervoor aangehaalde drie arresten van de Hoge Raad uit de jaren tachtig, steeds de norm gebleven in de lagere rechtspraak. In hun analyse van twintig jaar gepubliceerde (lagere) rechtspraak uit 2014 stellen Boot en Bokx-Boom vast dat de lagere jurisprudentie het recht op tewerkstelling tot uitgangspunt neemt (G.C. Boot en S.H. Bokx-Boom, 'Het recht op tewerkstelling', *TRA* 2014/41). Hier geldt de regel dat de vordering tot wedertewerkstelling in beginsel wordt toegewezen tenzij de werkgever aantoont dat hij zeer goede gronden heeft voor een op non-actiefstelling van de werknemer.

De in de lagere rechtspraak ontwikkelde regel dat de vordering tot wedertewerkstelling in beginsel wordt toegewezen vindt in de lagere rechtspraak echter geen toepassing wanneer sprake is van een arbeidsrechtelijke driehoeksverhouding. Hier verricht de werknemer de arbeid bij een opdrachtgever van zijn werkgever. In deze situatie oordelen lagere rechters dat het ontbreken van een arbeidsovereenkomst tussen de werknemer en de opdrachtgever in de weg staat aan toewijzing van een vordering tot wedertewerkstelling bij de opdrachtgever.

3. De uitzendovereenkomst ex artikel 7:690 BW en het recht op wedertewerkstelling

Bij de parlementaire behandeling van de regeling van de uitzendovereenkomst is kort ingegaan op de betekenis van de redelijkheid en billijkheid gedurende de tijd dat een uitzendbeding in de zin van artikel 7:691 lid 2 BW van kracht is en beëindiging van de terbeschikkingstelling door de opdrachtgever meteen einde arbeidsovereenkomst betekent. In dat kader werd de vraag gesteld of in ieder geval een minimale motiveringsplicht zou moeten gelden bij de beëindiging van de terbeschikkingstelling door de opdrachtgever. De regering beantwoordde deze vraag ontkennend en deelde mee dat het specifieke karakter van de uitzendrelatie, waarbij partijen alleen en voor zover nodig gebruik maken van elkaars diensten meebrengt dat een verplichte motiveringsplicht bij de beëindiging van de terbeschikkingstelling niet nodig is als daarover geen nadere afspraken zijn gemaakt met de opdrachtgever (zie *Kamerstukken II* 1996/97, 25263, 6, p. 16). Na afloop van de periode waarin het uitzendbeding van kracht is, is in beginsel het reguliere arbeidsrecht van toepassing op de arbeidsovereenkomst van de uitzendkracht, zo voegde de regering daaraan toe. Uit de wetsgeschiedenis van de artikelen 7:690 en 7:691 BW volgt dus dat wanneer de inlener besluit tot een beëindiging van de terbeschikkingstelling van de uitzendwerknemer voor wie een

uitzendbeding geldt, hij dit niet hoeft toe te lichten aan de uitzendwerknemer, of de uitzendwerknemer in de gelegenheid moet stellen hierop te reageren. Na afloop van deze periode die doorgaans gelijk is aan de 78 weken behorende bij fase A van de ABU-cao, moet aan de hand van het reguliere arbeidsrecht worden vastgesteld wat redelijk en billijk is bij de beëindiging van de terbeschikkingstelling van de uitzendwerknemer door de opdrachtgever. Aan de hand van artikel 7:611 BW dus. Als hiervoor gesteld betekent dat niet dat dan, net als bij een gewone arbeidsovereenkomst, een vordering tot wedertewerkstelling van de uitzendkracht bij de opdrachtgever in beginsel wordt toegewezen. Omdat zij geen arbeidsovereenkomst met de opdrachtgever hebben, kunnen uitzendwerknemers geen wedertewerkstelling bij de opdrachtgever afdwingen op grond van artikel 7:611 BW (zie Ktr. Sneek 10 november 2006, *JAR* 2007/153; Hof Leeuwarden 13 december 2006, *JAR* 2007/17; Hof Leeuwarden 2 februari 2010, ECLI:NL:GHLEE:2010:BL3778 (r.o. 6); Ktr. Leeuwarden 25 oktober 2011, ECLI:NL:RBLEE:2011:BU2509 en Ktr. Maastricht 4 maart 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:1829).

De opdrachtgever hoeft zich, zoals het Hof Leeuwarden dat in zijn hiervoor aangehaalde uitspraak uit 2006 formuleerde, bij de invulling van de opdrachtovereenkomst met de uitzendwerkgever niet mede te laten leiden door de belangen van de uitzendwerknemer omdat 'juist de flexibiliteit voor de inlener een wezenlijk kenmerk is' in het samenstel van enerzijds de opdrachtovereenkomst tussen de uitzendwerkgever en de inlener en anderzijds de arbeidsovereenkomst van de uitzendwerkgever met de uitzendwerknemer. Daarom is de inlener bereid per gewerkt uur een hogere prijs te betalen dan indien hij de uitzendkracht zelf in dienst zou hebben genomen. Dit verzet zich tegen integrale overeenkomstige toepassing van artikel 7:611 BW op de verhouding tussen de inlener en de uitzendwerknemer. Het Hof Leeuwarden neemt wel aan dat bij de beoordeling van bepaalde concrete gedragingen van de opdrachtgever tegenover de uitzendwerknemer een zekere reflexwerking toekomt aan artikel 7:611 BW. Die reflexwerking van artikel 7:611 BW geldt dan echter niet bij het beëindigen van de terbeschikkingstelling door de opdrachtgever. Een gedraging van de opdrachtgever die diffamerend is jegens de uitzendwerknemer kan op grond van deze reflexwerking worden aangemerkt als een onrechtmatige daad van de opdrachtgever tegenover de uitzendwerknemer (zie bijv. Ktr. Sneek 10 november 2006, *JAR* 2007/153). In bijzondere omstandigheden kan in geval van het door de opdrachtgever zonder goede reden beëindigen van de terbeschikkingstelling wel sprake zijn van misbruik van bevoegdheid door de opdrachtgever. Dat is bijvoorbeeld aan de orde wanneer de opdrachtgever de terbeschikkingstelling van de uitzendkracht beëindigt om discriminatoire redenen (zie Pres. Rb. Leeuwarden, 3 maart 1999, *KG* 1999/108).

In zijn arresten van 17 maart 2015 en 14 april 2015 betreft het Hof Arnhem-Leeuwarden artikel

7:611 BW helemaal niet bij zijn beoordeling van de beëindiging van de terbeschikkingstelling van de uitzendkracht. Het hof overweegt dat de opdrachtgever de inzet van de betrokken uitzendkrachten zonder opgave van redenen kon beëindigen en de uitzendkrachten op basis van hun arbeidsovereenkomsten met het uitzendbureau geen wedertewerkstelling bij de opdrachtgever kunnen afdwingen.

4. Allocatiefunctie uitzendbureau rechtvaardigt dat de uitzendwerknemer geen wedertewerkstelling kan afdwingen bij opdrachtgever uitzendbureau

De allocatiefunctie van het uitzendbureau kan worden gezien als een rechtvaardiging voor het feit dat de uitzendwerknemer, anders dan een gewone werknemer, in beginsel geen wedertewerkstelling bij de opdrachtgever kan afdwingen wanneer deze de terbeschikkingstelling van de uitzendwerknemer beëindigt. De opdrachtgever ging de uitzendovereenkomst aan met het oog op de flexibele inzet van de uitzendwerknemer en het bedrijfsmodel van de uitzendwerkgever is erop gericht de uitzendwerknemer na de beëindiging van de terbeschikkingstelling zo snel mogelijk onder te brengen bij een andere opdrachtgever. In mijn dissertatie betoog ik dat wanneer de opdrachtgever in dergelijke situaties niet de nodige zorgvuldigheid in acht neemt tegenover de uitzendwerknemer en bijvoorbeeld een langdurige terbeschikkingstelling zomaar of om een onheuse reden beëindigt, de uitzendwerkgever de verplichting heeft daartegen te protesteren bij de opdrachtgever of daartegen op een andere manier actie moet ondernemen (zie J.P.H. Zwemmer, *Pluraliteit van werkgeverschap*, Deventer: Kluwer 2012, par. 4.8.1). Doet de uitzendwerkgever dit niet en gaat hij in plaats daarvan zonder protest akkoord met de beëindiging van de terbeschikkingstelling van de uitzendwerknemer (en eventueel daarna zelf over tot het ontslag van de uitzendwerknemer), dan zou hij zich tegenover de uitzendwerknemer niet als een goed werkgever gedragen in de zin van artikel 7:611 BW.

In arbeidsrechtelijke driehoeksverhoudingen waarin de werkgever geen allocatiefunctie vervult op de arbeidsmarkt ontbreekt deze rechtvaardiging voor het door de uitzendwerknemer niet kunnen afdwingen van wedertewerkstelling bij de opdrachtgever. Dat kan mijns inziens eveneens het geval zijn in situaties waarin de terbeschikkingstelling van de werknemer, ondanks de door zijn werkgever vervulde allocatiefunctie op de arbeidsmarkt, een permanent en exclusief karakter heeft. Toch wordt in de lagere rechtspraak ook in dergelijke situaties geoordeeld dat de opdrachtgever de tewerkstelling van de werknemer zonder opgave van redenen kan beëindigen omdat tussen de opdrachtgever en deze werknemer geen arbeidsovereenkomst bestaat. In de hiervoor aangehaalde uitspraak van het Hof Leeuwarden uit 2006 was de werkneemster door facilitair dienstverlener ISS als kantinemedewerkster tewerkgesteld bij DSM; in de uitspraak van de kantonrechter te Maastricht was de werknemer als payrollwerknemer gedurende zeven jaar werkzaam voor

dezelfde opdrachtgever; in de uitspraak van het Hof Leeuwarden uit 2010 was de werknemer gedurende elf jaar op dezelfde werkplek werkzaam als metaalbewerker en in de uitspraak van de kantonrechter te Sneek was de werknemer gedurende zeventien jaar gedetacheerd bij de gemeente Skarsterlân. Ook in de arresten van het Hof Arnhem-Leeuwarden van 17 maart 2015 en 14 april 2015 die de aanleiding vormen voor dit commentaar waren de werknemers gedurende lange periodes, respectievelijk twaalf en vier jaar, werkzaam bij dezelfde opdrachtgever.

5. Het recht op wedertewerkstelling van de permanent en exclusief voor één opdrachtgever werkzame werknemer

Dat ook bij een permanent en exclusief voor één opdrachtgever werkzame werknemer het formele aspect van het ontbreken van een arbeidsovereenkomst met de opdrachtgever in de weg staat aan toewijzing van een vordering tot wedertewerkstelling, laat zich moeilijk rijmen met de in de lagere rechtspraak aangehouden regel dat deze vordering in beginsel wordt toegewezen tenzij zeer goede gronden bestaan voor een op non-actiestelling van de werknemer. Opvallend in dit verband is dat dit ontbreken van een directe contractuele band voor rechters geen belemmering vormt bij de toewijzing van een vordering tot wedertewerkstelling van de intra-concern gedetacheerde werknemer. Daarbij doel ik op de situatie waarin één groepsmaatschappij – een (sub)holdingmaatschappij of personeels-BV – fungeert als contractuele werkgever van alle bij de verschillende groepsmaatschappijen werkzame werknemers. Het ontbreken van een arbeidsovereenkomst met de groepsmaatschappij waarbij de werknemer werkzaam is, vormt zelfs geen punt van aandacht in de overwegingen van rechters bij de beoordeling van een vordering tot wedertewerkstelling van de intra-concern gedetacheerde werknemer (vgl. o.a. Hof Amsterdam 10 juni 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:2223 en Hof Amsterdam 14 februari 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BV8922). Als het om een vordering tot wedertewerkstelling gaat, zijn het groepslidmaatschap van de werkgever en de groepsmaatschappij waarbij de werknemer gedetacheerd was voldoende. Rechters lijken hier de personeels-BV en de groepsmaatschappij waarbij de werknemer intra-concern gedetacheerd is stilzwijgend te vereenzelvigen. Op zichzelf is dat goed te begrijpen. Anders zouden werknemers die werkzaam zijn binnen een groep waarin één groepsmaatschappij fungeert als centrale werkgever nooit wedertewerkstelling kunnen vorderen.

Ook in situaties waarin de werkgever en de opdrachtgever niet deel uitmaken van dezelfde groep, maar waarin de werknemer eveneens permanent en exclusief voor één opdrachtgever werkzaam is, zou de werknemer wedertewerkstelling moeten kunnen afdwingen bij de opdrachtgever. De permanent en exclusief voor één opdrachtgever werkzame werknemer kan belang hebben bij wedertewerkstelling bij die opdrachtgever wanneer de tewerkstelling

zonder goede reden werd beëindigd en ook in verband met de negatieve consequenties die de beëindiging van de tewerkstelling heeft voor de arbeidsrechtelijke positie van de werknemer. Zo kan de beëindiging van de tewerkstelling door de opdrachtgever meebrengen dat de arbeidsovereenkomst met de contractuele werkgever wordt beëindigd als deze de werknemer niet op korte termijn bij een andere opdrachtgever kan plaatsen. Vereenzelviging van werkgever en opdrachtgever in het kader van een vordering tot wedertewerkstelling is hier echter geen juridisch houdbare optie omdat geen sprake is van een groepsverhouding tussen werkgever en opdrachtgever. Toch hoeft het ontbreken van een contractuele relatie met de opdrachtgever mijns inziens ook in deze situatie geen belemmering te zijn voor toewijzing van de vordering tot wedertewerkstelling bij de opdrachtgever. Zo zou de afspraak in de overeenkomst van opdracht tussen werkgever en opdrachtgever, dat de werknemer (permanent en exclusief) tewerk wordt gesteld bij de opdrachtgever, kunnen worden aangemerkt als een derdenbeding ten behoeve van de werknemer. Aanvaarding van dit derdenbeding – die dan besloten zou liggen in de omstandigheid dat de werknemer bij de opdrachtgever is gaan werken – maakt de werknemer partij bij de overeenkomst van opdracht tussen de werkgever en de opdrachtgever (art. 6:254 lid 1 BW. Zie hierover nader Zwemmer, 2012, par. 2.4.4). Daarmee heeft de werknemer als partij bij deze overeenkomst de mogelijkheid direct nakoming van de afgesproken tewerkstelling te vorderen bij de opdrachtgever. Daarbij kan de rechter mede betrekken dat artikel 7:611 BW, hoewel daarin wordt gesproken van verplichtingen van ‘de werkgever en de werknemer’, ook betekenis kan hebben bij een beëindiging van de tewerkstelling door de opdrachtgever. Bij gelegenheid van de invoering van titel 10 Boek 7 BW in het begin van de jaren negentig heeft de regering medegedeeld dat artikel 7:611 BW ‘niet slechts ziet op de bedoelingen van partijen onderling, maar ook op voor het arbeidsrecht relevante verhoudingen en ontwikkelingen’ (*Kamerstukken II 1993/94, 23438, 3, p. 15*).

In de overeenkomst van opdracht tussen werkgever en opdrachtgever zal niet altijd zijn afgesproken dat de werknemer (permanent en exclusief) bij de opdrachtgever wordt tewerkgesteld. In dat geval zou de werknemer de opdrachtgever op grond van onrechtmatige daad kunnen aanspreken bij een in zijn ogen onterechte beëindiging van de tewerkstelling en een zogenoemde gebodsactie kunnen instellen op grond waarvan de opdrachtgever wordt verplicht de werknemer toe te laten tot de werkzaamheden (zie C.J. van Zeben en J.W. du Pon, met medewerking van M.M. Olthof, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 6*, Deventer: Kluwer 1981, p. 613). Dat de opdrachtgever op grond van onrechtmatige daad door de aan hem ter beschikking gestelde werknemer kan worden gehouden aan een ‘werkgeversverplichting’ in titel 10 Boek 7 BW bleek eerder bij de zorgplicht van de werkgever ex artikel 7:658 BW. In 1990 oordeelde de Hoge Raad dat de opdrachtgever door de aan hem ter beschikking gestelde werknemer op grond van onrechtmatige daad kan

worden aangesproken voor een tekortschieten in de in artikel 7:658 BW neergelegde zorgplicht van de werkgever en ook dan het thans in artikel 7:658 lid 2 BW bepaalde ten aanzien van de (omkering van de) bewijslast gold (HR 15 juni 1990, *NJ* 1990/716 m.nt. Stein (Stormer/Vedox)). Later is de via artikel 6:162 BW aangenomen zorgplicht ex artikel 7:658 BW van de opdrachtgever gecodificeerd in het vierde lid van artikel 7:658 BW. De opdrachtgever zou hier natuurlijk kunnen stellen dat geen sprake is van onrechtmatigheid zijnerzijds omdat het hem op grond van de opdrachtovereenkomst vrijstaat de tewerkstelling van de werknemer zonder reden te beëindigen. Echter, de werknemer kan hierdoor als belanghebbende derde bij de opdrachtovereenkomst wel geschaad zijn. Bijvoorbeeld omdat de tewerkstelling op een onterechte grond werd beëindigd en omdat dit ten koste gaat van zijn arbeidsrechtelijke positie omdat hij nu zijn werk kwijt is en de werkgever hem niet – op korte termijn – tewerk kan stellen bij een andere opdrachtgever. Gelet op de nauw bij de opdrachtovereenkomst betrokken belangen van de werknemer en het nadeel dat hij leidt als gevolg van de beëindiging van de opdrachtovereenkomst, zou de opdrachtgever jegens hem onrechtmatig handelen wanneer deze de opdrachtovereenkomst zonder goede grond beëindigt. In het Vleesmeesters-arrest (HR 24 september 2004, *NJ* 2008/587 m.nt. Du Perron en herhaald in HR 21 december 2012, *NJ* 2013/46) heeft de Hoge Raad geoordeeld dat, indien de belangen van een derde zo nauw zijn betrokken bij de behoorlijke uitvoering van de overeenkomst dat hij schade of ander nadeel kan lijden als een contractant in die uitvoering tekortschiet, de normen van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, kunnen meebrengen dat die contractant deze belangen dient te ontzien door zijn gedrag mede door die belangen te laten bepalen. Du Perron analyseert de overwegingen van de Hoge Raad in het Vleesmeesters-arrest aldus dat de kern van de vraag naar de zorgvuldigheid van contractspartijen tegenover derden niet is ‘of de ene partij tegenover de andere tekortschiet (de wanprestatie), maar of die partij zijn gedrag mede door de belangen van de betrokken derde moet laten bepalen, doordat de overeenkomst een schakel is gaan vormen in het rechtsverkeer waarmee de belangen van die derde nauw zijn verbonden’. Een partij kan daardoor ook in een situatie waarin geen sprake is van wanprestatie onrechtmatig handelen jegens een nauw bij de overeenkomst betrokken derde indien zij de belangen en gerechtvaardigde verwachtingen van deze derde veronachtzaamt (zie hierover nader punt 6 en 7 van mijn commentaar op www.ar-updates.nl bij Hof Arnhem-Leeuwarden 16 juli 2013, AR 2013-0560).

6. Payrolling en wedertewerkstelling

Of de werknemer die meent dat zijn tewerkstelling bij de opdrachtgever op onterechte gronden is beëindigd wedertewerkstelling bij de opdrachtgever kan afdwingen, zou als gezegd af moeten hangen van factoren als de hoedanigheid en bedrijfsactiviteiten van de werkgever,

de hierover door de werkgever met de opdrachtgever gemaakte afspraken, de wijze waarop de werknemer werkzaam was bij de opdrachtgever en de reden waarom de opdrachtgever de tewerkstelling beëindigde. Een arbeidsrechtelijke driehoeksverhouding waarbij de werknemer op basis van deze factoren naar mijn mening met succes wedertewerkstelling zou moeten kunnen vorderen is payrolling. Hierbij geeft de opdrachtgever het juridische en administratieve werkgeverschap uit handen aan een payrollbedrijf, wordt de werknemer door de opdrachtgever geworven en geselecteerd en is deze permanent en exclusief voor hem werkzaam. Payrolling is geen uitzending of een andere nieuwe vorm van arbeid, maar een contractueel alternatief voor de arbeidsovereenkomst met de eigenaar of exploitant van de onderneming waarin de werknemer de arbeid verricht. Bijkomende 'voor het arbeidsrecht relevante verhoudingen of ontwikkelingen' die kunnen bijdragen aan een toewijzing van de door de payrollwerknemer gevorderde wedertewerkstelling bij de opdrachtgever (als deze de werknemer zonder goede grond naar huis stuurde) vormen de op 1 juli 2015 in werking getreden Ontslagregeling waarin de ontslagbescherming van payrollwerknemers is gelijkgetrokken met die van werknemers die rechtstreeks in dienst zijn van de opdrachtgever en het aangekondigde wetsvoorstel tot wijziging van de Waadi in het kader van gelijke arbeidsvoorwaarden bij payrolling (zie *Kamerstukken II* 2015/16, 34300-XV, 6 (bijlage)). Dit wetsvoorstel volgt op een eerder in het kader van de Wet werk en zekerheid aangenomen motie van het Kamerlid Hamer waarin de regering wordt verzocht te zorgen voor gelijke behandeling bij de arbeidsvoorwaarden tussen payrollwerknemers en werknemers die direct in dienst zijn van de opdrachtgever (*Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 43). Kijkt de rechter echter door de payrollconstructie heen en kwalificeert hij de opdrachtgever op grond van artikel 7:610 BW als de werkgever van de payrollwerknemer, dan kan de payrollwerknemer natuurlijk direct op grond van artikel 7:611 BW wedertewerkstelling afdwingen bij de 'opdrachtgever'.