

Nieuwsbrief AR Updates - Nummer 51, 2015

Nummer 51, 2015

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

INHOUDSOPGAVE

Hof van Justitie van de Europese Unie

Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2015:821 17-12-2015

Union des syndicats de l'immobilier (UNIS)/Ministre du Travail, de l'Emploi et de la Formation professionnelle et du Dialogue social, Syndicat national des résidences de tourisme (SNRT) e.a.

Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2015:827 17-12-2015

X-Steuerberatungsgesellschaft/Finanzamt Hannover-Nord

Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2015:831 17-12-2015

María Auxiliadora Arjona Camacho/Securitas Seguridad España

Hoge Raad

Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2015:3628 18-12-2015

X/Pensioenfondsen

Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2015:3623 18-12-2015

Stichting Kempisch Centrum voor Muziek & Dans/werknemer

Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2015:3617 18-12-2015

TomTom International B.V./CFO van TomTom

Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2015:3634 18-12-2015

werknemers/Balans Schoonmaak- en bedrijfsdiensten

Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2015:3620 18-12-2015

werkgever c.s./Stichting Naleving CAO voor Uitzendkrachten

Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2015:3609 18-12-2015

103 werknemers/de Europese Ruimtevaartorganisatie (European Space Agency; ESA)

Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2015:3626 18-12-2015

Stichting Bedrijfstakpensioenfondsen voor de Bouwnijverheid/werknemer

Hof

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2015:5254 15-12-2015

Stichting Magentazorg/werknemer

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2015:5252 15-12-2015

Stichting Opleidings- en Ontwikkelingsfonds Beroepsgoederenvervoer over de weg en verhuur van kranen/Sleep en takeldienst X BV

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2015:5200 15-12-2015

werknemer/X Amsterdam BV

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2015:5229 15-12-2015

Vereniging van middenkader en hoger personeel van MSD en 128 werknemers/Merck Sharp & Dohme B.V., Intervet International B.V. en Organon (MSD)

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2015:5259 15-12-2015

werknemers/X BV

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2015:9262 08-12-2015

X Drukkers B.V./werknemer

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2015:5085 01-12-2015

Aviflora/werkneemster

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2015:5092 01-12-2015

CSU Personeel BV/werknemers

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2015:5019 01-12-2015

The Last Waterhole/werknemer

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2015:5083 01-12-2015

Stichting Onze Lieve Vrouwe Gasthuis/erven van werkneemster

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2015:4645 19-11-2015

werkgever/werknemer

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2015:8066 27-10-2015

werknemer/Achmea Schadeverzekering

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2015:1287 07-04-2015

werknemer/Stichting Leerorkest

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2015:5115 07-04-2015

X/Y

Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2015:3402 07-04-2015

X/Stichting Schaderegelingskantoor voor rechtsbijstandverzekering

Rechtbank

Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2015:11230 18-12-2015

X/PostNL Pakketten Benelux B.V.

Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2015:11232 18-12-2015

X/PostNL Pakketten Benelux B.V.

Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2015:11226 18-12-2015

X/PostNL Pakketten Benelux B.V.

Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2015:14811 17-12-2015

werknemster/Action Nederland B.V.

Rechtbank Zeeland-West-Brabant, ECLI:NL:RBZWB:2015:7968 16-12-2015

werknemster/werkgeefster

Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2015:8803 11-12-2015

werknemer/Timing Uitzendteam B.V.

Rechtbank Zeeland-West-Brabant, ECLI:NL:RBZWB:2015:8044 09-12-2015

werknemster/werkgever

Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2015:9702 09-12-2015

Imtech Marine B.V./werknemer

Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2015:8949 08-12-2015

Action Nederland B.V./werknemster

Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2015:9033 07-12-2015

X c.s./A c.s.

Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2015:8807 04-12-2015

werknemster/Stichting TriviumLindenhof

Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2015:8979 04-12-2015

X c.s./A c.s.

Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2015:10476 02-12-2015

werknemer/De Ruiterij B.V.

Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2015:9018 27-11-2015

werknemer/Q-Park Beheer B.V.

Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2015:8960 19-11-2015

werknemster/werkgeefster

Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2015:8959 19-11-2015

werknemer/werkgeefster

Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2015:9230 11-11-2015

werknemer/Coolblue B.V.

Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2015:9381 11-11-2015

CSU personeel B.V./werkneemster

Uitspraken zonder ECLI

Rechtbank Noord-Holland 11-12-2015

werknemer/Koninklijke Luchtvaart Maatschappij N.V.

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

RECHTSPRAAK

**Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor de
Bouwnijverheid/werknemer**

Zorgplicht pensioenfonds met betrekking tot informatie verzekerde.

(Vervolg op AR 2013-0100 en AR 2014-0418.) X was op 1 januari 2006 statutair directeur en grootaandeelhouder van een beheersbedrijf in de bouw. Dga's zijn niet verplicht deel te nemen in de ouderdomspensioenregeling van Bpf Bouw. Zij waren tot 1 januari 2006 wel verplicht deel te nemen in de vroegpensioenregeling van de Stichting Vroegpensioenfonds voor het UTA-personeel in het Bouwbedrijf (hierna: Stichting Vroegpensioenfonds) en in de VUT-regeling van de Stichting Vrijwillig Vervroegde Uittreding voor het Uitvoerend, Technisch en Administratief personeel in het Bouwbedrijf (hierna: VUT-Stichting). Deze laatstbedoelde regelingen tezamen gaven de deelnemers de mogelijkheid om vóór hun 65-jarige leeftijd uit te treden. Deze regelingen zijn met ingang van 1 januari 2006 afgeschaft, waarmee de verplichte deelneming is geëindigd. Aan dga's is destijds de mogelijkheid geboden in een aanvullende regeling vanaf 1 januari 2006 te participeren. X heeft het daartoe strekkende aanbod (per brief) nimmer ontvangen. In deze procedure vordert hij toelating met terugwerkende kracht tot deze regeling, dan wel schadevergoeding. De Hoge Raad (AR 2013-0100) heeft overwogen dat het aanbod van Bpf Bouw was vervat in de brief van de Stichting Vroegpensioenfonds die de eerdere regelingen beëindigde en daarmee rechtstreeks verband hield. Daarom kan, aldus de Hoge Raad, de zorgplicht die op (de rechtsvoorgangster van) Bpf Bouw rustte ten aanzien van de kennisgeving van het aanbod niet los worden gezien van de zorgplicht die op haar rustte ten aanzien van de kennisgeving van het vervallen van die eerdere regelingen. Het antwoord op de vraag in hoeverre op (de rechtsvoorgangsters van) Bpf Bouw een zodanige zorgplicht rustte, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, en daarbij is ook van belang welke voor Bpf Bouw kenbare persoonlijke en financiële belangen voor (personen als) X waren betrokken bij het tijdig treffen van een vervangende voorziening in geval van beëindiging van de bestaande vroegpensioen- en VUT-regelingen, aldus de Hoge Raad. Het verwijzigingshof oordeelde dat Bpf Bouw de zorgplicht had geschonden. In cassatie klaagt Bpf Bouw dat de informatieplicht ex artikel 17 PW niet ziet op het doen van een aanbod.

De advocaat-generaal (Rank-Berenschot) concludeert als volgt. Het beroep op artikel 17 PW faalt, daar het hof hierop niet de informatieplichtschending heeft gestaafd. R.o. 3.5 van HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4465, NJ 2013/106 luidt dat het antwoord op de vraag in hoeverre op (de rechtsvoorgangers van) Bpf Bouw een zorgplicht rustte, afhankelijk is van de omstandigheden van het geval, waarbij ook van belang is ‘welke voor Bpf Bouw kenbare persoonlijke en financiële belangen voor (personen als) werknemer waren betrokken bij het tijdig treffen van een vervangende voorziening in geval van beëindiging van de bestaande vroegpensioen- en vut-regelingen’. Het valt niet in te zien dat de inhoud van de aangeboden en misgelopen regeling geen goede indicatie kan vormen voor de persoonlijke en financiële belangen die voor (personen als) werknemer zijn betrokken bij het tijdig treffen van een vervangende voorziening in geval van beëindiging van de eerdere regelingen. Daarbij moet erop worden gewezen dat het hier niet slechts gaat over individuele belangen van werknemer, maar ook en veel algemener over persoonlijke en financiële belangen van personen als werknemer, in casu derhalve van de oudere dga's (die al veel premie hebben betaald en niet ver meer van een eventueel vervroegd pensioen zouden zijn verwijderd). Bovendien gaat het niet slechts om bekende, maar (ook) om kenbare belangen.

De Hoge Raad oordeelt als volgt. De in het middel aangevoerde klachten kunnen niet tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien artikel 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu de klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 18-12-2015

ECLI: ECLI:NL:HR:2015:3626

Zaaknummer: 14/04469

Rechters: E.J. Numann, A.H.T. Heisterkamp, G. de Groot, M.V. Polak en T.H. den Tanja-van Broek

Advocaten: H.J.W. Alt en S.F. Sagel

Wetsartikelen: 17 (oud) PW

RECHTSPRAAK

werknemers/Balans Schoonmaak- en bedrijfsdiensten

Uitleg artikel 38 CAO Schoonmaak- en Glazenwassersbedrijf: aanbiedingsplicht ontstaat vóór dat feitelijk met de contractswissel wordt aangevangen

(Cassatieberoep van AR 2014-0517.) Werknemers (een gehuwd stel) zijn ieder sinds 1 november 2004 in loondienst van Cum Laude op grond van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Zij zijn beiden werkzaam in de functie van interieurverzorger. Cum Laude had hen tot 1 januari 2014 als zodanig tewerkgesteld op de bedrijfslocatie van Den Helder Airport (DHA). Daar waren zij feitelijk al werkzaam vanaf een datum in 2001, vóór de aanvang van hun dienstverband bij Cum Laude, aanvankelijk als werknemers van CFD Facilitaire Dienstverlening B.V. Op de arbeidsovereenkomst is de CAO Schoonmaak- en Glazenwassersbedrijf zoals geldend van 1 januari 2012 tot en met 31 december 2013 van toepassing. Met ingang van 1 januari 2014 wordt het schoonmaakproject DHA gegund aan Balans. De cao is algemeen verbindend verklaard. De verbindendverklaring geldt voor het bepaalde in artikel 38 (aanbiedingsplicht van een arbeidsovereenkomst bij contractswisseling) van de cao tot en met 31 december 2013. Er is, tot dusverre, geen nieuwe collectieve arbeidsovereenkomst tot stand gekomen geldend na laatstgenoemde datum, laat staan dat zo'n nieuwe collectieve arbeidsovereenkomst algemeen verbindend is verklaard. Balans is tot 1 januari 2014 lid geweest van een werkgeversvereniging die partij is bij de cao, te weten de vereniging OSB (Ondernemersorganisatie Schoonmaak- en Bedrijfsdiensten). Zij heeft het lidmaatschap van deze vereniging met ingang van 1 januari 2014 beëindigd. Werknemers zijn of waren geen lid van een werknemersvereniging die partij is bij de cao. Centrale vraag is of op Balans een aanbiedingsplicht rustte jegens werknemers. Het hof oordeelde als volgt. Bepalend voor het al of niet bestaan van een verplichting voor de nieuwe opdrachtnemer tot het aanbieden van een arbeidsovereenkomst is kortom het moment van contractswisseling. Met betrekking tot de werkzaamheden van Balans op de bedrijfslocatie van DHA is het moment van contractswisseling 2 januari 2014, aangezien de opdracht tot het verrichten van de werkzaamheden op die locatie op 2 januari 2014 een aanvang heeft genomen en dus toen op Balans is overgegaan. Uit de casus volgt dat het bepaalde in artikel 38 van de cao op die datum tussen partijen geen werking had. Op grond van deze bepaling kan derhalve geen verplichting

van Balans worden aangenomen tot het aanbieden van arbeidsovereenkomsten aan werknemers. In cassatie gaat het om de vraag of voor Balans op grond van artikel 38 cao een aanbiedingsplicht is ontstaan jegens werknemers in het tijdvak waarin Balans aan die bepaling was gebonden, dus in de periode voor 1 januari 2014.

De Hoge Raad oordeelt als volgt. Het middel neemt tot uitgangspunt dat de inhoud van artikel 38 cao voor de beoordeling van het onderhavige geschil dient te worden aangemerkt als recht in de zin van artikel 79 RO, nu de bepaling algemeen verbindend was in het tijdvak waarin volgens werknemers op Balans de verplichting rustte om hen een arbeidsovereenkomst aan te bieden. Balans bestrijdt de juistheid van dat uitgangspunt met het betoog dat voor de uitleg van artikel 38 cao dient te worden uitgegaan van de situatie op het moment van de contractswisseling, zijnde 2 januari 2014, op welke datum artikel 38 cao niet meer algemeen verbindend was. Dit betoog is evenwel onjuist. Werknemers hebben aan hun vorderingen ten grondslag gelegd dat vóór 1 januari 2014 voor Balans een aanbiedingsplicht is ontstaan, en de juistheid van dat standpunt is inzet van het onderhavige geding. Voor de uitleg van artikel 38 cao in dit geding dient derhalve te worden uitgegaan van de periode waarin deze bepaling nog algemeen verbindend was verklaard. Dit brengt mee dat de Hoge Raad de uitleg van het hof dienaangaande op juistheid heeft te onderzoeken (zie onder meer HR 31 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:218, *NJ* 2015/122).

Artikel 38 cao strekt ertoe de betrokken werknemers te beschermen tegen de gevolgen voor hun werkgelegenheid van heraanbestedingen van schoonmaak- of glazenwasserswerk (vgl. met betrekking tot de voorloper van art. 38 cao: HR 8 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA3039, *NJ* 2007/324). De vraag of de in artikel 38 cao vermelde aanbiedingsplicht ontstaat op het moment waarop met de uitvoering van het contract wordt begonnen (in dit geval 2 januari 2014) - zoals het hof heeft aangenomen -, dan wel op een eerder moment, moet worden onderscheiden van de vraag naar welk tijdstip dient te worden beoordeeld of ten aanzien van een werknemer wordt voldaan aan de voorwaarden van artikel 38 lid 2 cao. In verband met het aldus te maken onderscheid is niet noodzakelijk dat aan het begrip 'contractswisseling', respectievelijk 'wisseling' in de diverse bepalingen van artikel 38 cao steeds dezelfde betekenis wordt toegekend. Artikel 38 lid 2 cao bepaalt dat de werkgever die door contractswisseling een object verwerft, aan de werknemers die op het moment van de wisseling op het object werkzaam zijn een arbeidsovereenkomst zal aanbieden. Bij de beantwoording van de vraag op welk moment de aanbiedingsplicht ontstaat, dient de overige inhoud van artikel 38 cao te worden betrokken. In artikel 38 lid 8 cao is onder a bepaald dat het bedrijf dat een object verliest, binnen vijf werkdagen nadat aan het bedrijf bekend is geworden dat het object wordt verloren, een opgave aan het verwervende bedrijf verstrekt van de werknemers als bedoeld in artikel 38 lid 2 cao. Het bedrijf dat een object verwerft moet een arbeidsovereenkomst

aanbieden binnen vier weken na ontvangst van de informatie van de verliezende werkgever, maar niet later dan tien werkdagen voor de ingangsdatum van het contract (art. 38 lid 8 onderdeel b cao). Daaruit volgt dat de verplichting tot aanbieding van een arbeidsovereenkomst ontstaat voordat met de uitvoering van het contract wordt begonnen. De informatie als bedoeld in artikel 38 lid 8 onderdeel a cao moet de nieuwe opdrachtnemer in staat stellen vast te stellen welke werknemers (naar verwachting zullen) voldoen aan de voorwaarden genoemd in artikel 38 lid 2 cao. De strekking van artikel 38 cao brengt mee dat die vaststelling dient plaats te vinden naar het moment waarop het contract ingaat en met de feitelijke werkzaamheden wordt begonnen. Aldus wordt bewerkstelligd dat de werkgelegenheid ook behouden blijft voor werknemers die ten tijde van het ontstaan van de aanbiedingsplicht nog niet aan de in lid 2 genoemde voorwaarden voldeden, maar op het moment waarop het nieuwe contract ingaat wel. Onder het ‘moment van de wisseling’ in lid 2 dient dan ook te worden verstaan het moment waarop ingevolge het contract met de feitelijke werkzaamheden wordt begonnen. Het voorgaande brengt mee dat in de periode waarin Balans aan artikel 38 cao gebonden was voor haar de verplichting is ontstaan om de werknemers van CLS die op 2 januari 2014 aan de voorwaarden genoemd in lid 2 van die bepaling zouden voldoen, een arbeidsovereenkomst aan te bieden overeenkomstig het bepaalde in lid 3. Het op een andere, onjuiste uitleg van artikel 38 cao gebaseerde oordeel van het hof kan niet in stand blijven.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 18-12-2015

ECLI: ECLI:NL:HR:2015:3634

Zaaknummer: 14/03882

Rechters: E.J. Numann, A.H.T. Heisterkamp, G. Snijders, G. de Groot en T.H. den Tanja-van Broek

Advocaten: M.S. van der Keur, H.J.W. Alt en S. Kousedghi

Wetsartikelen: 38 CAO Schoonmaak- en Glazenwassersbedrijf

RECHTSPRAAK

**werkgever c.s./Stichting Naleving CAO voor
Uitzendkrachten**

***Kostenveroordeling bij over en weer win en verlies, mag via
compensatie.***

(Cassatieberoep van AR 2014-0901.) Bij arrest van het Hof Amsterdam 20 mei 2014, AR 2014-0901 is geoordeeld dat SNCU terecht vorderingen jegens X maar niet jegens de holding en de werkmaatschappij heeft ingesteld. De kosten van de procedure zijn gecompenseerd. Hiertegen keren partijen zich in cassatie, stellende dat X ten onrechte de kosten van holding en werkmaatschappij draagt en dat SNCU deze kosten moeten dragen.

De advocaat-generaal (Langemeijer) concludeert als volgt. Volgens de klacht heeft het hof miskend dat indien sprake is van zelfstandige vorderingen tegen verscheidene gedaagden, het telkens gaat om een afzonderlijke processuele rechtsverhouding tussen de eisende partij (hier: de SNCU) en ieder van deze gedaagden. In dat geval behoort telkens de partij die bij uitspraak in het ongelijk wordt gesteld, te worden veroordeeld in de kosten van het geding. In het bestreden arrest is het hof in r.o. 3.5 tot de slotsom gekomen dat SNCU de werkmaatschappij en de holding ten onrechte in rechte heeft betrokken. In het dictum heeft het hof de vorderingen tegen beide vennootschappen afgewezen. Dit oordeel laat geen andere slotsom toe dan dat SNCU in de rechtsbetrekking tussen haar en de werkmaatschappij en de holding volledig in het ongelijk is gesteld. Indien het hof een compensatie van proceskosten op de voet van artikel 237 Rv heeft bedoeld, zou de klacht gegrond zijn dat het hof ten onrechte de proceskosten in de verhouding tussen deze twee vennootschappen enerzijds en SNCU anderzijds heeft gecompenseerd: in dat geval zou het hof hebben miskend dat de werkmaatschappij en de holding in dit geding voor hun eigen belang opkwamen. Het is moeilijk voorstelbaar dat dit het hof zou zijn ontgaan. Aannemelijker acht de A-G dat het hof iets anders heeft bedoeld. Er moest een afrekening van proceskosten plaatsvinden enerzijds tussen X en SNCU (in het voordeel van SNCU) en anderzijds tussen de werkmaatschappij en SNCU, onderscheidenlijk tussen de holding en SNCU (in het nadeel van SNCU). X, de werkmaatschappij en de holding werden in appel door dezelfde advocaat vertegenwoordigd en hebben telkens gezamenlijk gedingstukken ingediend. Het hof had de proceskosten precies

kunnen uitrekenen, waarna partijen die kostenveroordelingen met elkaar hadden kunnen verrekenen, maar is - kennelijk en niet onbegrijpelijk - van oordeel dat de bedragen van de kostenveroordeling over en weer elkaar niet of nauwelijks zouden ontlopen en dat in de rechtsverhouding tussen X, de werkmaatschappij en de holding onderling een verrekening zou plaatsvinden. Zo opgevat, missen de holding en de werkmaatschappij belang bij deze klacht. Middel 1 leidt daarom niet tot cassatie.

De Hoge Raad oordeelt als volgt. De in de middelen aangevoerde klachten kunnen niet tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien artikel 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu de klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 18-12-2015

ECLI: ECLI:NL:HR:2015:3620

Zaaknummer: 14/04737

Rechters: A.M.J. van Buchem-Spapens, M.V. Polak en T.H. den Tanja-van Broek

Advocaten: D.Th.J. van der Klei

Wetsartikelen: 237 Rv

RECHTSPRAAK

TomTom International B.V./CFO van TomTom

Hoogte bonus 2% pro rata voor vertrekkende bestuurder naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar. Gezag van gewijsde oordeel over beperkende werking redelijkheid en billijkheid.

(Vervolg op AR 2011-1007 en cassatieberoep van AR 2015-0257.) Deze zaak, die nu voor de tweede keer bij de Hoge Raad aan de orde is, betreft de nasleep van het kortdurende dienstverband van werknemer, als CFO, bij TomTom c.s. In de eerste bodemprocedure heeft het hof onder meer voor recht verklaard dat werknemer recht heeft op toekenning van 6000 optierechten op aandelen. Het verweer van TomTom c.s. dat dit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, heeft het hof gepasseerd. Het tegen dit hofarrest gerichte cassatieberoep is verworpen. In de onderhavige procedure heeft werknemer onder meer betaling van het met de opties gemoeide geldbedrag gevorderd. In eerste aanleg en in hoger beroep is deze vordering toegewezen. In cassatie gaat het thans in essentie om de vraag of het hof terecht heeft geoordeeld dat het beroep van TomTom c.s. op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid afstuit op het gezag van gewijsde. TomTom klaagt dat het hof is uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting omdat het heeft miskend dat in de eerste bodemprocedure, waarin het hof heeft geoordeeld dat werknemer recht heeft op 6000 optierechten, nog geen bindende beslissing was genomen over (1) de waarde van die opties op de uitoefendatum en (2) de vraag of integrale toewijzing van een met die waarde corresponderend bedrag naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Volgens het onderdeel komt aan het arrest in de eerste bodemprocedure ten aanzien van die beslissingen daarom geen gezag van gewijsde toe.

De advocaat-generaal (Timmerman) concludeert als volgt. Het hof heeft in het bestreden arrest geoordeeld 'dat in beide procedures dezelfde rechtsbetrekking aan de orde is, te weten of werknemer jegens TomTom c.s. aanspraak kan maken op de opties en het daarmee gemoeide bedrag'. Met andere woorden: in het bestreden arrest is het eerdere arrest van 16 maart 2010 aldus uitgelegd dat hierin wel degelijk ook de hoogte van het met de opties gemoeide bedrag is betrokken. Dit oordeel geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en

kan - nu het een feitelijk oordeel betreft - in cassatie alleen op begrijpelijkheid worden getoetst. Reeds hierom faalt deze rechtsklacht.

De Hoge Raad oordeelt als volgt. De in het middel aangevoerde klachten kunnen niet tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien artikel 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu de klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 18-12-2015

ECLI: ECLI:NL:HR:2015:3617

Zaaknummer: 14/05096

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

Advocaten: S.F. Sagel en M.A.J.G. Janssen

Wetsartikelen: 6:248 BW

RECHTSPRAAK

**103 werknemers/de Europese Ruimtevaartorganisatie
(European Space Agency; ESA)**

Immunitet van jurisdictie European Space Agency niet in strijd met artikel 6 EVRM. Bescherming in de alternatieve rechtsgang van ESA niet ontoereikend.

(Cassatieberoep van AR 2014-0629.) Deze zaak betreft de vraag of ESA in een door haar werknemers bij de Nederlandse rechter aanhangig gemaakt geding inzake een arbeidsrechtelijk geschil een beroep toekomt op immunitet van jurisdictie. De feiten luiden als volgt. ESA is een internationale, intergouvernementele organisatie met eigen rechtspersoonlijkheid. ESA is in 1975 opgericht bij het Verdrag tot oprichting van een Europees Ruimte-Agentschap, gesloten te Parijs op 30 mei 1975, *Trb.* 1975/123 (hierna: het ESA-Verdrag). Artikel IV van Bijlage I bij het ESA-Verdrag bepaalt dat ESA, behoudens een aantal hier niet ter zake doende uitzonderingen, immunitet van jurisdictie geniet. Werknemers (103 in totaliteit) zijn in dienst van ESA en als zodanig werkzaam voor het European Space Research and Technology Centre (ESTEC), de ESA-standplaats in Noordwijk. Omdat werknemers, die geen van allen de Nederlandse nationaliteit bezitten, ten tijde van hun indiensttreding bij ESA meer dan één jaar (resp. drie jaar voor hen die voor 1 januari 1996 in dienst traden) in Nederland woonden, worden zij op grond van de toepasselijke ESA Staff Regulations, Rules and Instructions (hierna: Staff Regulations) beschouwd als lokaal geworven personeel. Tussen werknemers en ESA is een geschil ontstaan over hun arbeidsvoorwaarden. Kort gezegd komt dit geschil erop neer dat werknemers menen dat zij ongelijk worden behandeld ten opzichte van bepaalde andere werknemers van ESA. Deze ongelijke behandeling bestaat volgens werknemers hierin dat zij, als lokaal geworven personeel, geen *expatriation allowance* (hierna: ontheemdingstoelage) ontvangen, terwijl werknemers die bij indiensttreding niet of minder dan één jaar (resp. drie jaar voor hen die voor 1 januari 1996 in dienst traden) in Nederland woonden, die toelage wel ontvangen. Volgens werknemers is dit onderscheid discriminatoir omdat zij dezelfde persoonlijke en financiële nadelen van een dienstbetrekking buiten hun land van herkomst ondervinden als de werknemers die de ontheemdingstoelage wel ontvangen. Werknemers beroepen zich voor hun stelling dat de Nederlandse rechter in dit

geval voorbij zou moeten gaan aan de in de Bijlage I bij het ESA-Verdrag aan ESA verleende immuniteit van jurisdictie, op artikel 6 EVRM. Het hof heeft geoordeeld dat van strijdigheid met artikel 6 EVRM geen sprake is. Tegen dit oordeel keren werknemers zich in cassatie.

De Hoge Raad oordeelt als volgt. Uit de rechtspraak van het EHRM volgt dat het verlenen van immuniteit van jurisdictie aan internationale organisaties in het kader van de beperking van het recht op toegang tot de rechter in de zin van artikel 6 EVRM, een legitiem doel dient (EHRM 18 februari 1999, nr. 26083/94, r.o. 63 (Waite & Kennedy/Duitsland)). Bij de beantwoording van de vraag of toekenning van immuniteit van jurisdictie aan een internationale organisatie in het kader van een geding bij de overheidsrechter is geoorloofd, acht het EHRM van belang ('a material factor') of de rechtzoekende beschikt over redelijke alternatieve middelen om de door het EVRM aan hem toegekende rechten effectief te kunnen beschermen ('whether the applicants had available to them reasonable alternative means to protect effectively their rights under the Convention'; Waite & Kennedy/Duitsland, r.o. 68) en komt het erop aan of, gelet op die alternatieve middelen, de immuniteit van jurisdictie het wezen van iemands recht op toegang tot de rechter aantast ('the limitation on their access to the (...) courts (...) impaired the essence of their "right to a court"'; Waite & Kennedy/Duitsland, r.o. 73). Deze maatstaf is door het EHRM onder meer herhaald in zijn uitspraak in de zaak Klausecker/Duitsland (EHRM 29 januari 2015, nr. 415/07, r.o. 62-64).

In r.o. 2.2 heeft het hof aansluiting gezocht bij de maatstaf die het EHRM heeft geformuleerd. Vervolgens heeft het hof deze maatstaf toegepast bij zijn beoordeling van de stellingen van werknemers dat gebreken en onregelmatigheden in de rechtsgang bij de Appeals Board het wezen van het recht van werknemers op toegang tot de rechter hebben aangetast. Aldus heeft het hof geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Aan het vorenstaande doet niet af dat de door het hof in r.o. 2.2 genoemde uitspraak van het EHRM in de zaak Bosphorus/Ierland (EHRM 30 juni 2005, nr. 45036/98), niet ziet op een geval als het onderhavige. Het hof heeft de in die zaak ontwikkelde maatstaf kennelijk gelijk geacht aan de maatstaf van aantasting van het wezen van iemands recht op toegang tot de rechter, en heeft vervolgens de stellingen van werknemers aan de hand van louter die laatste maatstaf beoordeeld.

Vervolgens klagen werknemers dat het hof niet heeft onderzocht of de zogenoemde alternatieve rechtsgang EVRM-proof is, omdat volgens hen de Appeals Board niet bevoegd was toe te wijzen hetgeen werknemers verzochten. De Hoge Raad oordeelt evenwel als volgt. In de r.o. 4.4-4.5 heeft het hof overwogen dat uit eerdere uitspraken van de Appeals Board niet blijkt dat deze de bevoegdheid mist om de Staff Regulations buiten toepassing te laten wegens strijd met een hogere norm, dan wel om besluiten te vernietigen die individueel tot personen als werknemers zijn gericht. De oordelen van het hof in de r.o. 4.3 en 4.4-4.5 met betrekking

tot paragraaf 33 van de Staff Regulations respectievelijk de eerdere uitspraken van de Appeals Board geven niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en zijn evenmin onvoldoende gemotiveerd. Uit die oordelen blijkt dat het hof de bevoegdheid van de Appeals Board heeft onderzocht en toereikend heeft geoordeeld. Anders dan de onderdelen betogen was het hof niet gehouden tot een verdergaand onderzoek van de vraag of de Appeals Board bevoegd is een besluit van ESA te vernietigen dan wel de Staff Regulations onverbindend te verklaren of buiten toepassing te laten, een en ander wegens strijd met een hogere norm. De uitkomst van de procedure voor de Appeals Board noopte daartoe immers niet. De ongegrondverklaring van het beroep van werknemers door de Appeals Board berust op een inhoudelijke beoordeling van de door werknemers betrokken stellingen, waartoe de Appeals Board zich kennelijk bevoegd heeft geacht. Uit passages uit de uitspraak van 19 juli 2010 blijkt dat de Appeals Board het beroep van werknemers tegen het besluit van ESA ongegrond heeft verklaard op de gronden (1) dat een ongelijke behandeling van personeelsleden die vanuit het buitenland bij ESA in dienst zijn getreden ten opzichte van lokaal geworven personeelsleden gerechtvaardigd is, (2) dat een ongelijke behandeling wat betreft de toekenning van de ontheemdingstoelage tevens strookt met het vereiste van proportionaliteit, (3) dat de bestreden Staff Regulations Rule inzake de ontheemdingstoelage geen discriminatie van werknemers teweegbrengt, (4) dat er geen reden is om aan te nemen dat sprake is van schending van aan werknemers toekomende fundamentele rechten, en (5) dat de Staff Regulations Rule inzake de ontheemdingstoelage niet leidt tot een beperking van het aan werknemers toekomende recht op vrij verkeer van personen binnen de Europese Unie. De uitspraak van 19 juli 2010 laat dan ook geen andere lezing toe dan dat de Appeals Board het besluit van ESA en de Staff Regulations Rule inzake de ontheemdingstoelage waarop dat besluit berust, heeft getoetst aan het verbod op ongelijke behandeling van werknemers, aan de fundamentele rechten en aan het Unierechtelijke recht op vrij verkeer van personen, en dat de Appeals Board tot het oordeel is gekomen dat het besluit van ESA en de onderliggende Staff Regulations Rule verenigbaar zijn met die hogere normen.

Het hof zag zich gesteld voor de vraag of het aan werknemers ingevolge artikel 6 EVRM toekomende recht op toegang tot de rechter meebrengt dat ESA zich niet kan beroepen op immuniteit van jurisdictie, en welke betekenis in dit verband toekomt aan de stelling van werknemers dat de Appeals Board het Unierecht onjuist heeft toegepast. Het hof heeft die vraag aldus beantwoord dat deze stelling onvoldoende is om te oordelen dat het wezen van het recht van werknemers op toegang tot de rechter is aangetast. Dit oordeel moet aldus worden verstaan dat het beroep van ESA op immuniteit van jurisdictie niet afstuit op de enkele grond - welke grond door werknemers is aangevoerd in het kader van hun beroep op artikel 6 EVRM - dat de Appeals Board (beweerdelijk) het Unierecht onjuist heeft toegepast. Aldus verstaan strookt het oordeel van het hof met het oordeel van het EHRM in de zaak

Stichting Mothers of Srebrenica/Nederland (EHRM 11 juni 2013, nr. 65542/12, *NJ* 2014/263, r.o. 158) dat een civielrechtelijke rechtsvordering het beroep op immuniteit van jurisdictie niet terzijde kan schuiven op de enkele grond dat die rechtsvordering berust op een bijzonder ernstige schending van een norm van internationaal recht, of zelfs op een norm van *ius cogens*. Er is geen grond om bij de beantwoording van de vraag of artikel 6 EVRM belet dat in het kader van een civielrechtelijke rechtsvordering met succes een beroep wordt gedaan op immuniteit van jurisdictie, aan een (beweerdelijk) onjuiste toepassing van het Unierecht andere gevolgen toe te kennen dan aan een (beweerdelijk) bijzonder ernstige schending van een norm van internationaal recht, of zelfs een norm van *ius cogens*.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 18-12-2015

ECLI: ECLI:NL:HR:2015:3609

Zaaknummer: 14/04364

Rechters: C.A. Streefkerk, A.H.T. Heisterkamp, E.J. Numann, M.V. Polak en G. de Groot

Advocaten: D. Rijpma, D.M. de Knijff, A. van Staden ten Brink en G.R. Dekker

Wetsartikelen: Verdrag tot oprichting van een Europees Ruimte-Agentschap en 6 EVRM

RECHTSPRAAK

werkneemster/Action Nederland B.V.

Ontslag op staande voet na onrechtmatig wegnemen van goederen door leidinggevende houdt stand. Ook wordt de arbeidsovereenkomst voorwaardelijk ontbonden, gelet op het eventuele belang van werkgever daarbij in het licht van artikel 7:683 lid 3 BW.

Werkneemster is in 2010 in dienst getreden bij Action Nederland B.V. (hierna: Action). In de personeelswijzer van Action wordt onder meer bepaald dat wanneer komt vast te staan dat er diefstal, verduistering of bedrog heeft plaatsgevonden, de betreffende werknemer op staande voet zal worden ontslagen. Na constatering van afwijkende kassahandelingen in het filiaal te Delft heeft de rayonleider de afdeling Beveiliging verzocht om in het bijzonder de kassahandelingen van werkneemster te onderzoeken. Uit de bestudering van bewakingsbeelden bleek dat werkneemster op 4 september 2015 goederen van Action heeft meegenomen zonder ervoor te betalen. Ook heeft werkneemster op diezelfde datum goederen aan een kennis meegegeven zonder dat deze kennis voor de goederen heeft betaald. Tevens heeft werkneemster personeelskorting voor vier blikken verf aan diezelfde kennis gegeven, een en ander tegen de kortingsregels van Action in (dergelijke korting mocht niet worden aangewend voor familie, vrienden en goede doelen). Op 9 september 2015 is werkneemster door Action op staande voet ontslagen. Werkneemster verzoekt de kantonrechter het ontslag op staande voet te vernietigen. Aan dit verzoek legt werkneemster kort gezegd ten grondslag dat geen sprake is van een dringende reden voor ontslag op staande voet en dat rekening gehouden had moeten worden met haar persoonlijke omstandigheden. Action voert verweer tegen het verzoek en merkt daarbij op dat Action een strikt beleid met betrekking tot fraude c.q. diefstal voert en werkneemster daarvan op de hoogte was. Action verzoekt de kantonrechter de arbeidsovereenkomst met werkneemster voorwaardelijk te ontbinden op grond van artikel 7:671b lid 1 onderdeel a BW in verbinding met artikel 7:669 lid 3 onderdeel e dan wel g BW.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Vast staat dat Action een stringent fraudebeleid voert. De medewerkers worden over dit beleid geïnformeerd door middel van de personeelswijzer die ook aan werkneemster is verstrekt en waarnaar ook verwezen wordt in de schriftelijke

arbeidsovereenkomst die Action met werkneemster is aangegaan. Indien een medewerker de regels die opgenomen zijn in de personeelswijzer van Action niet naleeft, lijdt Action daardoor schade. Overtreding van deze regels heeft derhalve in beginsel te gelden als een dringende reden voor ontslag op staande voet. Werkneemster heeft erkend dat zij producten mee naar huis heeft genomen zonder af te rekenen, dat zij producten aan een kennis heeft meegegeven en diezelfde kennis van personeelskorting heeft voorzien. Op grond van het voorgaande en de camerabeelden van 4 september 2015 heeft Action de aanwezigheid van de gestelde dringende redenen voldoende aangetoond. Dat werkneemster zich zou hebben vergist en onopzettelijk producten niet zou hebben afgerekend dan wel foutief op de kassa zou hebben aangeslagen leidt niet tot een ander oordeel. Met Action is de kantonrechter van oordeel dat werkneemster gezien haar leidinggevende functie dergelijke vergissingen niet behoort te maken. Het verzoek van werkneemster wordt afgewezen.

Met betrekking tot het verzoek de arbeidsovereenkomst voorwaardelijk te ontbinden, oordeelt de kantonrechter als volgt. Gelet op het bepaalde in artikel 7:683 lid 3 BW kan het gerechtshof in een eventueel hoger beroep Action veroordelen de arbeidsovereenkomst te herstellen of aan werkneemster een billijke vergoeding toe te kennen. Op dit moment is in hoger beroep nog niet over een dergelijke zaak beslist, waardoor niet kan worden uitgesloten dat Action belang heeft bij haar verzoek. Naar het oordeel van de kantonrechter leveren de door Action in verband met het ontslag op staande voet naar voren gebrachte feiten en omstandigheden een redelijke grond voor ontbinding op zoals bedoeld in artikel 7:669 lid 3 onderdeel e BW. De kantonrechter is verder van oordeel dat herplaatsing van werkneemster niet in de rede ligt. Het verzoek van Action zal daarom worden toegewezen. De kantonrechter ziet in hetgeen door Action naar voren is gebracht aanleiding om te ontbinden op de kortst mogelijke termijn, nu Action voldoende heeft gesteld en onderbouwd dat sprake is van ernstig verwijtbaar handelen aan de zijde van werkneemster als bedoeld in artikel 7:671b lid 8 onderdeel b BW.

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 17-12-2015

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2015:14811

Zaaknummer: 4579895 RP VERZ 15-50725

Rechters: F.J. Verbeek

Advocaten: G.L. Gijsberts en L. Bijl

Wetsartikelen: 7:669 lid 3 onderdeel e BW, 7:671b BW, 7:677 BW, 7:678 BW en 7:683 lid 3 BW

RECHTSPRAAK

Vereniging van middenkader en hoger personeel van MSD en 128 werknemers/Merck Sharp & Dohme B.V., Intervet International B.V. en Organon (MSD)

Organon/MSD is niet gehouden de negatieve gevolgen van het aanpassen van de waarderingsgrondslag door pensioenuitvoerder te compenseren. Informatieplicht MSD niet geschonden. Professionele vakbond.

(Hoger beroep van AR 2013-0311.) SPPF voert de op de werknemers van Organon c.s. van toepassing zijnde pensioenregeling zoals omschreven in de CAO Organon BioSciences Nederland uit. De pensioenregeling heeft een gemengd karakter in die zin dat deze voor een deel bestaat uit een collectieve middelloonregeling (kapitaalovereenkomst als bedoeld in art. 10 aanhef en onderdeel c PW) en voor een deel uit een individuele beschikbare premieregeling (premieovereenkomst als bedoeld in art. 10 aanhef en onderdeel c PW). Per 1 september 2010 heeft het bestuur van SPPF een aantal maatregelen doorgevoerd die tot gevolg hebben dat de deelnemers aan de BP-regeling (beschikbare premieregeling, onderdeel van de pensioenregeling) bij pensionering voor het door belegging van hun premies opgebouwde kapitaal een aanzienlijk lager pensioen kunnen inkopen, soms tientallen procenten minder dan zonder het toepassen van de aangekondigde maatregelen. De aangekondigde maatregelen betreffen een aanpassing van de tarieven voor inkoop op basis van de nu bekende levensverwachting, toepassing van een solvabiliteitsopslag en toepassing van een excasso-opslag. De Vereniging van middenkader en hoger personeel van MSD en 128 (oud-)werknemers (hierna: VMHP c.s.) stellen dat het op grond van het goed werkgeverschap op de weg van Organon ligt om de negatieve gevolgen van de maatregelen voor VMHP c.s. te compenseren. Gesteld wordt dat Organon c.s. niet aan de informatieplicht hebben voldaan. De kantonrechter heeft de vorderingen afgewezen. In de kern komt het betoog van VMHP en werknemers erop neer dat in de verschillende couranten en brochures niet wordt vermeld dat de uiteindelijke pensioenuitkomsten niet alleen afhankelijk zijn van de beleggingsresultaten van de gespaarde premies, maar ook van de waarderingsgrondslagen. Nu de term 'waarderingsgrondslagen' in het pensioenreglement niet gedefinieerd is en de

solvabiliteitsopslag en de excasso-opslag pas sinds 1 september 2010 ten laste van de deelnemers zijn gebracht, mogen deze opslagen niet voor rekening van werknemers komen, aldus VMHP en werknemers. Voorts klagen zij over het gebrek aan informatie.

Het hof oordeelt als volgt. Voor de uitleg van de pensioenreglement geldt de cao-norm. Uit het enkele feit dat de term 'waarderingsgrondslagen' niet is gedefinieerd in het pensioenreglement, niet volgt dat de hier aan de orde zijnde opslagen daarom niet tot de inhoud van de pensioenovereenkomst behoren. MSD wijst er terecht op dat, nu de term 'waarderingsgrondslag' niet is gedefinieerd, de betekenis daarvan moet worden gevonden in de kenbare aard en strekking van de regeling, waarbij gelet dient te worden op de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen waartoe verschillende op zichzelf mogelijke tekstinterpretaties kunnen leiden. Uit de redactie van artikel 3.7 volgt dat partijen het aan het bestuur van SPPF hebben overgelaten om te bepalen naar welke waarderingsgrondslagen de omzetting van het BP-spaarsaldo naar (aanvullend) ouderdomspensioen dient plaats te vinden. Dat het nodig is om waarderingsgrondslagen te gebruiken bij die omzetting is evident en niet door VMHP en werknemers betwist. Dat het aan (het bestuur van) SPPF is overgelaten om de waarderingsgrondslagen vast te stellen volgt uit de omstandigheid dat SPPF de uitkering zal moeten gaan betalen en rekening dient te houden met (on)mogelijkheden daarvan in de toekomst. Het hof is van oordeel dat VMHP en werknemers op grond van de vóór 1 september 2010 door SPPF gehanteerde financieringsmethode met betrekking tot de solvabiliteitsopslag en de excasso-opslag niet mochten verwachten of ervan mochten uitgaan dat partijen die opslagen daarmee uitsloten van de in artikel 3.7 van het pensioenreglement vermelde waarderingsgrondslagen. Daarvoor bestaan geen objectieve aanknopingspunten in de cao of in het pensioenreglement. Objectieve aanknopingspunten voor een dergelijke uitleg zouden in dit geval temeer vereist zijn nu uit artikel 3.7 geen enkele beperking in dat opzicht kan worden afgeleid; integendeel, in dat artikel is expliciet bepaald dat het bestuur de waarderingsgrondslagen vaststelt. Een uitleg in de door VMHP en werknemers voorgestane zin zou tot het - onaannemelijke - rechtsgevolg leiden dat SPPF verplicht is de solvabiliteitsopslag en de excasso-opslag niet te financieren uit de inkooptarieven van de BP-pensioenen, terwijl SPPF ook ter zake de uitbetaling van die pensioenen wél kosten wegens solvabiliteit- en excasso-risico maakt. Een dergelijke verplichting is onverenigbaar met het bepaalde in artikel 3.7 pensioenreglement, waarin juist aan het bestuur van SPPF de vrijheid is gelaten de waarderingsgrondslagen vast te stellen.

VMHP en werknemers hebben aangevoerd dat zij door MSD voorafgaand aan de totstandkoming van de BP-regeling in 2001 er niet op zijn gewezen dat MSD slechts gehouden was premie te betalen en dat alle overige risico's bij werknemers zouden liggen. Sterker, MSD heeft in de informatievoorziening voorafgaand aan de totstandkoming van de BP-regeling de

indruk gewekt dat met deze regeling (en de middelloonregeling) grosso modo een zelfde resultaat zou worden behaald als met een volledige middelloonregeling (waarbij alleen mogelijk een verschil zou kunnen ontstaan door positieve of negatieve beleggingsopbrengsten). Volgens VMHP en werknemers heeft MSD bij herhaling gewezen op het beleggingsrisico, maar nimmer op de onderhavige opslagen. Anders dan VMHP en werknemers hebben gesteld valt ook overigens niet in te zien dat op MSD een informatieplicht rustte omdat VMHP onvoldoende kennis van zaken had. MSD mocht erop vertrouwen dat VMHP wel voldoende kennis had of kon verkrijgen over de voorgestelde pensioenregeling, eventueel door inschakeling van deskundigen. De onderhavige pensioenregeling is immers tot stand gekomen na jarenlange voorbereiding (vanaf 1994), overleg en onderhandelingen daarover. VMHP en werknemers zijn in de memorie van grieven niet nader ingegaan op hetgeen door MSD in de conclusie van dupliek specifiek is aangevoerd over het onderhandelingsproces, namelijk dat op detailniveau de tekst van het concept-pensioenreglement, bepaling voor bepaling, is doorgenomen. Dat laatste brengt niet mee dat MSD informatie diende te verstrekken over de onderhavige opslagen, zoals VMHP en werknemers in hun antwoordakte hebben aangevoerd. Integendeel, uit deze gang van zaken kon en mocht MSD afleiden dat VMHP voldoende deskundig was om zelf alle eventuele risico's van de BP-regeling in te schatten. MSD hoefde er daarom geen rekening mee te houden dat VMHP niet begreep welke risico's aan de BP-regeling kleefden. Maar zelfs als MSD wist of besepte dat VMHP geheel en uitsluitend afging op de door MSD verstrekte informatie, valt niet goed in te zien waarom MSD dan VMHP van nadere informatie diende te voorzien. Daartoe acht het hof van belang dat VMHP zichzelf presenteert als een vereniging met volledige rechtsbevoegdheid die volgens artikel 2 van haar statuten een drietal doelen heeft: (1) het behartigen van de sociale en economische belangen van het middenkader en hoger personeel in dienst van MSD, en in het bijzonder van haar leden en in voorkomende gevallen van hun nagelaten betrekkingen; (2) het weergeven van de zienswijze van haar leden in aangelegenheden van sociaal-economische en maatschappelijke aard en het aanwenden van invloed om deze zienswijze te realiseren; (3) het bijdragen aan goede verhoudingen binnen het MSD-concern. Hoe VMHP meent doel 1 te kunnen bereiken zonder zelf over voldoende kennis te beschikken of zich van voldoende kennis te voorzien is niet goed te begrijpen. VMHP is nota bene een vakbond voor hoger personeel. MSD hoefde niet te verwachten dat een vakbond die zich als hiervoor weergegeven presenteert, onvoldoende professionaliteit heeft om als gelijkwaardige partner het onderhandelingsproces te voeren.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 15-12-2015

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2015:5229

Zaaknummer: HD 200.133.017/01

Rechters: M.J.H.A. Venner-Lijten, M. van Ham en T.L.J. Bod

Advocaten: M. van Eck en G.R. Derksen

Wetsartikelen: 7:611 BW en 17 (oud) PW

RECHTSPRAAK

werknemers/X BV

Arbeidsovereenkomst eindigt van rechtswege wegens het niet halen van Nederlandse taaltoets. Rechtsgeldige ontbindende voorwaarde.

Werknemers zijn werkzaam geweest als uitzendkrachten in het distributiecentrum van X. X heeft op grond van afspraken met de vakbonden aan onder meer werknemers een arbeidsovereenkomst aangeboden voor de duur van een jaar, ingaande 16 juni 2014 en eindigend 16 juni 2015. In de arbeidsovereenkomsten is een ontbindende voorwaarde opgenomen, inhoudende dat werknemers uiterlijk 15 januari 2015 een door X aangeboden taaltraject met succes hebben afgerond. Werknemers hebben de toets niet gehaald. Volgens werknemers is de voorwaarde in strijd met afspraken met de vakbond en met het wettelijke stelsel.

Het hof oordeelt als volgt. Onderdeel van de afspraken tussen X en de vakbonden was, zo blijkt uit de door werknemers geciteerde tekst van het overeengekomen protocol, dat (onder meer) voorwaarde voor het aanbieden van de arbeidsovereenkomst is dat de medewerker de Nederlandse taal op basisoniveau voldoende beheerst en voorts dat aan de uitzendkrachten die de Nederlandse taal nog niet voldoende beheersen Nederlandse taallessen zal worden aangeboden. De stelling dat in strijd is gehandeld met afspraken met de vakbond, is derhalve ongegrond.

Wat de ontbindende voorwaarde betreft, oordeelt het hof als volgt. Het sluiten van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd met daarin opgenomen een ontbindende voorwaarde vormt geen doorkruising van het wettelijk stelsel. Daaraan doet niet af dat de voor de arbeidsovereenkomst kenmerkende bescherming van de werknemer, die onder meer tot uiting komt in het wettelijk stelsel van het ontslagrecht, meebrengt dat de geldigheid van de ontbindende voorwaarde in een arbeidsovereenkomst slechts bij uitzondering kan worden aanvaard. Een voorwaarde die redelijkerwijs niet met dat wettelijk stelsel is te verenigen, zal niet tot beëindiging van rechtswege van de arbeidsovereenkomst kunnen leiden. Daarbij dient van geval tot geval te worden gezien of een voorwaarde als vorenbedoeld is te verenigen met het wettelijk stelsel. Daarbij komt het mede aan op de aard, de inhoud en de context van die voorwaarde. Werknemers hebben echter niet in het bijzonder aangevoerd waarom de

betreffende ontbindende voorwaarde in dit geval in strijd zou zijn met het gesloten stelsel van het ontslagrecht. Het hof ziet ook niet in dat dit het geval zou zijn waar het hier gaat om een redelijke voorwaarde in de vorm van een deugdelijke beheersing van de Nederlandse taal. Werknemers wisten tevoren welke eis aan hen gesteld werd en wat de consequentie zou zijn - feitelijk een beëindiging van het dienstverband na zeven maanden in plaats van een jaar - indien zij daaraan niet zouden voldoen. Voor zover werknemers daarnaast nog aanvoeren dat de betreffende ontbindende voorwaarde rechtsgeldigheid ontbeert, omdat de vraag of de ontbindende voorwaarde zich voordoet geheel is voorbehouden aan het oordeel van de werkgever, nu de onafhankelijkheid van het toetsende instituut Babel niet is gewaarborgd, merkt het hof het volgende op. Werknemers hebben op geen enkele wijze aannemelijk gemaakt dat de door Babel bij werknemers verrichte toetsing van de beheersing van de Nederlandse taal op enigerlei wijze is beïnvloed door X. De enkele stelling dat X Babel betaalt voor het afnemen van die toets, en dat deze daarom niet meer 'objectief' is, is daartoe ten ene male onvoldoende.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 15-12-2015

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2015:5259

Zaaknummer: 200.168.840/01

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

Advocaten: M.N. Morren en J.M. van Slooten

Wetsartikelen: 7:667 BW en 3:38 BW

RECHTSPRAAK

Stichting Magentazorg/werknemer

Beëindigingsovereenkomst na gegeven (en ingetrokken) ontslag op staande voet levert geen misbruik van omstandigheden op. Voldoende bedenktijd, spoedig handelen op initiatief van werkneemster.

Werkneemster is op 21 oktober 1996 in dienst getreden van Magentazorg en was laatstelijk werkzaam in de functie van 'Helpende'. Op 15 augustus 2013 heeft een bewoonster van Magentazorg werkneemster beschuldigd van diefstal en aangifte gedaan. Hangende het onderzoek is ook door een tweede bewoner aangifte tegen werkneemster gedaan. Op 23 augustus 2013 is werkneemster op staande voet ontslagen. Op 29 augustus 2013 hebben partijen een beëindigingsovereenkomst gesloten, in het kader waarvan het gegeven ontslag op staande voet is ingetrokken en de arbeidsovereenkomst met ingang van 1 januari 2014 met wederzijds goedvinden is beëindigd. Bij brief van 1 november 2013 heeft de gemachtigde van werkneemster de beëindigingsovereenkomst buitengerechtelijk vernietigd en een beroep gedaan op de ongeldigheid van het ontslag op staande voet. Bij beschikking van 15 september 2014 heeft de kantonrechter de arbeidsovereenkomst op verzoek van Magentazorg met ingang van 1 oktober 2014 ontbonden, onder de voorwaarde dat in rechte onherroepelijk zou komen vast te staan dat de arbeidsovereenkomst op die datum nog voortduurde, waarbij voor dat geval aan werkneemster ten laste van Magentazorg een vergoeding is toegekend van € 32.972,23 bruto. De kantonrechter heeft geoordeeld dat sprake was van misbruik van omstandigheden. Magentazorg heeft werkneemster voorgehouden dat er een dringende reden bestond op grond waarvan de arbeidsovereenkomst met haar met onmiddellijke ingang kon worden beëindigd, terwijl Magentazorg had moeten weten dat een ontslag op staande voet in rechte waarschijnlijk geen stand zou houden. Tegen dit oordeel keert Magentazorg in hoger beroep.

Het hof oordeelt als volgt. Anders dan de kantonrechter is het hof van oordeel dat Magentazorg na de beschuldigingen van A en B, de gesprekken met deze beide bewoonders en de gesprekken tussen Magentazorg en werkneemster redelijkerwijze kon menen dat het door haar gegeven ontslag op staande voet in rechte stand zou kunnen houden. Dat (naderhand) is gebleken dat werkneemster op 15 juli 2013 - de door B genoemde datum van

diefstal - wegens ziekte niet heeft gewerkt en dat Magentazorg niet een andere concrete datum heeft genoemd waarop het incident dan wel heeft plaatsgehad, leidt niet tot een ander oordeel. Naar 's hofs oordeel kan niet worden uitgegaan van de juistheid van het verwijt aan het adres van Magentazorg dat, zoals de kantonrechter heeft aangenomen, werkneemster onvoldoende bedenktijd is gegeven om bijvoorbeeld juridisch advies in te winnen. Door Magentazorg is een verklaring van D van 6 november 2013 overgelegd waarin valt te lezen dat tijdens een telefoongesprek tussen D en werkneemster op 29 augustus 2013 werkneemster kenbaar maakte de beëindigingsovereenkomst zo snel mogelijk geregeld te willen hebben, dat werkneemster toen desgevraagd aangaf liever geen advocaat te willen inschakelen en dat het op initiatief van werkneemster is geweest dat er voor diezelfde middag al een afspraak is gemaakt. D heeft voorts verklaard dat zij zich ervan heeft vergewist of alles aan werkneemster duidelijk was door de overeenkomst woord voor woord met haar door te nemen en te bespreken en duidelijk te maken wat de gevolgen waren. De voorgaande overwegingen voeren het hof tot de conclusie dat alsnog moet worden geoordeeld dat het beroep van werkneemster op misbruik van omstandigheden faalt en dat de grieven in zoverre slagen. Hetgeen de kantonrechter heeft overwogen omtrent de wetenschap bij Magentazorg van de privésituatie van werkneemster en haar psychische klachten acht het hof van onvoldoende belang om anders te oordelen. Bij verdere bespreking van de grieven bestaat onvoldoende belang.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 15-12-2015

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2015:5254

Zaaknummer: 200.166.084/01

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

Advocaten: A.G. Koster en R.J. van Velzen

Wetsartikelen: 7:677 BW en 3:44 BW

RECHTSPRAAK

**Stichting Opleidings- en Ontwikkelingsfonds
Beroepsgoederenvervoer over de weg en verhuur van
kranen/Sleep en takeldienst X BV**

***Uitleg werkingssfeerbepalingen en samenloop opleidingsfondsen
collectieve arbeidsovereenkomst Opleidings- en Ontwikkelingsfonds
Beroepsgoederenvervoer over de weg en de verhuur van mobiele
kranen en de collectieve arbeidsovereenkomst voor het Opleidings- en
Ontwikkelingsfonds voor het Motorvoertuigenbedrijf en
Tweewielerbedrijf. Toetsingskader AVV van belang bij uitleg (verbod
op samenloop).***

SOOB int premies op grond van de collectieve arbeidsovereenkomst opleidings- en ontwikkelingsfonds beroepsgoederenvervoer over de weg en de verhuur van mobiele kranen (verder de SOOB-cao). Bij besluit van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 23 oktober 2012 is de SOOB-cao algemeen verbindend verklaard met ingang van 1 januari 2013 en tot 30 juni 2014. Bij besluit van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 15 april 2010, en aansluitend bij besluit van 23 november 2011, is met ingang van 21 april 2010 en tot 1 januari 2017 algemeen verbindend verklaard een aantal bepalingen van de collectieve arbeidsovereenkomst voor het Opleidings- en Ontwikkelingsfonds voor het Motorvoertuigenbedrijf en Tweewielerbedrijf (verder: de OOMT-cao). X wordt door de stichting die de OOMT-cao uitvoert aangemerkt als bijdrageplichtig op grond van die cao. X betaalt bijdragen aan deze stichting. X betaalt niet aan SOOB. SOOB heeft in eerste aanleg gevorderd X te veroordelen om aan haar te betalen de som van € 25.425,29, te vermeerderen met verdragingsrente, met veroordeling van X in de proceskosten. SOOB heeft daartoe gesteld dat X onder de werkingssfeer van de SOOB-cao valt, dat zij facturen en aanmaningen heeft verzonden aan X maar dat X desondanks niet heeft betaald. Het door haar gevorderde bedrag bestaat uit achterstallige premies met rente en kosten. De kantonrechter heeft in het bestreden vonnis, kort gezegd, overwogen dat uit de bewoordingen van onderdeel B.1 van de werkingssfeerbepaling van de SOOB-cao volgt dat voor niet-toepasselijkheid van die cao

voldoende is dat een onderneming een eigen bedrijfstak-cao dient toe te passen, en voorts dat SOOB niet heeft bestreden dat op X de OOMT-cao van toepassing is. De kantonrechter heeft op deze gronden de vordering van SOOB afgewezen, met veroordeling van SOOB in de proceskosten.

Het hof oordeelt als volgt. Partijen hebben alleen een debat gevoerd over de uitleg van het werkingssfeerartikel van de SOOB-cao zoals die gold van 2009 tot en met 31 december 2012 en daarmee over de vraag of X in deze periode al dan niet onder de werkingssfeer van de SOOB-cao viel. SOOB vordert echter ook betaling van premies over de periode van 1 januari tot en met 30 september 2013. Partijen hebben zich niet uitgelaten over de vraag of X op grond van het in 2013 geldende werkingssfeerartikel onder de werking van de SOOB-cao viel. Het hof zal partijen in de gelegenheid stellen zich bij akte daarover uit te laten. Het hof overweegt voorts dat naast enige andere wijzigingen ook de tekst (en opmaak) van de uitzonderingsvoorwaarden van het werkingssfeerartikel, die partijen verschillend uitleggen, per 1 januari 2013 is gewijzigd. Dit is mogelijk van betekenis voor de uitleg van de oude tekst. Ook daarover mogen partijen zich bij hun te nemen akte uitlaten. Bij de beoordeling van dit geschil dient mede in aanmerking te worden genomen dat aannemelijk is dat beide cao's aldus zijn geformuleerd dat een overlapping van de werkingssfeer daarvan zo veel mogelijk wordt voorkomen. In dat verband komt mede betekenis toe aan het feit dat werkingssfeerbepalingen van een cao die overlappen met dergelijke bepalingen van een andere cao, blijkens de beleidsregels van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, neergelegd in het Toetsingskader Algemeen Verbindend Verklaring CAO-bepalingen (laatstelijk *Stcrt.* 2013, nr. 34009), niet algemeen verbindend worden verklaard, terwijl een overeenkomstig beleid wordt gevoerd voor de verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds. Het hof geeft partijen in overweging in hun akten ook hieraan aandacht te besteden.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 15-12-2015

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2015:5252

Zaaknummer: 200.162.421/01

Rechters: D. Kingma, A.M.A. Verscheure en G.C. Boot

Advocaten: J.A. Trimbach en H.E.C.A. Vlasman

Wetsartikelen: CAO Opleidings- en Ontwikkelingsfonds Beroepsgoederenvervoer over de weg en de verhuur van mobiele kranen, CAO Opleidings- en Ontwikkelingsfonds voor het Motorvoertuigenbedrijf en Tweewielerbedrijf en Toetsingskader AVV

RECHTSPRAAK

werknemer/X Amsterdam BV

***Kennelijk onredelijke opzegging 56-jarige gedeeltelijk
arbeidsongeschikte werknemer leidt tot schadevergoeding € 15.000.***

Werknemer is op 1 augustus 1995 als schilder in dienst getreden bij de rechtsvoorganger van X. In 1994 is hij voor 25-35% arbeidsongeschikt geraakt voor zijn werk als schilder. Zijn laatstelijk genoten brutoloon bedroeg € 673,41 per week. X heeft de arbeidsovereenkomst met werknemer (en 14 anderen) per 1 april 2012 opgezegd na daartoe verkregen toestemming UWV. Werknemer ontvangt sinds 2 juni 2012 een WW-uitkering van € 87,75 bruto per dag, welke uitkering in beginsel loopt tot en met 1 juni 2015. Werknemer heeft zich op 3 december 2012 ziek gemeld. Sedert 4 maart 2013 ontvangt hij een uitkering op grond van de Ziektewet van € 445,65 bruto per week. Volgens werknemer is sprake van een kennelijk onredelijke opzegging, onder meer vanwege een onjuiste voorstelling van zaken/schending afspiegelingsbeginsel en het gevolgcriterium.

Het hof oordeelt als volgt. Uit de financiële stukken volgt genoegzaam dat sprake was van een structurele omzetsdaling. Dat werknemer is ingehuurd voor flex, staat onvoldoende vast. Er is evenmin sprake van een verkeerde indeling in uitwisselbare functies. Wat het gevolgcriterium betreft oordeelt het hof dat sprake is van een kennelijk onredelijke opzegging omdat werknemer vanwege de duur van het dienstverband, zijn eenzijdig arbeidsverleden en zeer beperkte scholing, een slechte arbeidsmarktpositie heeft. Voorts wordt gewezen op de omstandigheid dat hij gedeeltelijk arbeidsongeschikt is en op zijn leeftijd van bijna 56 jaar ten tijde van beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Naar verwachting komt hij niet meer aan de slag tot aan zijn pensioen, zodat hij op enig moment zal zijn aangewezen op een bijstandsuitkering, terwijl hij ook verder geen pensioen meer zal opbouwen.

Het hof acht een bedrag van € 15.000 bruto redelijk. Het zou onjuist zijn de volledige financiële last van de gevolgen van een opzegging bij een werkgever te leggen, niet alleen omdat een arbeidsovereenkomst in beginsel nu eenmaal niet beoogt een beroepsleven lang te duren, maar ook omdat niet goed valt in te zien dat het risico van economisch mindere tijden niet deels ook voor rekening van de werknemer dient te blijven. In dit geval was de opzegging

van de arbeidsovereenkomst met werknemer vanwege bedrijfseconomische redenen begrijpelijk en niet onredelijk. Dat gerechtvaardigde belang van X doet echter op zich niet af aan de ernst van de gevolgen voor werknemer, die immers zonder baan en een navenant inkomen achterblijft. Het financiële scenario voor zijn toekomst als door werknemer geschetst komt het hof ook niet onaannemelijk voor. Alsdan is het gerechtvaardigd dat X, waar enigszins mogelijk, werknemer nog een - zij het relatief klein - financieel steuntje in de rug geeft teneinde die gevolgen enigszins te verzachten. In die zin vormt het thans toe te wijzen bedrag ook niet meer dan een pleister op de wonde waarbij rekening wordt gehouden met de beperkte financiële armslag van X ten tijde van de opzegging. Het bedrag aan wettelijke rente is toewijsbaar vanaf de gevorderde datum van 29 oktober 2013 (datum inleidende dagvaarding).

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 15-12-2015

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2015:5200

Zaaknummer: 200.161.673/01

Rechters: R.J.F. Thiessen, C.M. Aarts en M.L.D. Akkaya

Advocaten: R. Patandin en F.M. Westra

Wetsartikelen: 7:681 BW

RECHTSPRAAK

Imtech Marine B.V./werknemer

Werknemer is gehunt voor functie van algemeen directeur en heeft zijn oude baan opgezegd, maar wordt niet tot werk toegelaten omdat nieuwe aandeelhouders van mening zijn dat werknemer niet geschikt is. Ontbinding op verzoek werknemer (ex art. 7:686 BW) onder toekenning van schadevergoeding van in totaal € 466.000 bruto.

Werknemer is benaderd voor de functie van algemeen directeur van Imtech. Hij was werkzaam bij Z in de functie divisie CEO en verdiende € 230.000 bruto per jaar exclusief bonussen en overige emolumenten. Partijen zijn overeengekomen dat werknemer op 1 oktober 2015 in dienst treedt bij Imtech in de functie van algemeen directeur met een salaris van (afgerond) € 280.000 bruto per jaar exclusief bonussen en overige emolumenten. Er geldt geen proeftijd en de arbeidsovereenkomst is voor onbepaalde tijd. Werknemer heeft zijn arbeidsovereenkomst bij Z opgezegd. Op 13 augustus 2015 is het faillissement uitgesproken van Royal Imtech N.V. Imtech (verzoekster) is niet failliet verklaard. De aandelen in Imtech zijn overgenomen door twee vennootschappen. Imtech verzoekt ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van artikel 7:671b lid 1 onderdeel a jo. artikel 7:669 lid 3 onderdeel h BW. Imtech voert het volgende aan. De nieuwe aandeelhouders van Imtech zijn van mening dat werknemer niet de juiste man is om leiding te geven aan een bedrijf dat verre van gezond is. Daarnaast heeft hij geen ervaring in de maritieme wereld. Het verweer van werknemer strekt tot afwijzing van het verzoek. Werknemer heeft een zelfstandig tegenverzoek ingediend. Werknemer legt aan zijn vordering ten grondslag dat Imtech tekort is geschoten in de nakoming van de arbeidsovereenkomst (art. 7:686 jo. 7:265 BW) en vraagt voorts Imtech te veroordelen in de door hem geleden en te lijden schade (in totaal € 689.456,24).

De kantonrechter oordeelt als volgt. Het verzoek van Imtech wordt afgewezen. Waar het op neerkomt is dat de werkgever, op basis van persoonlijke opvattingen van de nieuwe aandeelhouders, haar standpunt heeft herzien en werknemer liever niet in dienst heeft. Die situatie is niet te brengen onder een van de in artikel 7:669 lid 3 onderdelen c tot en met g genoemde ontslaggronden. De door Imtech aangevoerde omstandigheden leveren ook geen

grond op om de arbeidsovereenkomst te ontbinden ex artikel 7:669 lid 3 onderdeel h BW. De aangevoerde omstandigheden liggen in de risicosfeer van Imtech. Ook omstandigheden in de risicosfeer van de werkgever kunnen een h-grond opleveren, maar de aangevoerde omstandigheden in deze zaak zijn daartoe onvoldoende.

Ten aanzien van het tegenverzoek van werknemer wordt het volgende overwogen. De enkele omstandigheid dat de nieuwe aandeelhouders van mening zijn dat werknemer niet geschikt is als algemeen directeur van Imtech wegens het ontbreken van maritieme ervaring en van ervaring met herstructureringen, maakt niet dat Imtech werknemer de uitvoering van het werk waarvoor hij is geselecteerd en aangenomen mag onthouden. Imtech heeft eerst tijdens het kort geding toegezegd het basissalaris van werknemer te zullen voldoen, voor wat betreft de overige arbeidsvoorwaarden heeft zij dat in het midden gelaten. Ook daar schiet zij tekort. Bij de beoordeling van (de ernst van) de tekortkomingen van Imtech speelt mede een rol dat werknemer in opdracht van Imtech is gehunt, uitgebreid heeft gesproken met de raad van bestuur van Royal Imtech en vanwege de door deze aangeboden arbeidsovereenkomst zijn dienstverband bij Z heeft opgezegd waar hij, zoals hij ter zitting onbetwist heeft verklaard, niet meer terug kan. Imtech heeft naar het zich laat aanzien te gemakkelijk gedacht over de mogelijkheid van beëindiging van de arbeidsovereenkomst met werknemer, gelet ook op het feit dat zij hem als compensatie daarvoor aanvankelijk slechts één maand salaris heeft aangeboden. De tekortkomingen van Imtech zijn voldoende ernstig om ontbinding op grond van artikel 7:686 jo. 7:265 BW te rechtvaardigen. De schade kan niet nauwkeurig worden vastgesteld nu deze hoofdzakelijk afhankelijk is van toekomstige gebeurtenissen. De overstap zou voor werknemer een aanzienlijke salarisverbetering opleveren (afgerond € 50.000 bruto per jaar). Indien werknemer erin zou slagen weer een functie te verkrijgen op het niveau van zijn functie bij Z, en als hij die functie een ruim aantal jaren zou behouden, dan levert dat een aanzienlijke inkomensterugval op ten opzichte van zijn salaris bij Imtech. Indien hij die functie een achttal jaren zou behouden, hetgeen geen onrealistische veronderstelling is gelet op de lengte van zijn dienstverband bij Z (sinds 2008) en het feit dat er zonder aanbod van Imtech voor hem geen aanleiding was bij Z te vertrekken, zou zijn schade, zonder rekening te houden met eventuele salarisverhogingen, acht maal € 50.000 bruto ofwel € 400.000 bruto bedragen. De schade zal op dit bedrag worden vastgesteld. Nu hierbij geen rekening is gehouden met toekomstige salarisverbeteringen zal evenmin rekening worden gehouden met mogelijke effecten van een contante waardeberekening van dat deel van de schade dat in de toekomst valt. Daarnaast heeft werknemer aanspraak gemaakt op eenmalige betalingen ter zake een sign-on bonus van € 35.000 bruto en een aandelenengerelateerde beloning ter waarde van € 31.000 bruto. Deze vorderingen worden naast de schadevergoeding toegekend. Een beroep van Imtech op artikel 4.1 arbeidsovereenkomst, voor zover daarin is bepaald dat werknemer de sign-on bonus dient terug te betalen als de arbeidsovereenkomst voor 1 januari

2017 wordt beëindigd, hetgeen zich hier voordoet, is in de omstandigheden van het geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar. De beëindiging van de arbeidsovereenkomst is niet alleen geïnitieerd door Imtech maar Imtech heeft werknemer zelfs niet de kans geboden aan de overeenkomst uitvoering te geven.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 09-12-2015

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2015:9702

Zaaknummer: 4444196 VZ VERZ 15-18703

Rechters: J.W. Langelier

Advocaten: C.P. Kuijer en G.W. Roeters-van Lennep

Wetsartikelen: 7:669 lid 3 onderdeel h BW, 7:671b BW, 7:686 BW en 6:248 BW

RECHTSPRAAK

X Drukkers B.V./werknemer

Uitleg werkingssfeer Grafimedia-cao. Vestigingsleider maakt geen deel uit van het managementteam en komt daarom een uitkering Sociaal Fonds toe. Verzuim werkgever werknemers nieuwe functie aan te melden bij dit fonds, leidt tot toerekenbare tekortkoming.

Werknemer is op 30 september 1991 bij (de rechtsvoorgangster van) X Drukkers BV in dienst getreden als drukwerkverkoper. Werknemer is na zijn indiensttreding ook leidinggevende taken gaan vervullen. Om zijn functie in overeenstemming te brengen met zijn feitelijke werkzaamheden hebben partijen een opvolgende arbeidsovereenkomst gesloten, waarin werknemer per 2 januari 2009 is benoemd als vestigingsleider van de vestiging van X Drukkers BV in Arnhem. In de overeenkomst is bepaald dat daarop alle bepalingen van de CAO voor administratief personeel in de Grafische Industrie (hierna te noemen: de Grafimedia-cao) van toepassing zijn. In november 2010 heeft X Drukkers BV vanwege een bedrijfsreorganisatie waarbij alle (zeven) functies en arbeidsplaatsen kwamen te vervallen behalve die van directeur, bij het UWV het ontslag aangevraagd van (onder anderen) werknemer. De ontslagvergunning is verleend en X Drukkers BV heeft de arbeidsovereenkomst met werknemer opgezegd per 25 maart 2011. In de ontslagbrief van 30 december 2010 heeft X Drukkers BV aan werknemer geschreven: 'Wij zullen de Grafische Bedrijfsfondsen (GBF) verzoeken de RFR regeling (ontslagvergoeding) uit te voeren. Je krijgt daarover te zijner tijd rechtstreeks van het GBF bericht.' De RFR-regeling genoemd in de ontslagbrief betreft de 'reorganisatie-, fusie- en liquidatieregeling' die is opgenomen in de Grafimedia-cao en die voorziet in een eenmalige vergoeding bij ontslag voor de werknemer, uit te keren door het ASF (Algemeen Sociaal Fonds). Het ASF heeft aan werknemer echter geen RFR-uitkering gedaan, omdat werknemer bij haar nog steeds stond aangemeld als drukwerkverkoper - X Drukkers BV had aan het ASF namelijk geen melding gemaakt van de opvolgende functie van werknemer als vestigingsleider - en vertegenwoordigers in de buitendienst niet onder de Grafimedia-cao vallen. De uitkering zou, indien die wel was toegekend, € 24.806 hebben bedragen. Werknemer heeft dit bedrag aan schadevergoeding gevorderd. De kantonrechter heeft de vordering toegewezen.

Het hof oordeelt als volgt. De functie van vestigingsleider wordt als zodanig niet genoemd in de uitzonderingen van artikel 1.2.2 van de Grafimedia-cao. In die functie viel werknemer in beginsel dus wel onder de Grafimedia-cao, hetgeen ook strookt met de bepaling in de arbeidsovereenkomst dat daarop alle bepalingen van de Grafimedia-cao van toepassing zijn. Dat zou evenwel anders zijn - partijen zijn, zo leidt het hof af uit hun stellingen, het daar op zichzelf over eens - als de functie van vestigingsleider werd ingevuld op een zodanige wijze dat werknemer toch (ook) onder een uitzonderingscategorie viel. X Drukkers BV heeft in dat verband aangevoerd dat de functie zoals werknemer die vervulde viel onder de uitzonderingscategorie onder b, 'leden van een managementteam, voor zover zij een salaris genieten dat uitgaat boven het aanvangssalaris in salarisgroep K vermeerderd met het aantal standaardverhogingen overeenkomstig het voor hen geldende aantal functiejaren'. De 'Normen toelating leden groep management KVG' geven nadere invulling aan het begrip managementteam. Uit deze context leidt het hof af dat onder het begrip managementteam in de zin van artikel 1.2.2 van de cao moet worden begrepen een duidelijk teamverband van een aantal (gelijkwaardige) leidinggevenden dat zich bevindt in een managementlaag tussen de directie en andere leidinggevenden (chefs). De stellingen van X Drukkers BV houden naar het oordeel van het hof niet in dat een managementteam als hiervoor beschreven bij haar heeft bestaan. In het bijzonder kan uit haar stellingen niet worden gedestilleerd dat binnen X Drukkers BV sprake is geweest van een managementteam als laag tussen de directie en andere leidinggevenden. In de door X Drukkers BV geschetste organisatiestructuur ontbreekt de plaats van een directie, terwijl X Drukkers BV niet heeft aangegeven welke 'cheffuncties' er onder het (beweerdelijke) managementteam nog bestonden. Derhalve moet worden aangenomen dat de functie van vestigingsleider als een deelnemingsplichtige functie zou zijn aangemerkt indien X Drukkers BV van die functie(wijziging) melding zou hebben gemaakt. Daaruit volgt dat causaal verband kan worden aangenomen tussen het niet melden van de functieverandering aan het ASF door X Drukkers BV en het niet ontvangen van een RFR-uitkering door werknemer.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 08-12-2015

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2015:9262

Zaaknummer: 200.144.157

Rechters: D.J. Buijs, A.E.B. ter Heide en O.E. Mulder

Advocaten: P.M. Wilmink en J.M. Truijens Martinez

Wetsartikelen: 1.2.2 Grafimedia CAO en 6:74 BW

RECHTSPRAAK

Stichting Onze Lieve Vrouwe Gasthuis/erven van werkneemster

***Blootstelling aan asbest onvoldoende komen vast te staan. Werken in
omgeving met asbest en passages uit dagboek overleden werknemer
over ‘werkzaamheden met asbest’ onvoldoende.***

Werkneemster heeft van 1 december 1973 tot en met 31 maart 1979 in loondienst gewerkt van het Onze Lieve Vrouwe Gasthuis, waarvan OLVG rechtsopvolgster is, in de functie van administratief assistente, later ook als doktersassistente. Zij was werkzaam in het Anna Paviljoen. In november 2007 is bij werkneemster longkanker vastgesteld. In december 2007 heeft zij OLVG aansprakelijk gesteld voor de schade die zij lijdt. Zij is 11 juli 2012 overleden. De kantonrechter heeft aansprakelijkheid aangenomen en verder overwogen dat een immateriële schadevergoeding van € 70.000 op zijn plaats is.

Het hof oordeelt als volgt. De erven van werkneemster hebben aangetoond dat er asbesthoudend materiaal aanwezig was in de omgeving waarin werkneemster werkzaam was. OLVG heeft aangevoerd dat passieve emissie van asbestvezels uit asbesthoudende materialen verwaarloosbaar is en dat vezels pas vrijkomen als de materialen worden bewerkt of gesloopt, bijvoorbeeld als men het materiaal gaat zagen, slijpen of schuren of erin gaat boren. De enkele aanwezigheid van asbest in het gebouw, leidt niet tot schadelijke blootstelling. De passages uit het dagboek van werkneemster dat sprake is geweest van een grote verbouwing en dat daardoor vermoedelijk blootstelling aan asbest is ontstaan, zijn onvoldoende om een daadwerkelijke blootstelling aan asbest aan te nemen.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 01-12-2015

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2015:5083

Zaaknummer: 200.159.532/01

Advocaten: D.N.R. Wegerif en R.F. Ruers

RECHTSPRAAK

Aviflora/werkneemster

***Werkgever aansprakelijk voor beknelling arm deuren Schiphol.
Werkgever mag zich niet verschuilen achter ontbreken zeggenschap
over deuren Schiphol.***

Werkneemster is op 25 maart 2008 als verkoopster in dienst getreden van Aviflora. Zij werkte in de bloemenwinkels die Aviflora op Schiphol exploiteert. Haar arbeidsovereenkomst is van rechtswege geëindigd op 25 november 2010. Werkneemster is op 29 april 2010 op Schiphol een ongeval overkomen, waarbij een breuk in de pols (spaaakbeen) van de rechterarm is opgetreden. Volgens werkneemster is haar hand bekneld geraakt tussen een kar met nieuwe bloemen en een harmonicadeur.

Het hof oordeelt als volgt. In hoger beroep is met name gediscussieerd over de juistheid van het TNO-onderzoek en de toegepaste Fine en Kinney-methode. Volgens Aviflora had de Kinney en Wiruth-methode toegepast moeten worden. Het hof legt dit als onvoldoende onderbouwd naast zich neer. Het TNO-rapport vermeldt dat bij het beoordelen van het risico het volgende in aanmerking is genomen. Uit de ongevalsreconstructie blijkt dat werkneemster lopend voor- rechts naast de kar alle ruimte tussen de harmonicadeuren nodig had om deze te kunnen passeren. De normale openingstijd van de deuren wordt door TNO geschat op 15-20 seconden. Gelet op de werkwijze van werkneemster zou het kunnen dat zij bij de deuren aankwam op een moment dat deze zich (geopend door iemand anders) net sloten. Omtrent de te nemen maatregelen wordt in het TNO-rapport opgemerkt dat het in de rede ligt dat in het kader van een RI&E maatregelen worden overwogen in de sfeer van voorlichting en/of instructie over gezonde en veilige werkwijzen, het verstrekken van hulpmiddelen voor het trekken van karren waarmee het manipuleren van karren wordt verbeterd of het speciaal programmeren van de deurbediening met het oog op een ongehinderde doorgang met karren. Het risico werd volgens het rapport mede bepaald door de omstandigheden dat werkneemster voor het bewust zijn van bijzondere gevaren niet kon putten uit informatie van een deugdelijke RI&E, dat zij geen voorlichting had ontvangen of instructie had gekregen en dat zij niet is gecorrigeerd in de door haar ontwikkelde werkwijze. Bij de overige opmerkingen wordt nog gewezen op de mogelijkheid de kar lager te beladen zodat overzicht wordt behouden en

een lager gewicht wordt bereikt. Aviflora voert aan dat de door TNO genoemde maatregelen bezwaarlijk zijn omdat de procedures voor het passeren van de sluis en het functioneren van de deuren volledig worden bepaald door Schiphol. Het hof gaat hieraan voorbij omdat Aviflora niet heeft aangevoerd, laat staan heeft onderbouwd, dat niet te verwachten is dat Schiphol zal ingaan op redelijke verzoeken van haar zijde omtrent de werking van de deuren.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 01-12-2015

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2015:5085

Zaaknummer: 200.162.417/01

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

Advocaten: R. Gruben en A.L.K. Blokland

Wetsartikelen: 7:658 BW

RECHTSPRAAK

CSU Personeel BV/werknemers

Doorstart uit faillissement op één lijn te stellen met contractsoverneming ex artikel 38 CAO in het Schoonmaak- en Glazenwassersbedrijf. Behoud van toeslag uit de cao bij doorstart uit faillissement.

Werknemers zijn tussen 1989 en begin 2010 in dienst getreden van (de rechtsvoorgangster van) het schoonmaakbedrijf Albatros B.V. (hierna: Albatros). Werknemers verrichten werkzaamheden bij het Crowne Plaza Hotel te Amsterdam. De CAO in het Schoonmaak- en Glazenwassersbedrijf (hierna: de cao) is op de arbeidsovereenkomsten van toepassing. Artikel 2 lid 2 D-deel van die cao, zowel die geldend voor de periode 1 januari 2010 tot 31 december 2012 als die geldend vanaf 1 januari 2013, bepaalt: Werknemers die op 30 juni 2010 werkzaam zijn in een hotel houden recht op de toeslagpercentages van artikel 18 van de cao. Dit recht vervalt bij vrijwillige uitdiensttreding. In artikel 18 van de cao staan de toeslagpercentages op het basisuurloon voor avond- en nachtdiensten en de daar vermelde (algemeen erkende) feestdagen. Albatros is op 3 december 2012 gefailleerd. Op 6 december 2012 zijn de arbeidsovereenkomsten met werknemers opgezegd. CSU heeft met terugwerkende kracht het werk in Crowne Plaza Hotel overgenomen. Werknemers vorderden in eerste aanleg, kort samengevat, een verklaring voor recht dat zij jegens CSU recht hebben op toeslagen als bedoeld in artikel 18 cao. Aan deze vorderingen legden werknemers ten grondslag dat zij na het faillissement van hun vroegere werkgever Albatros in dienst zijn getreden bij CSU, dat CSU de contracten van Albatros met onder andere Crowne Plaza in Amsterdam heeft verworven van de curator en dat zij hun werkzaamheden als voorheen hebben voortgezet, zodat op hen van toepassing is het bepaalde in artikel 2 lid 2 D-deel van de cao.

Het hof oordeelt als volgt. De strekking van de door CSU aangevoerde grieven is in de kern genomen dat werknemers geen beroep toekomt op het bepaalde in artikel 2 lid 2 van het D-deel van de cao. Werknemers zijn immers vanuit een faillissementssituatie bij hun oude werkgever Albatros vrijwillig in dienst getreden van CSU. CSU had ook geen verplichting om werknemers na het faillissement van Albatros in dienst te nemen, nu van een contractswisseling in de zin van artikel 38 cao geen sprake was. Vastgesteld kan worden dat

het bepaalde in artikel 2 lid 2 D-deel een overgangsbepaling inhoudt, waarvan de strekking is dat de in artikel 2 lid 1 D-deel van de cao opgenomen toeslagregeling voor werknemers in een hotel, die in ongunstige zin afweek van de in artikel 18 van die cao opgenomen algemene toeslagregeling, niet gold voor werknemers die reeds voor 1 juli 2010 in die hotelbranche werkzaam waren. Deze overgangsbepaling is voor het eerst opgenomen in de cao zoals die gold vanaf 1 januari 2010. Deze overgangsbepaling creëerde aldus een situatie van behoud van rechten voor werknemers, werkzaam in de hotelbranche (vallend onder de werkingssfeer van de cao), voor zover deze werknemers reeds voor 1 juli 2010 werkzaam waren in een hotel. Deze in de cao neergelegde uitzonderingssituatie gericht op het behoud van verworven rechten heeft naar het oordeel van het hof echter uitsluitend betrekking op reeds bestaande arbeidsovereenkomsten waarop de cao van toepassing was. Met de totstandkoming van de cao per 1 januari 2010 werd immers met ingang van 1 juli 2010 een ander toeslagstelsel ingevoerd voor personen werkzaam in de hotelbranche. Die omstandigheid vormt dan ook een aannemelijke verklaring voor het feit dat een werknemer eerst zijn recht op de voordien geldende hogere toeslagen zou verliezen indien hij (vrijwillig, lees: op eigen initiatief) bij zijn werkgever uit dienst zou treden. Naar het oordeel van het hof is de situatie waarin CSU bij gelegenheid van het faillissement van Albatros de activa waaronder het contract met Crowne Plaza uit de boedel heeft verworven op één lijn te stellen met contractsoverneming als bedoeld in artikel 38 van de cao. Artikel 38 lid 1 van de cao bepaalt immers dat er sprake is van een contractwisseling 'als een werkgever een object verwerft door heraanbesteding, waaronder ook wordt verstaan een aanbesteding als gevolg van opzegging van het contract door het schoonmaak/glazenwasserbedrijf'. De situatie van een overname van een contract als gevolg van een biedingsprocedure geïnstigeerd door de curator en met kennelijke instemming van Crowne Plaza (die daaraan ook geen verdere voorwaarden heeft verbonden) dient gelet op de ratio van artikel 38 cao dat bescherming aan werknemers biedt, die werkzaam zijn binnen het verband van een dergelijk schoonmaakcontract, daarom redelijkerwijs ook te vallen onder het begrip contractsoverneming in de zin van de cao. De bepaling die ziet op de gevolgen van een faillissement voor de werknemers als bedoeld in artikel 7:666 BW staat daaraan ook niet in de weg.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 01-12-2015

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2015:5092

Zaaknummer: 200.165.687/01

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

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

Wetsartikelen: 38 CAO in het Schoonmaak- en Glazenwassersbedrijf, 7:666 BW, 7:663 BW en 18 CAO

in het Schoonmaak- en Glazenwassersbedrijf

RECHTSPRAAK

The Last Waterhole/werknemer

Barmedewerker heeft recht op pro rata deel fooienpot bij einde dienstverband.

Werknemer is van 13 juni 2013 tot en met 29 juli 2013 in dienst geweest bij The Last Waterhole, volgens de vermelding in de arbeidsovereenkomst in de functie van barmedewerker. Het tussen partijen overeengekomen brutoloon bedroeg € 10 per uur. Er is tussen partijen een geschil ontstaan over de afwikkeling van de arbeidsovereenkomst. De kantonrechter heeft onder meer een bedrag ter zake van fooi toegewezen van € 590.

Het hof oordeelt als volgt. The Last Waterhole voert aan dat zij jegens haar medewerkers geen aanspraak maakt op afdracht van ontvangen fooien - de fooienpot wordt volgens haar door de manager volgens een fair systeem onder de medewerkers verdeeld -, zodat uitgesloten is dat medewerkers een aanspraak op fooi op haar hebben. Dit verweer laat echter onverlet dat The Last Waterhole als goed werkgeefster is gehouden in het kader van de afwikkeling van het dienstverband van werknemer het deel van de fooienpot dat voor hem zou zijn bestemd uit te keren. Het hof begrijpt de stellingen van werknemer zó dat het gevorderde bedrag van € 2,50 per gewerkt uur berust op ervaringen omtrent de opbrengst van fooien. The Last Waterhole heeft de uitkomst van deze schatting als zodanig onvoldoende bestreden, zodat deze tot uitgangspunt dient. Wel heeft The Last Waterhole het aantal uren bestreden. Werknemer heeft zijn vordering gebaseerd op 236 uur. Het hof begrijpt: 154 over de periode vanaf 1 juli 2013 en 82 over de periode tussen 21 juni en 1 juli 2013. Met inachtneming van het eerder overwogene komt het hof tot $(76,4 + 154) 230,4$ uren, zodat werknemer een bedrag toekomt van € 576 en niet € 590.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 01-12-2015

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2015:5019

Zaaknummer: 200.173.018/01

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

Advocaten: R.M.C. Jansen en M.E. Mungroop

Wetsartikelen: 7:611 BW

RECHTSPRAAK

werkgever/werknemer

Werkgever ten onrechte niet-ontvankelijk verklaard in voorwaardelijk ontbindingsverzoek door verkeerde interpretatie artikel 7:683 (oud) BW. Ontbinding C=0,7.

Bij beschikking waarvan beroep heeft de rechtbank werkgever niet-ontvankelijk verklaard in haar (voorwaardelijke) verzoek tot ontbinding. Daartoe heeft de rechtbank als volgt overwogen. Ter mondelinge behandeling is gebleken dat er inmiddels meer dan zes maanden zijn verstreken na de datum van het ontslag op staande voet per 24 september 2014, terwijl er binnen deze termijn door werknemer geen rechtsvordering werd ingesteld, zoals bedoeld wordt in artikel 7:683 BW. Dit alles terwijl werkgever ter mondelinge behandeling te kennen heeft gegeven geen afstand te doen van een beroep op verjaring, mocht zo een rechtsvordering alsnog door werknemer ingesteld worden. In die situatie kan volgens de rechtbank slechts worden vastgesteld dat de door werkgever zelf aan haar verzoek verbonden 'voorwaarde' van een alsnog in rechte vast te stellen voortduren van de arbeidsovereenkomst tussen partijen, niettegenstaande het ontslag op staande voet van 24 september 2014, nooit 'in vervulling' zal kunnen gaan treden, aangezien een daarop te richten rechtsvordering hoe dan ook al zal zijn verjaard, terwijl werkgever op deze verjaring ook een beroep zal willen (gaan) doen. Daarmee resteert slechts de constatering dat er alleen uit kan worden gegaan van een per 24 september 2014 definitief tot een einde gekomen arbeidsovereenkomst tussen partijen, om reden dat het per die datum gegeven - op zichzelf, behoudens in rechte vast te stellen vernietiging: constitutieve - ontslag niet meer inhoudelijk in rechte beoordeeld zal kunnen worden. Bij een reeds definitief gegeven ontslag per 24 september 2014 is er voor hernieuwde ontbinding geen plaats meer, ook niet 'in voorwaardelijke vorm'.

Het hof oordeelt als volgt. Nu in hoger beroep vaststaat dat werknemer tijdig bij brief van 10 oktober 2014 een beroep heeft gedaan op de vernietigbaarheid van het op 24 september 2014 gegeven ontslag op staande voet wegens het ontbreken van de toestemming als bedoeld in artikel 9 BBA, is het ontslag op staande voet niet definitief geworden. Indien het ontslag op staande voet van 24 september 2014 geen stand zal houden, is er nog steeds sprake van een dienstverband tussen werknemer en werkgever en kan werknemer op grond daarvan een

loonvordering tegen werkgever instellen (overigens is ter zitting van dit hof gebleken dat werknemer nog geen bodemprocedure over de aanvechting van het ontslag op staande voet aanhangig heeft gemaakt). Om die reden had en heeft werkgever belang bij haar voorwaardelijk verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Naar het oordeel van het hof heeft de kantonrechter ten onrechte (en ten onrechte op basis van het verstrijken van de verjaringstermijn van art. 7:683 BW) geoordeeld dat de door werkgever aan haar verzoek verbonden voorwaarde nooit 'in vervulling' zou kunnen gaan, ten onrechte geconstateerd dat er alleen uit kan worden gegaan van een per 24 september 2014 definitief tot een einde gekomen arbeidsovereenkomst tussen partijen en ten onrechte werkgever niet-ontvankelijk verklaard. De beschikking van de rechtbank dient te worden vernietigd en het hof zal het (voorwaardelijke) verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst tussen partijen alsnog inhoudelijk behandelen.

Naar het oordeel van het hof is er geen sprake van een dringende reden. De vermeende werkweigering acht het hof niet aanwezig. Werknemer is onvoldoende geïnformeerd over de overgang van onderneming, zodat hem niet kwalijk kan worden genomen geen gehoor te geven aan oproepen van de nieuwe werkgever. Wel is sprake van een verstoorde arbeidsverhouding. Het hof is van oordeel dat het ontstaan van de verstoorde arbeidsrelatie tussen partijen aan beide partijen te wijten is. Kort gezegd aan werkgever vanwege de geschapen verwarring en aan werknemer vanwege zijn weigerachtige opstelling, zonder zelf actie te ondernemen de onduidelijkheden weg te nemen. Het hof acht derhalve termen aanwezig om aan werknemer een (beperkte) vergoeding toe te kennen die ten laste komt van werkgever. Deze vergoeding zal naar billijkheid worden vastgesteld, waarbij rekening wordt gehouden met de omstandigheid dat werknemer nog geen ander werk heeft gevonden. Voorts zal uit worden gegaan van een dienstverband van 1,7 jaar en een brutomaandsalaris van € 2.169,92, zoals door werknemer becijferd en door werkgever niet weersproken. In verband met al deze omstandigheden wordt de correctiefactor in de kantonrechtersformule op $C=0,7$ gesteld. De vergoeding zal mitsdien $(1,7 \times € 2.169,92 \times 0,7)$ worden vastgesteld op een brutobedrag van (naar beneden) afgerond € 2.500.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 19-11-2015

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2015:4645

Zaaknummer: 200.172.428/01

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

Advocaten: F.J.M. Drykoningen en N.V.T. Cremers

Wetsartikelen: 7:685 (oud) BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Achmea Schadeverzekering

Reikwijdte artikel 7:658 lid 4 BW bij onderaanneming van werk: uitleg Davelaar/Allspan.

Werknemer is in dienst van A Asbestsanering. Op 20 juli 2009 is hem op de bouwplaats 'Betafence' in Zwevegem (België) een arbeidsongeval overkomen. Hij liep over een dakplaat die onder hem is afgebroken waardoor hij negen à tien meter naar beneden is gevallen op een betonnen vloer. Hij is ernstig gewond geraakt en naar een ziekenhuis vervoerd, waar hij een aantal operaties heeft ondergaan en tot september 2009 heeft verbleven. Na revalidatie in Nederland is hij naar Polen vertrokken. De Belgische arbeidsinspectie heeft vastgesteld dat sprake is van nalatigheid aan de zijde van de werkgever. A, D, geïntimeerde sub 2 en C zijn als formele dan wel materiële werkgever aansprakelijk. B is tekortgeschoten in de uitoefening van zijn taak als bestuurder van A omdat er geen aansprakelijkheidsverzekering was afgesloten, hetgeen als wanbeleid kan worden gekwalificeerd. Aan de orde is de vraag of een hoofdaannemer jegens een medewerker van een onderaannemer op grond van artikel 7:658 lid 4 BW aansprakelijk kan zijn. Dat is mogelijk indien is voldaan aan de voorwaarden voor toepasselijkheid van artikel 7:658 lid 4 BW, te weten dat de medewerker voor de zorg voor zijn veiligheid mede afhankelijk is van de hoofdaannemer en dat de werkzaamheden hebben plaatsgevonden in de uitoefening van het bedrijf van de hoofdaannemer.

Het hof oordeelt als volgt. Het hof is van oordeel dat de omstandigheid dat C het verwijderen van de bestaande dakbedekking in het onderhavige geval heeft uitbesteed aan een onderaannemer, niet maakt dat deze werkzaamheden geen deel zouden kunnen uitmaken van de bedrijfsuitoefening van C. Het verwijderen van de dakplaten ten behoeve van het kunnen monteren van nieuwe dakplaten betreft daarmee werkzaamheden die C als bouwbedrijf in het kader van het renoveren van de daken, ook zelf zou hebben kunnen verrichten. Als vaststaand kan worden aangenomen dat er op het moment dat werknemer zijn werkzaamheden verrichtte, weliswaar overal in de fabriekshal een metalen netwerk onder het dak was bevestigd maar juist niet ter plaatse van zijn ongeval. Er was op de plek waar hij door het dak zakte geen (collectieve) doorvalbeveiliging (net) aangebracht en evenmin was sprake van een individuele valbeveiliging. Een dergelijke situatie, waarin op het dak, op een hoogte van

ruim negen meter boven een betonnen vloer met daarop geplaatste objecten, de platen moeten worden verwijderd, maar zonder adequate doorvalbeveiliging, is gevaarlijk. Het was dan ook C die jegens degenen die het dak zouden betreden, onder wie haar eigen werknemers, werknemers van onderaannemers en derden, ervoor had te zorgen dat sprake was van een adequate doorvalbeveiliging. De 'uitgangssituatie' mag niet gevaarlijk zijn, hetgeen wel het geval was. In zoverre was werknemer voor zijn veiligheid mede afhankelijk van C. Over die 'uitgangssituatie' had C ook zeggenschap. Daarmee is dus tevens in zoverre voldaan aan het tweede criterium voor toepasselijkheid van artikel 7:658 lid 4 BW. Bij de beoordeling van die vraag is immers van belang wat (naast en eventueel los van de contractuele verhoudingen) de feitelijke verhoudingen tussen de betrokkenen waren en welke invloed C daarbij had op de werkomstandigheden en de daarmee verband houdende veiligheidsrisico's.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 27-10-2015

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2015:8066

Zaaknummer: 200.141.671

Rechters: M.F.J.N. van Osch, W.L. Valk en B.J. Lenselink

Advocaten: A.P. Hovinga, E.E.M. van Schaijk-Bohm en T.F.J. van Oorschot

Wetsartikelen: 7:658 lid 4 BW

RECHTSPRAAK

X/Stichting Schaderegelingskantoor voor rechtsbijstandverzekering

Onterecht verzoek tot ontslag stichtingbestuurder SRK voor vermeende tegenwerking vrije advocaatkeuze.

SRK is een stichting die zich bezighoudt met het verlenen van rechtshulp aan personen die een rechtsbijstandsverzekering hebben afgesloten bij een bij SRK aangesloten verzekeraar. Z is sinds 15 november 2012 (enig) bestuurder en algemeen directeur van SRK. X is vanaf augustus 2000 met een onderbreking van twee jaar in loondienst werkzaam geweest bij SRK in de functie van rechtshulpverlener. De arbeidsovereenkomst is door de kantonrechter te Den Haag ontbonden met ingang van 1 mei 2014 op grond van een verandering van omstandigheden zonder toekenning van een vergoeding. Bij beschikking van 11 november 2014 heeft het Hof Den Haag het tegen deze beschikking gerichte hoger beroep van X verworpen. X heeft een rechtsbijstandsverzekering afgesloten bij een bij SRK aangesloten verzekeraar. In deze procedure verzoekt X Z met onmiddellijke ingang te ontslaan als bestuurder van SRK. De rechtbank heeft X in zijn verzoek niet-ontvankelijk verklaard (geen belanghebbende art. 2:298 BW).

Het hof oordeelt als volgt. X is niet als ex-werknemer maar als verzekeringsnemer van SRK belanghebbende. Hij doet zijn verzoek tot ontslag van de bestuurder steunen op de stelling dat SRK het recht op vrije advocaatkeuze frustreert, een onrechtmatig afsplitsbeleid voert, zaken onderbrengt bij SRK Rechtshulp B.V. en advocaat-stagiaires inzet. Dit zijn zaken waardoor hij in zijn belang van rechtsbijstandsverzekerde kan worden getroffen, zodat hij bij de uitkomst van de procedure belang heeft. Hij is derhalve ontvankelijk.

Het recht op een vrije advocaatkeuze is neergelegd in artikel 4:67 lid 1 Wet financieel toezicht (Wft). In aanmerking moet worden genomen dat over de reikwijdte van dit artikel verschil van inzicht heerste tussen de (uitvoerders van de) rechtsbijstandsverzekeraars en de rechtsbijstandsverzekerden. Eerst op 7 november 2013 is aan dit verschil van inzicht een einde gemaakt doordat het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft uitgesproken dat een rechtsbijstandsverzekerde steeds recht heeft op een onafhankelijke advocaat, en niet alleen

wanneer de zaak krachtens overeenkomst of naar de mening van de uitvoerende instantie (zoals SRK) aan een externe rechtshulpverlener moet worden uitbesteed. De door X genoemde berichten stammen deels van voor die tijd, toen er zoals gezegd nog onduidelijkheid heerste over de reikwijdte van de bepaling. Voor het overige deel dateren de producties uit de periode net na deze uitspraak. Het hof wil aannemen dat het SRK enige tijd heeft gekost om haar beleid aan te passen aan deze uitspraak, mede gezien het door SRK gestelde en door X onvoldoende betwiste feit dat het juist bij de afdeling Arbeid - waar ook X werkzaam was en waar de training en voorlichting plaatsvonden - tot op dat moment ongebruikelijk was om externe rechtshulp aan te trekken. Naar het oordeel van het hof hebben Z en SRK inmiddels de vrije advocaatkeuze volledig doorgevoerd.

Ook werpt X aan Z en SRK tegen dat SRK de rechtshulp laat verrichten door advocaat-stagiaires bij grote kantoren tegen gereduceerd tarief. Het hof verenigt zich op dit punt met de rechtbank. X heeft - terecht - niet weersproken dat het om gerenommeerde kantoren gaat. Verder is van algemene bekendheid dat het werk van een advocaat-stagiaire wordt besproken met en gecontroleerd door een oudere en ervaren advocaat. In dat licht en mede gezien het feit dat deze advocaat-stagiaires zich allicht in het kader van hun opleiding naar behoren zullen inspannen om de zaak tot een zo goed mogelijk einde te brengen, valt inderdaad - zoals de rechtbank terecht overweegt - niet in te zien in welk opzicht de verzekerden in hun belang worden geschaad. Van een handelen in strijd met wet en statuten of wanbeheer kan hier in elk geval niet worden gesproken.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 07-04-2015

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2015:3402

Zaaknummer: 200.160.535-01

Rechters: M.M. Olthof, D.A. Schreuder en J.M. Willink

Advocaten: J.A.M. van de Sande en R.P.C. Kütemann

Wetsartikelen: 2:298 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Stichting Leerorkest

***Werknemer die na vier jaar uitzending bij inlener in dienst treedt heeft geen vast contract op grond van de ketenregeling.
Opdrachtovereenkomst in casu waarschijnlijk een arbeidsovereenkomst.***

Het Leerorkest is een muziekeducatieproject waarbij basisschoolkinderen in het reguliere schoolgebouw één keer per week tijdens schooltijd in kleine groepjes instrumenten bespelen onder leiding van professionele muzikanten. Er worden orkestpartijen ingestudeerd en na een paar maanden vormen de kinderen onder begeleiding van een professionele dirigent een symfonieorkest: het Leerorkest. Werker heeft van 12 april 2007 tot en met 31 mei 2011 werkzaamheden verricht voor het Leerorkest als docent viool voor basisschoolkinderen, door tussenkomst van Tentoo Collective Freelance & Flex B.V. (verder: Tentoo). Van 1 juni 2011 tot 5 juli 2011 heeft werker zonder tussenkomst van Tentoo werkzaamheden als docent viool verricht voor het Leerorkest. Werker heeft een overeenkomst van opdracht gesloten. Daarnaast heeft hij een arbeidsovereenkomst met de Muziekschool Amsterdam. De Belastingdienst heeft werknemer ten behoeve van het Leerorkest een VAR verstrekt. In juli 2012 bericht het Leerorkest dat zij de overeenkomst met werker niet verlengt. Werker stelt zich op het standpunt dat hij werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst. In werkelijkheid waren de overeenkomsten van opdracht verkapte arbeidsovereenkomsten. Er was sprake van arbeid verricht in een gezagsverhouding en de bedingen aangaande vervanging en wijze van betaling zijn niet in vrijheid door werker aangegaan. Reeds sinds 2007 heeft werker, eerst via Tentoo, onafgebroken, met tussenpozen van minder dan drie maanden werkzaamheden verricht voor het Leerorkest. Op grond van artikel 7:668a BW is een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ontstaan. De opzegging van deze arbeidsovereenkomst is vernietigbaar omdat deze niet is geschied met inachtneming van de toepasselijke CAO Kunsteducatie, welke vernietigbaarheid tijdig is ingeroepen. Het Leerorkest handelde in strijd met artikel 3:1 jo. artikel 3:2 van de CAO Kunsteducatie.

Het hof oordeelt als volgt. De rechtsverhouding tussen partijen kan in de periode 2007-2011 niet als een arbeidsovereenkomst worden gekwalificeerd, maar moet, zoals het Leerorkest

stelt, als uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW worden bestempeld. Vast staat tussen partijen dat werker in april 2007 een sollicitatiegesprek heeft gevoerd met de heer D., coördinator van het Leerorkest. Vast staat bovendien dat werker aan het einde van het sollicitatiegesprek de 'CAO Tentoo Collective Freelance & Flex B.V.' heeft ontvangen, dat hij per 12 april 2007 is begonnen bij het Leerorkest als docent viool en dat hij vanaf die datum voor zijn werkzaamheden ten behoeve van het Leerorkest uitsluitend salaris en loonstroken van Tentoo heeft ontvangen. Voorts heeft werker niet expliciet betwist dat hij een door Tentoo verstrekt registratieformulier op 17 april 2007 aan Tentoo heeft geretourneerd. Verder heeft de directeur van Tentoo schriftelijk onder meer verklaard dat werker met ingang van 12 april 2007 in dienst is getreden bij Tentoo en op 31 mei 2011 uit dienst is getreden, dat hij in dienst was op basis van een uitzendovereenkomst en dat het Leerorkest inlener van werker en Tentoo uitlener was. Daar komt nog bij dat werker zelf heeft gesteld dat het, voor zover hij kon nagaan, 'voor alle docenten gebruikelijk [was] dat er aanvankelijk via Tentoo werd gewerkt' en dat het voor het Leerorkest, door 'vervolgens de samenwerking met Tentoo in 2011 te beëindigen en de docenten te verplichten om gebruik te maken van een opdrachtovereenkomst, (...) nog voordeliger' werd. Op grond van al deze feiten en omstandigheden, in onderling verband en samenhang beschouwd, acht het hof aannemelijk dat in de periode 2007-2011 sprake is geweest van een uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW waarbij werker door Tentoo ter beschikking werd gesteld aan het Leerorkest. Werker heeft hiertegen in hoofdzaak aangevoerd dat hij in die periode werkzaam is geweest krachtens een arbeidsovereenkomst tussen hem en het Leerorkest omdat sprake was van een gezagsverhouding tussen het Leerorkest en hemzelf en de andere docenten die bleek uit onder meer het verplichte rooster, het voorgeschreven repertoire, het curriculum, de vervangingsregeling en andere kenmerken zoals aansturing van de docenten door of namens het Leerorkest, en heeft ter zake expliciet bewijs aangeboden. Daarmee miskent werker evenwel dat een uitzendovereenkomst juist meebrengt dat onder toezicht en leiding van de derde (in dit geval: het Leerorkest) arbeid wordt verricht en deze derde (de inlener) dus een instructiebevoegdheid (gezagsverhouding) uitoefent voor zover het de te verrichten arbeid betreft. Het bewijsaanbod van werker op dit punt wordt daarom als niet ter zake dienend gepasseerd. Op grond van het voorgaande faalt het door werker gedane beroep op toepasselijkheid van artikel 7:667 lid 4 BW (de zogenoemde Ragetlie-regel), terwijl artikel 7:668a lid 1 BW ook hierom iedere toepassing mist. Aan het bepaalde in lid 1 aanhef en onderdeel a van artikel 7:668a BW wordt immers niet voldaan omdat, als de overeenkomsten voor bepaalde tijd die het Leerorkest met werker in de periode na 31 mei 2011 heeft gesloten al als arbeidsovereenkomsten kunnen worden aangemerkt, deze overeenkomsten de periode van 36 maanden niet hebben overschreden. Dit geldt ook indien met werker zou worden aangenomen dat de overeenkomst die op 26 juni 2012 afliep na die datum op de voet van

artikel 7:668 BW is voortgezet tot 1, althans 6 december 2012. Ook aan het in lid 1 aanhef en onderdeel b van artikel 7:668a BW bepaalde is niet voldaan omdat in elk geval geen sprake is van meer dan drie, maar slechts van ten hoogste drie, voor bepaalde tijd aangegane arbeidsovereenkomsten. Overigens kan van voortzetting van enige arbeidsovereenkomst na 26 juni 2012 op de voet van artikel 7:668 lid 2 BW geen sprake zijn, omdat de op laatst vermelde datum aflopende overeenkomst voor bepaalde tijd was gesloten (te weten tot 21, althans 26 juni 2012) en geen opzegging van die overeenkomst was vereist, nu, zoals hiervoor is overwogen, artikel 7:667 lid 4 BW toepassing mist.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 07-04-2015

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2015:1287

Zaaknummer: 200.143.235

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

Advocaten: P. Chr Snijders en A.F.E. Versteegh

RECHTSPRAAK

X/Y***Ontslag 72-jarige werknemer niet kennelijk onredelijk. Verstoorde arbeidsverhouding na mislukte in- en uitkoop vof.***

X vormde in 2004 (toen 63 jaar oud) tezamen met zijn echtgenote een vennootschap onder firma waarin hij in Purmerend in een gehuurde bedrijfsruimte een kleine winkel in tabakswaaren en aanverwante zaken exploiteerde onder de naam Q. Y (toen 31 jaar oud) is in 2004 tezamen met haar echtgenoot toegetreden tot die vennootschap onder firma. Na een mislukte uitkoop, is uiteindelijk X in november 2011 voor 25 uur per week in dienst getreden van Y. Met toestemming van UWV is de arbeidsovereenkomst tegen 1 april 2013 opgezegd. Werknemer vordert € 97.200 schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag. Hij stelt dat hij en zijn vrouw terugvallen op enkel de AOW-uitkering. De kantonrechter heeft in het vonnis waarvan beroep, kort samengevat en voor zover thans relevant, als volgt overwogen. De arbeidsverhouding tussen X en Y was eind 2012 reeds ernstig verstoord. Dat heeft alles te maken met wat in de periode 2004 tot en met 2011 is voorgevallen en heeft korte tijd later tot een ontslagaanvraag geleid. Bij die 'voorvallen' komt nog de onnodige procedure met de verhuurder, die X had moeten voorkomen door zelf mee te werken aan een overdracht van de huur. Een en ander leidt tot de conclusie dat geen sprake is geweest van een valse of voorgewende reden. Wat het gevolgcriterium betreft staat voorop dat het enkele feit dat geen vergoeding is aangeboden het ontslag niet kennelijk onredelijk maakt.

Het hof oordeelt als volgt. Van een valse of voorgewende reden is geen sprake. Het is duidelijk dat alle voorvallen tussen 2004 en 2011 (vooral de mislukte inkoop/uitkoop in de vof) hebben gecumuleerd tot een verstoorde arbeidsverhouding. Het hof acht in dit verband van belang dat X ten tijde van het hem gegeven ontslag op 31 maart 2013 pas gedurende ruim een jaar, en dus zeer kort, bij Y in dienst was en bijna de leeftijd van 72 jaar had bereikt, dat zowel hij als zijn echtgenote op dat moment een AOW-uitkering genoten, dat hij daarnaast over een klein pensioen beschikte en dat hij bij de Kamer van Koophandel inmiddels een bedrijf had ingeschreven waarin hij markiezen wilde gaan vervaardigen. Voorts staat tussen partijen vast dat Y X op 21 december 2012 op non-actief heeft gesteld, dat X tot de datum waartegen Y de arbeidsovereenkomst met hem heeft opgezegd (31 maart 2013), niet meer heeft gewerkt en dat

zijn salaris volledig (dus ruim drie maanden) is doorbetaald. Ten slotte wettigen de genoemde feiten en omstandigheden de conclusie dat het feit dat de arbeidsverhouding tussen hem en Y aan het einde van het jaar 2012 verstoord was, in overwegende mate aan X was te wijten. Op grond van een en ander, in onderling verband en samenhang beschouwd, moet worden geoordeeld dat ook de vraag of het ontslag op grond van het gevolgcriterium van artikel 7:681 lid 2 aanhef en onderdeel b BW kennelijk onredelijk is geweest, ontkennend moet worden beantwoord.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 07-04-2015

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2015:5115

Zaaknummer: 200.143.849/01

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

Advocaten: L.M. van den Ende en J.C.I. Veerman

Wetsartikelen: 7:681 (oud) BW

RECHTSPRAAK

X/PostNL Pakketten Benelux B.V.

Pakketbezorger PostNL is niet werkzaam op basis van een arbeidsovereenkomst. Subcontractor heeft bewust gekozen voor het zelfstandig ondernemerschap, mag geacht worden de consequenties daarvan te kunnen overzien en heeft zich daar ook naar gedragen.

PostNL maakt voor de pakketverzorging gedeeltelijk gebruik van de diensten van zelfstandige pakketbezorgers (hierna: subcontractors). PostNL heeft daartoe met deze subcontractors overeenkomsten gesloten. De subcontractors zijn hetzij zelfstandige zonder personeel (zzp'er), hetzij zelfstandige met werkend personeel (zmp'er), hetzij zelfstandige met een zelfstandige (zmz'er). X drijft sinds 12 november 2010 een eenmanszaak. Op 3 oktober 2011 hebben PostNL en X een 'Vervoersovereenkomst' (hierna: de overeenkomst) gesloten. X behoort tot een groep van 19 subcontractors met wie de overeenkomst is opgezegd wegens klachten over de uitvoering van hun werkzaamheden en/of hun opstelling tijdens collectieve acties medio 2015. Kern van het geschil tussen partijen is de vraag of X werkzaam is op basis van een overeenkomst van opdracht (standpunt PostNL) of op basis van een arbeidsovereenkomst (standpunt X).

De kantonrechter oordeelt als volgt. Het toetsingskader wordt gevormd door artikel 7:610 BW en de inhoud die daaraan is gegeven door de Hoge Raad in (onder meer) de arresten Groen/Schoevers (NJ 1998/149), ABN AMRO/Mahli (NJ 2003/124), Diosynth/Groot (NJ 2005/239), Thuiszorg Rotterdam/PGGM (NJ 2007/449) en De Gouden Kooi (NJ 2011/594) en recentelijk HR 9 oktober 2015 (JAR 2015/277). In de Vervoersovereenkomst is toepasselijkheid van Boek 7 BW 'met name de (...) arbeidsovereenkomst' uitgesloten. De partijbedoeling lijkt duidelijk niet gericht te zijn geweest op het aangaan van een arbeidsovereenkomst. Echter, in een situatie waarin partijen maatschappelijk en economisch als gelijkwaardig zijn te beschouwen, dient meer gewicht te worden toegekend aan de partijbedoeling zoals deze blijkt uit de tussen hen gesloten overeenkomst(en), dan in een situatie waarin sprake is van maatschappelijke ongelijkheid en economische afhankelijkheid. In dat laatste geval zijn er immers minder argumenten om betrokkenen de ongelijkheidscompensatie van het arbeidsrecht te ontfemen. In het onderhavige geval staat vast dat X zijn koeriersbedrijf negen

maanden voordat hij begon met werken voor PostNL heeft opgericht.

Y heeft verklaard X vanaf het moment dat hij vanuit Almere werkte, met hem heeft onderhandeld over zijn routes en zijn tarief en dat X consequent heeft aangedrongen op uitbreiding van zijn route. Hieruit kan worden afgeleid dat de wil van X steeds gericht is geweest op ondernemerschap. Anders dan ten aanzien van de verzoekers in de andere twee procedures (zie AR 2015-1264 en AR 2015-1265) bestaan ten aanzien van X duidelijke en concrete aanwijzingen dat hem bij het aangaan van de overeenkomst ondernemerschap voor ogen heeft gestaan, en dat hij zich daar ook naar heeft gedragen. Vast staat dat X niet werd beloond op basis van zijn inspanningen en/of op basis van gewerkte uren, maar op basis van het door hem geleverde resultaat. De aard van de werkzaamheden is zodanig dat ten aanzien van *de inhoud* van het werk weinig inhoudelijke instructie valt te geven. PostNL heeft echter ten aanzien van vrijwel alles wat met *de uitvoering* van het werk samenhangt, zoals de bedrijfskleding, het schoeisel en de wijze waarop de scanner voor pakjes bevestigd dient te worden aan de broekriem, gedetailleerde instructies gegeven. Hetzelfde geldt ten aanzien van de kleur en de maatvoering waaraan de bus van X dient te voldoen. Er zijn Werkinstructies en Huisregels van toepassing verklaard die ook gelden voor de werknemers van PostNL. De werkzaamheden van X werden blijkens de Bijlage bij de Vervoersovereenkomst op vaste dagen verricht, namelijk op dinsdag tot en met zaterdag. X was verplicht om op vaste tijdstippen de pakketten van het depot op te halen. Het was X niet toegestaan om zich structureel door een ander te laten vervangen bij de uitvoering van zijn werkzaamheden. Evenwel staat vast dat X zich in de jaren 2013 tot en met 2015 voor 44% van de tijd door anderen, niet zijnde familie, heeft laten vervangen. Verder staat vast dat het X niet vrij stond om zich door een geheel willekeurige derde te laten vervangen (en daarvan vervolgens zelf het risico te dragen). Alleen de vervangers die vooraf waren goedgekeurd door PostNL (een Verklaring omtrent gedrag, een rijbewijs en een met goed gevolg afgelegde test) werden geregistreerd als vervanger. Indien X zich liet vervangen moest dit vooraf worden medegedeeld aan het depot om te zorgen dat de vervanger daadwerkelijk de pakketten mee kreeg. Ten aanzien van X is de kantonrechter van oordeel dat, alle omstandigheden van het geval in aanmerking nemend, geen sprake is van een arbeidsovereenkomst. Alle omstandigheden in aanmerking genomen en afwegend, komt bij X een beeld naar voren van een subcontractor die bewust heeft gekozen voor het zelfstandig ondernemerschap, geacht mag worden de consequenties daarvan te kunnen overzien en zich daar ook naar heeft gedragen. Bovendien vertoont X gelet op de structurele en hoge vervangingsgraad, meer gelijkenis met een zmp'er (zelfstandige met personeel) dan met een zzp'er. PostNL heeft aan de zmp'ers bewust geen arbeidscontract aangeboden omdat dezen naar haar mening niet kunnen voldoen aan het vereiste dat de werkzaamheden persoonlijk verricht dienen te worden. Volgt afwijzing van de verzoeken en de gevraagde voorzieningen.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 18-12-2015

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2015:11230

Zaaknummer: 4534407 AO VERZ 15-297 en 4572849 AO VERZ 15-318

Rechters: T.S. Pieters

Advocaten: E.D. van Tellingen, J.M. van Slooten en P. Huffman

Wetsartikelen: 7:610 BW

RECHTSPRAAK

X/Pensioenfonds

Cassatie in belang der wet: Algemene kortingsregel pensioen levert indirect onderscheid op grond van geslacht op. Pensioenfonds is gehouden op grond van artikel 6a WGB de proportionaliteit en subsidiariteit van de regel te bewijzen.

X is gehuwd geweest met Y, die 23 jaar ouder was dan zij, en die gedurende zijn werkzame leven in dienst was bij ING. Uit dien hoofde was Y deelnemer bij het ING Pensioenfonds (hierna: het Pensioenfonds), en heeft hij rechten op een ouderdoms- en nabestaandenpensioen opgebouwd. In de toepasselijke pensioenreglementen was met betrekking tot het nabestaandenpensioen voorzien in een kortingsregeling voor het geval dat de echtgeno(o)t(e) of partner van de deelnemer meer dan tien jaren jonger zou zijn dan de deelnemer. In dat geval dient ingevolge deze regeling het nabestaandenpensioen aldus te worden berekend dat het bedrag van de uitkering waarop afgezien van dit leeftijdsverschil aanspraak zou bestaan, wordt verminderd door vermenigvuldiging van het zojuist bedoelde bedrag met een breuk waarvan de teller gelijk is aan 30 en de noemer gelijk aan het in jaren uitgedrukte leeftijdsverschil vermeerderd met 20. X heeft bij het Pensioenfonds bezwaar gemaakt tegen de toepassing van de korting op de grond dat de kortingsregeling een in de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen (WGB) verboden indirect onderscheid tussen mannen en vrouwen inhoudt. Het Pensioenfonds heeft dat standpunt van X niet aanvaard. De Commissie Gelijke Behandeling (hierna ook: de CGB) heeft desverzocht geoordeeld dat door de kortingsregeling in dit geval een ongeoorloofd indirect onderscheid tussen mannen en vrouwen wordt gemaakt. De kantonrechter heeft de vordering van X tot betaling van pensioen zonder kortingsregeling afgewezen. Het hof oordeelde in gelijke zin. Tegen dit oordeel is cassatie in het belang der wet ingesteld.

De Hoge Raad oordeelt als volgt. Bij de beoordeling van het hiertegen door de procureur-generaal in het belang der wet aangevoerde middel wordt vooropgesteld dat ingevolge artikel 1 lid 1 aanhef en onderdeel c WGB sprake is van indirect onderscheid tussen mannen en vrouwen, indien een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze, personen van een bepaald geslacht in vergelijking met andere personen bijzonder treft. Indirect onderscheid

is ingevolge artikel 6 WGB niet verboden als dat onderscheid objectief gerechtvaardigd wordt door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn. Onder 'noodzakelijk' is te verstaan dat die middelen voldoen aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit. Het hof heeft bij deze beoordeling gewicht toegekend aan de omstandigheid dat het pensioenreglement waarvan de kortingsregeling deel uitmaakt, het resultaat is van arbeidsvoorwaardenoverleg tussen cao-partijen. Het hof voegde hieraan toe dat het de burgerlijke rechter past terughoudend te zijn met een oordeel over de grenzen die het reglement in concreto aan de solidariteit stelt. De kortingsregeling is een geschikt middel om het gerechtvaardigde doel van beperking van de solidariteit te bereiken, en voorts is het tot op zekere hoogte arbitrair in welke mate de solidariteit wordt beperkt, aldus nog steeds het hof. Met dit oordeel heeft het hof miskend dat de rechter zich over de vraag of de kortingsregeling (mede) voldoet aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit, zelfstandig een oordeel dient te vormen en daarin alle relevante omstandigheden van het geval dient te betrekken. Gelet op het fundamentele belang van een gelijke behandeling naar geslacht, wordt de rechter bij die beoordeling, anders dan het hof tot uitgangspunt heeft genomen, niet beperkt door de in beginsel aan cao-partijen toekomende onderhandelingsvrijheid. Voorts heeft het hof in dit kader ten onrechte in het midden gelaten of de kosten van afschaffing van de leeftijdskorting in het niet vallen bij de totale omvang van het fonds, zoals X heeft gesteld. Het hof had van het Pensioenfonds moeten verlangen dat het aan de hand van door hem in het geding te brengen cijfers aantoonde dat het gemaakte onderscheid voldoet aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit. In aanmerking genomen dat het hof - terecht - mede tot uitgangspunt heeft genomen dat de kortingsregeling leidt tot het maken van indirect onderscheid in de zin van artikel 1 lid 1 onderdeel c WGB, volgt immers uit artikel 6a WGB dat het Pensioenfonds dient te bewijzen dat voor het gemaakte onderscheid een objectieve rechtvaardigingsgrond bestaat. Het middel treft dus doel. Overigens verdient nog opmerking dat uit de processtukken blijkt dat het Pensioenfonds, bij de behandeling van deze zaak door de CGB, onder meer heeft aangevoerd dat geen algemene uitspraken kunnen worden gedaan over de verhouding tussen de kosten van afschaffing van de kortingsregeling en de omvang van het desbetreffende fonds. Bij een grote collectiviteit zijn de effecten van afschaffing van de korting vaak relatief klein, maar bij een kleinere collectiviteit zijn deze effecten veel groter. Bovendien komen binnen sommige beroepsgroepen grote leeftijdsverschillen tussen de partners relatief vaak voor, aldus nog steeds het Pensioenfonds. Bij de beoordeling of een objectieve rechtvaardigingsgrond bestaat voor een op zichzelf vaststaand indirect onderscheid in de zin van artikel 1 lid 1 onderdeel c WGB, zijn dergelijke algemene gezichtspunten echter niet van belang. Het komt aan op de feiten en omstandigheden van het concrete geval. In dit geding heeft het Pensioenfonds voorts aangevoerd dat afschaffing van de kortingsregeling voor hem zou leiden tot een eenmalige

kostenverhoging van circa € 10.000.000, en verder tot een jaarlijkse kostenverhoging van € 1.000.000. Met dergelijke globale en niet onderbouwde cijfers - die overigens door X zijn betwist - voldoet het Pensioenfonds echter niet aan de op hem rustende bewijslast. Daarbij komt nog dat die cijfers niet zijn gerelateerd aan de totale omvang van het fonds en dat evenmin een berekening is overgelegd van de mate waarin de pensioenpremie van de deelnemers zou stijgen door afschaffing van de kortingsregeling.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 18-12-2015

ECLI: ECLI:NL:HR:2015:3628

Zaaknummer: 15/04170

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

Wetsartikelen: Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen

RECHTSPRAAK

X/PostNL Pakketten Benelux B.V.

Pakketbezorger PostNL is werkzaam op basis van een arbeidsovereenkomst. Feitelijke uitvoering is, gelet op beschermingsgedachte van het arbeidsrecht, doorslaggevend.

PostNL maakt voor de pakketverzorging gedeeltelijk gebruik van de diensten van zelfstandige pakketbezorgers (hierna: subcontractors). PostNL heeft daartoe met deze subcontractors overeenkomsten gesloten. De subcontractors zijn hetzij zelfstandige zonder personeel (zzp'er), hetzij zelfstandige met werkend personeel (zmp'ers), hetzij zelfstandige met een zelfstandige (zmq'er). X drijft sinds 1 april 2013 een eenmanszaak. Op 11 juli 2013 hebben PostNL en X een 'Vervoersovereenkomst' (hierna: de overeenkomst) gesloten. X behoort tot een groep van 19 subcontractors met wie de overeenkomst is opgezegd wegens klachten over de uitvoering van hun werkzaamheden en/of hun opstelling tijdens collectieve acties medio 2015. Kern van het geschil tussen partijen is de vraag of X werkzaam is op basis van een overeenkomst van opdracht (standpunt PostNL) of op basis van een arbeidsovereenkomst (standpunt X).

De kantonrechter oordeelt als volgt. Het toetsingskader wordt gevormd door artikel 7:610 BW en de inhoud die daaraan is gegeven door de Hoge Raad in (onder meer) de arresten Groen/Schoevers (NJ 1998/149), ABN AMRO/Mahli (NJ 2003/124), Diosynth/Groot (NJ 2005/239), Thuiszorg Rotterdam/PGGM (NJ 2007/449) en De Gouden Kooi (NJ 2011/594) en recentelijk HR 9 oktober 2015 (JAR 2015/277). In de Vervoersovereenkomst is toepasselijkheid van Boek 7 BW 'met name de (...) arbeidsovereenkomst' uitgesloten. De partijbedoeling lijkt duidelijk niet gericht te zijn geweest op het aangaan van een arbeidsovereenkomst. Echter, in een situatie waarin partijen maatschappelijk en economisch als gelijkwaardig zijn te beschouwen, dient meer gewicht te worden toegekend aan de partijbedoeling zoals deze blijkt uit de tussen hen gesloten overeenkomst(en), dan in een situatie waarin sprake is van maatschappelijke ongelijkheid en economische afhankelijkheid. In dat laatste geval zijn er immers minder argumenten om betrokkenen de ongelijkheidscompensatie van het arbeidsrecht te ontfangen. Ten aanzien van de feitelijke uitvoering wordt het volgende overwogen. Vast staat dat X niet werd beloond op basis van zijn inspanningen en/of op basis

van gewerkte uren, maar op basis van het door hem geleverde resultaat. De aard van de werkzaamheden is zodanig dat ten aanzien van *de inhoud* van het werk weinig inhoudelijke instructie valt te geven. PostNL heeft echter ten aanzien van vrijwel alles wat met *de uitvoering* van het werk samenhangt, zoals de bedrijfskleding, het schoeisel en de wijze waarop de scanner voor pakjes bevestigd dient te worden aan de broekriem, gedetailleerde instructies gegeven. Hetzelfde geldt ten aanzien van de kleur en de maatvoering waaraan de bus van X dient te voldoen. Er zijn Werkinstructies en Huisregels van toepassing verklaard die ook gelden voor de werknemers van PostNL. De werkzaamheden van X werden blijkens de Bijlage bij de Vervoersovereenkomst op vaste dagen verricht, namelijk op dinsdag tot en met zaterdag. X was verplicht om op vaste tijdstippen de pakketten van het depot op te halen. Het was X niet toegestaan om zich structureel door een ander te laten vervangen bij de uitvoering van zijn werkzaamheden. Wel mocht X zich incidenteel laten vervangen, bijvoorbeeld in geval van ziekte of vakantie. Hoewel een aantal aspecten duidt op zelfstandig ondernemerschap, komt de kantonrechter als zij de balans opmaakt van alle omstandigheden, tot de conclusie dat de overeenkomst tussen PostNL en X gekwalificeerd moet worden als een arbeidsovereenkomst.

De wijze waarop PostNL instructies geeft ten aanzien van de uitvoering van het werk en op de naleving daarvan toeziet, laat zo weinig ruimte voor eigen invulling dat ondernemingsvrijheid nagenoeg geheel ontbreekt. Tot die vrijheid behoort het in elk geval ten dele naar eigen inzicht kunnen uitvoeren van de werkzaamheden en invloed kunnen uitoefenen op te behalen resultaten. Die mogelijkheid is er niet of nauwelijks. De stelling van PostNL dat op een aantal onderdelen wél onderhandelingsruimte bestaat (bijvoorbeeld ten aanzien van de tariefstelling en de route), is onvoldoende onderbouwd. X heeft gesteld (a) dat hij in de praktijk - mede doordat zijn vervoerscontract een volle werkweek beslaat en als gevolg van de eisen die gesteld worden ten aanzien van de bus - net als veel andere subcontractors uitsluitend voor PostNL rijdt, en (b) dat het hem niet was toegestaan om op de dagen dat hij voor PostNL werkte, tegelijkertijd vervoerswerkzaamheden voor andere opdrachtgevers uit te voeren. PostNL heeft beide stellingen onvoldoende gemotiveerd betwist. Op zichzelf voert het werken voor één opdrachtgever niet automatisch tot de conclusie dat sprake is van een arbeidsovereenkomst, zoals de gemachtigde van PostNL terecht heeft betoogd. Wanneer echter deze ene opdrachtgever enerzijds zeer strakke kaders verstrekt waarbinnen de werkzaamheden dienen te worden verricht, terwijl anderzijds vanwege de economische afhankelijkheid nauwelijks tot geen ruimte bestaat om over die kaders te onderhandelen, ontstaat eerder het beeld van een gezagsverhouding dan dat van zelfstandig ondernemerschap. Nu sprake is van een arbeidsovereenkomst, is de opzegging hiervan zoals deze door PostNL is gedaan op 20 augustus 2015 in strijd met artikel 7:671 BW. Gelet daarop komt die opzegging op grond van artikel 7:681 lid 1 BW voor vernietiging in aanmerking.

Partijen mogen zich nog uitlaten over de gevorderde wedertewerkstelling en de loonvordering.
De beslissing wordt op deze onderdelen aangehouden.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 18-12-2015

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2015:11232

Zaaknummer: 4534468 AO VERZ 15-298 en 4572861 AO VERZ 15-319

Rechters: T.S. Pieters

Advocaten: E.D. van Tellingen, J.M. van Slooten en P. Huffman

Wetsartikelen: 7:61o BW, 7:671 BW en 7:681 BW

RECHTSPRAAK

Stichting Kempisch Centrum voor Muziek & Dans/werknemer

Werkgever is gebonden aan oordeel bezwarencommissie op grond van zelf overeengekomen bepaling in sociaal plan. Beperking toegang overheidsrechter ondubbelzinnig aanvaard.

KCMD heeft haar activiteiten met ingang van 1 augustus 2008 gestaakt. Ten behoeve van de werknemers is een sociaal plan opgesteld. Artikel 6.2 van het sociaal plan luidt: Werknemers geboren voor 1 januari 1950 worden per 1 augustus 2008 op non-actief gesteld met behoud van salaris en pensioenopbouw, zodat zij op de spilleeftijd (62 jaar en 3 maanden) gebruik kunnen maken van de FPU. Eventuele salarisverhogingen vallen tot aan de spilleeftijd binnen deze afspraak. Tijdens FPU wordt salaris aangevuld en pensioen ingekocht, waardoor de werknemer geen nadeel ondervindt van gebruik FPU. Werknemers met een aanspraak op ABP-pensioen zoals werknemer, die tot één maand voor de maand waarin zij 65 jaar worden geen gebruik hebben gemaakt van FPU, kunnen hun niet-opgenomen FPU-tijd omzetten in een verhoging van hun ouderdomspensioen (het Vendrik-effect). Omdat werknemer per 1 februari 2009 van FPU gebruik maakt, loopt hij deze mogelijkheid mis. KCMD stelt zich op het standpunt dat zij niet op grond van artikel 6.2 van het sociaal plan het nadeel hoeft te compenseren dat voor werknemer voortvloeit uit het gemis van deze mogelijkheid. Werknemer verdedigt het omgekeerde standpunt. Werknemer heeft op grond van artikel 8 sociaal plan bezwaar gemaakt bij de bezwarencommissie. Deze commissie heeft werknemers bezwaar gegrond bevonden. Het hof heeft geoordeeld dat KCMD op grond van artikel 8.7 sociaal plan gehouden was, nu de bezwarencommissie het bezwaar van werknemer gegrond had verklaard, om met inachtneming van de uitspraak van de bezwarencommissie een nieuw besluit te nemen. De woorden 'tenzij tot genoegen van de bezwarencommissie kan worden aangetoond dat zulks geheel of gedeeltelijk onmogelijk is' kunnen, in samenhang met de woorden 'met in achtneming van de uitspraak, een nieuw besluit te nemen' niet anders worden begrepen dan dat KCMD daarbij gebonden was aan de uitspraak van de bezwarencommissie. Volgens KCMD wordt hiermee de toegang tot de overheidsrechter belemmerd.

De Hoge Raad oordeelt als volgt. Bij de beoordeling van deze klacht dient tot uitgangspunt dat KCMD bij de door het hof aan artikel 8.7 gegeven uitleg slechts in zoverre wordt beperkt in haar bevoegdheid het geschil aan de rechter voor te leggen, dat de verplichting om een nieuw besluit te nemen in overeenstemming met het oordeel van de bezwarencommissie eerst geldt indien het geschil niet door een werknemer of de werkgever bij de rechter aanhangig is gemaakt, hetgeen zelfs nog mogelijk is tijdens de behandeling van het bezwaar door de bezwarencommissie (art. 8.8 en 8.9 van het sociaal plan). In het oordeel van het hof ligt besloten dat KCMD, die als contractspartij betrokken was bij het overeenkomen van het sociaal plan, de uit de uitleg van het hof voortvloeiende beperking van haar bevoegdheid ondubbelzinnig heeft aanvaard. Het onderdeel mist in zoverre dan ook feitelijke grondslag. Het onderdeel voert daarnaast aan dat het oordeel van het hof onbegrijpelijk is gemotiveerd. In dit verband wijst het erop dat KCMD in de feitelijke instanties heeft aangevoerd dat het in taalkundig opzicht geenszins voor de hand ligt om de in artikel 8.7 van het sociaal plan bedoelde verplichting van KCMD als werkgever om 'met inachtneming van' de uitspraak van de bezwarencommissie een nieuw besluit te nemen, aldus uit te leggen dat de werkgever in beginsel aan die uitspraak is gebonden. Volgens KCMD moet 'met inachtneming van' aldus worden begrepen dat KCMD zich bij het nemen van een nieuw besluit rekenschap dient te geven van de uitspraak van de bezwarencommissie, in die zin dat zij slechts is gehouden de daaraan ten grondslag liggende overwegingen te verdisconteren in de motivering van haar nieuwe besluit. Het hof heeft deze uitleg klaarblijkelijk niet aannemelijk geacht. Dat is niet onbegrijpelijk, nu die uitleg zou leiden tot het onaannemelijke rechtsgevolg dat de in de bepaling voorziene uitzondering ('tenzij tot genoegen van de bezwarencommissie kan worden aangetoond dat zulks geheel of gedeeltelijk onmogelijk is') enkel betrekking zou hebben op de motiveringsplicht. KCMD heeft niet aangevoerd, en het valt ook niet in te zien, in welke omstandigheden het geheel of gedeeltelijk onmogelijk zou zijn een afwijking van de uitspraak van de bezwarencommissie te motiveren, zodat de uitzondering waarin de bepaling voorziet bij de door KCMD bepleite uitleg zonder zin zou zijn. Het in de motivering van het hof besloten liggende oordeel dat KCMD de inhoud van artikel 8.7 van het sociaal plan redelijkerwijs niet anders heeft kunnen begrijpen dan in de door het hof genoemde zin, en dat zij dan ook geacht moet worden daarmee - als partij bij het sociaal plan - ondubbelzinnig te hebben ingestemd, is, gelet op het voorgaande, evenmin onbegrijpelijk.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 18-12-2015

ECLI: ECLI:NL:HR:2015:3623

Zaaknummer: 14/03435

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

Advocaten: K. Teuben en M.J. van Basten Batenburg

Wetsartikelen: 6 EVRM en WCAO

RECHTSPRAAK

X/PostNL Pakketten Benelux B.V.

Pakketbezorger PostNL is werkzaam op basis van een arbeidsovereenkomst. Feitelijke uitvoering is, gelet op beschermingsgedachte van het arbeidsrecht, doorslaggevend.

PostNL maakt voor de pakketverzorging gedeeltelijk gebruik van de diensten van zelfstandige pakketbezorgers (hierna: subcontractors). PostNL heeft daartoe met deze subcontractors overeenkomsten gesloten. De subcontractors zijn hetzij zelfstandige zonder personeel (zzp'er), hetzij zelfstandige met werkend personeel (zmp'er), hetzij zelfstandige met een zelfstandige (zmq'er). X drijft sinds 24 juni 2013 een eenmanszaak. Op 10 juli 2013 heeft X met ingang van 8 juli 2013 een Vervoersovereenkomst (hierna: de overeenkomst) gesloten met PostNL. X behoort tot een groep van 19 subcontractors met wie de overeenkomst is opgezegd wegens klachten over de uitvoering van hun werkzaamheden en/of hun opstelling tijdens collectieve acties medio 2015. Kern van het geschil tussen partijen is de vraag of X werkzaam is op basis van een overeenkomst van opdracht (standpunt PostNL) of op basis van een arbeidsovereenkomst (standpunt X).

De kantonrechter oordeelt als volgt. Het toetsingskader wordt gevormd door artikel 7:610 BW en de inhoud die daaraan is gegeven door de Hoge Raad in (onder meer) de arresten Groen/Schoevers (NJ 1998/149), ABN AMRO/Mahli (NJ 2003/124), Diosynth/Groot (NJ 2005/239), Thuiszorg Rotterdam/PGGM (NJ 2007/449) en De Gouden Kooi (NJ 2011/594) en recentelijk HR 9 oktober 2015 (JAR 2015/277). In het Precontract is bepaald dat partijen geen arbeidsovereenkomst beoogden. Hierin is voorts bepaald dat geen sociale premies worden ingehouden en dat de vervoerders (dus) geen aanspraken hebben op een uitkering krachtens de WW en WIA. In de Vervoersovereenkomst zelf is toepasselijkheid van Boek 7 BW 'met name de (...) arbeidsovereenkomst' uitgesloten. Op grond van deze stukken lijkt de partijbedoeling duidelijk niet gericht te zijn geweest op het aangaan van een arbeidsovereenkomst. Echter, in een situatie waarin partijen maatschappelijk en economisch als gelijkwaardig zijn te beschouwen, dient meer gewicht te worden toegekend aan de partijbedoeling zoals deze blijkt uit de tussen hen gesloten overeenkomst(en), dan in een situatie waarin sprake is van maatschappelijke ongelijkheid en economische afhankelijkheid.

In dat laatste geval zijn er immers minder argumenten om betrokkenen de ongelijkheidscompensatie van het arbeidsrecht te ontzeggen. Ten aanzien van de feitelijke uitvoering wordt het volgende overwogen. Vast staat dat X niet werd beloond op basis van zijn inspanningen en/of op basis van gewerkte uren, maar op basis van het door hem geleverde resultaat. De aard van de werkzaamheden is zodanig dat ten aanzien van *de inhoud* van het werk weinig inhoudelijke instructie valt te geven. PostNL heeft echter ten aanzien van vrijwel alles wat met *de uitvoering* van het werk samenhangt, zoals de bedrijfskleding, het schoeisel en de wijze waarop de scanner voor pakjes bevestigd dient te worden aan de broekriem, gedetailleerde instructies gegeven. Hetzelfde geldt ten aanzien van de kleur en de maatvoering waaraan de bus van X dient te voldoen. Er zijn Werkinstructies en Huisregels van toepassing verklaard die ook gelden voor de werknemers van PostNL. De werkzaamheden van X werden blijkens de Bijlage bij de Vervoersovereenkomst op vaste dagen verricht, namelijk op dinsdag tot en met zaterdag. X was verplicht om tussen 07.00 uur en 11.00 uur de pakketten van het depot op te halen. Het was X niet toegestaan om zich structureel door een ander te laten vervangen bij de uitvoering van zijn werkzaamheden. Wel mocht X zich incidenteel laten vervangen, bijvoorbeeld in geval van ziekte of vakantie. Hoewel een aantal aspecten duidt op zelfstandig ondernemerschap, komt de kantonrechter als zij de balans opmaakt van alle omstandigheden, tot de conclusie dat de overeenkomst tussen PostNL en X gekwalificeerd moet worden als een arbeidsovereenkomst.

De wijze waarop PostNL instructies geeft ten aanzien van de uitvoering van het werk en op de naleving daarvan toeziet, laat zo weinig ruimte voor eigen invulling dat ondernemingsvrijheid nagenoeg geheel ontbreekt. Tot die vrijheid behoort het in elk geval ten dele naar eigen inzicht kunnen uitvoeren van de werkzaamheden en invloed kunnen uitoefenen op te behalen resultaten. Die mogelijkheid is er niet of nauwelijks. De stelling van PostNL dat op een aantal onderdelen wél onderhandelingsruimte bestaat (bijv. ten aanzien van de tariefstelling en de route), is onvoldoende onderbouwd. X heeft gesteld (a) dat hij in de praktijk - mede doordat zijn vervoerscontract een volle werkweek beslaat en als gevolg van de eisen die gesteld worden ten aanzien van de bus - net als veel andere subcontractors uitsluitend voor PostNL rijdt, en (b) dat het hem niet was toegestaan om op de dagen dat hij voor PostNL werkte, tegelijkertijd vervoerswerkzaamheden voor andere opdrachtgevers uit te voeren. PostNL heeft beide stellingen onvoldoende gemotiveerd betwist. Op zichzelf voert het werken voor één opdrachtgever niet automatisch tot de conclusie dat sprake is van een arbeidsovereenkomst, zoals de gemachtigde van PostNL terecht heeft betoogd. Wanneer echter deze ene opdrachtgever enerzijds zeer strakke kaders verstrekt waarbinnen de werkzaamheden dienen te worden verricht, terwijl anderzijds vanwege de economische afhankelijkheid nauwelijks tot geen ruimte bestaat om over die kaders te onderhandelen, ontstaat eerder het beeld van een gezagsverhouding dan dat van zelfstandig ondernemerschap. Nu sprake is van een

arbeidsovereenkomst, is de opzegging hiervan zoals deze door PostNL is gedaan op 20 augustus 2015 in strijd met artikel 7:671 BW. Gelet daarop komt die opzegging op grond van artikel 7:681 lid 1 BW voor vernietiging in aanmerking. Partijen mogen zich nog uitlaten over de gevorderde wedertewerkstelling en de loonvordering. De beslissing wordt op deze onderdelen aangehouden.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 18-12-2015

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2015:11226

Zaaknummer: 4534329 AO VERZ 15-296 en 4572887 AO VERZ 15-320

Rechters: T.S. Pieters

Advocaten: E.D. van Tellingen, J.M. van Slooten en P. Huffman

Wetsartikelen: 7:610 BW, 7:671 BW en 7:681 BW

RECHTSPRAAK

**María Auxiliadora Arjona Camacho/Securitas Seguridad
España**

EU-recht dwingt nationale rechter noch biedt hem de discretionaire bevoegdheid punitieve schadevergoeding toe te kennen bij discriminatoir ontslag.

Op 1 juli 2012 trad Arjona Camacho in dienst bij Securitas Seguridad España om voltijds als bewaakster te werken in een jeugdgevangenis te Cordoba (Spanje). Zij werd op 24 april 2014 ontslagen. Het ontslag is door de Spaanse rechter als discriminatoir geoordeeld. De verwijzende rechter vraagt zich evenwel af of hij overeenkomstig artikel 18 van Richtlijn 2006/54, dat bepaalt dat er moet worden gezorgd voor afschrikkende reparatie of compensatie, Arjona Camacho een schadevergoeding moet toekennen die verder gaat dan de volledige vergoeding van de door haar geleden schade en de vorm aanneemt van een punitieve schadevergoeding, om een voorbeeld te stellen voor haar voormalige werkgever en ook voor anderen. De rechter stelt daarom de volgende vraag aan het Hof van Justitie EU: 'Kan artikel 18 van richtlijn [2006/54], dat bepaalt dat de compensatie voor het slachtoffer van discriminatie op grond van geslacht afschrikkend moet zijn (naast reëel, effectief en evenredig aan de geleden schade), aldus worden uitgelegd dat de nationale rechter op grond daarvan werkelijk aanvullend een punitieve schadevergoeding kan opleggen waarvan de hoogte redelijk is, dat wil zeggen een aanvullend bedrag dat weliswaar verder gaat dan de volledige reparatie van de door het slachtoffer werkelijk geleden schade, maar dat (behalve voor de schadeveroorzaker) ook als voorbeeld dient voor anderen, mits dat bedrag niet onevenredig hoog is, ook al kent de rechtstraditie van die nationale rechter geen punitieve schadevergoeding?'

Het Hof van Justitie EU oordeelt als volgt. Volgens de rechtspraak van het Hof schrijft artikel 6 de lidstaten voor het geval van schending van het discriminatieverbod niet een bepaalde maatregel voor, maar laat het hun de vrije keuze tussen de verschillende oplossingen die geschikt zijn om de doelstelling van Richtlijn 76/207 te bereiken, afhankelijk van de verschillende situaties die zich kunnen voordoen (zie arresten von Colson en Kamann, C-14/83, ECLI:EU:C:1984:153, punt 18; Marshall, C-271/91, ECLI:EU:C:1993:335, punt 23; en Paquay, C-460/06, ECLI:EU:C:2007:601, punt 44). De passende maatregelen tot herstel van de

daadwerkelijke gelijkheid van kansen moeten echter een daadwerkelijke en doeltreffende rechterlijke bescherming waarborgen en tegenover de werkgever een reële afschrikkende werking hebben (zie arresten von Colson en Kamann, C-14/83, ECLI:EU:C:1984:153, punten 23 en 24; Draehmpaehl, C-180/95, ECLI:EU:C:1997:208, punt 25; en Paquay, C-460/06, ECLI:EU:C:2007:601, punt 45). Dergelijke vereisten houden noodzakelijkerwijs in dat rekening moet worden gehouden met de bijzondere omstandigheden van elke schending van het beginsel van gelijke behandeling. In geval van discriminerend ontslag zou de gelijkheid niet kunnen worden hersteld zonder de gediscrimineerde weer in dienst te nemen dan wel hem een financiële vergoeding toe te kennen voor de geleden schade (arrest Marshall, C-271/91, ECLI:EU:C:1993:335, punt 25). Ten slotte is het volgens de rechtspraak van het Hof zo dat indien er voor een financiële vergoeding wordt gekozen als maatregel om het beoogde herstel van de daadwerkelijke gelijkheid van kansen te bereiken, die vergoeding adequaat moet zijn in die zin dat de als gevolg van het discriminerende ontslag daadwerkelijk geleden schade volledig kan worden vergoed in overeenstemming met de toepasselijke nationale regels (zie arresten Marshall, C-271/91, ECLI:EU:C:1993:335, punt 26; en Paquay, C-460/06, ECLI:EU:C:2007:601, punt 46). Uit zowel de oorspronkelijke als de gewijzigde versie van artikel 6 van Richtlijn 76/207 en de in de punten 29 tot en met 33 van het onderhavige arrest aangehaalde rechtspraak volgt dus dat de door artikel 6 beoogde reële afschrikkende werking niet impliceerde dat aan een persoon die schade leed als gevolg van discriminatie op grond van geslacht, een punitieve schadevergoeding werd toegekend die verder ging dan de volledige vergoeding van de daadwerkelijk geleden schade en neerkwam op een sanctie. Zoals de advocaat-generaal in punt 32 van zijn conclusie heeft opgemerkt, is er geen wezenlijke verandering in het Unierecht te signaleren op basis waarvan artikel 18 van Richtlijn 2006/54 anders zou moeten worden uitgelegd dan artikel 6 van Richtlijn 76/207. Vastgesteld moet dan ook worden dat artikel 18 van Richtlijn 2006/54, net als artikel 6 van Richtlijn 76/207 en ter borging van reële en effectieve compensatie of reparatie van de schade als gevolg van discriminatie op grond van geslacht, op een wijze die afschrikkend en evenredig is, verlangt van de lidstaten die kiezen voor reparatie in financiële vorm, dat zij in hun interne rechtsorde op de door hen vastgelegde wijze maatregelen opnemen die erin voorzien dat de schadelijgende persoon een schadevergoeding ontvangt waarmee de geleden schade volledig wordt gecompenseerd, maar niet voorziet in betaling van een punitieve schadevergoeding. Bij gebreke van een bepaling van nationaal recht die voorziet in betaling van een punitieve schadevergoeding aan een persoon die schade lijdt als gevolg van discriminatie op grond van geslacht, kan de nationale rechter dus niet uit eigen beweging op grond van artikel 25 van Richtlijn 2006/54 de discriminerende partij veroordelen tot een dergelijke schadevergoeding.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 17-12-2015

ECLI: ECLI:EU:C:2015:831

Zaaknummer: C-407/14

Rechters: J. Malenovský, M. Safjan, L. Bay Larsen, A. Prechal en K. Jürimäe

Wetsartikelen: Richtlijn 2006/54/EG en AWGB

RECHTSPRAAK

Union des syndicats de l'immobilier (UNIS)/Ministre du Travail, de l'Emploi et de la Formation professionnelle et du Dialogue social, Syndicat national des résidences de tourisme (SNRT) e.a.

Algemeen verbindendverklaring van cao waarbij het beheer van een - ten voordele van de werknemers ingevoerd - verplicht aanvullend stelsel van sociale voorzieningen wordt toevertrouwd aan één, door de sociale partners gekozen marktdeelnemer, is in strijd met vrij verkeer van diensten en transparantiebeginsel wanneer de nationale regeling niet zorgt voor een passende mate van openbaarheid die de bevoegde overheidsinstantie in staat stelt ten volle rekening te houden met verstrekte informatie waaruit blijkt dat er een voordeligere offerte bestaat.

In het kader van twee afzonderlijke beroepen tot nietigverklaring die door de Union des syndicats de l'immobilier (UNIS) respectievelijk door Beaudout Père et Fils SARL zijn ingesteld tegen twee besluiten waarbij de ministre du Travail, de l'Emploi et de la Formation professionnelle et du Dialogue social (minister van Arbeid, Werkgelegenheid, Beroepsopleiding en Sociaal Overleg) collectieve arbeidsovereenkomsten waarbij een voorzorgsinstelling wordt aangewezen als enig beheersorgaan voor één of meerdere aanvullende stelsels van sociale voorzieningen dan wel voor de terugbetaling van kosten voor gezondheidszorg, verbindend verklaart voor alle werkgevers en werknemers van de betreffende bedrijfstak, zijn prejudiciële vragen gesteld. Met zijn in beide verzoeken om een prejudiciële beslissing gestelde vraag wenst de Conseil d'État in wezen te vernemen of de uit artikel 56 VWEU voortvloeiende transparantieplichting geldt indien een door de representatieve werkgevers- en werknemersorganisaties voor een bepaalde bedrijfstak gesloten collectieve arbeidsovereenkomst waarbij het beheer van een - ten voordele van de werknemers ingevoerd - verplicht aanvullend stelsel van sociale voorzieningen wordt toevertrouwd aan één, door de sociale partners gekozen marktdeelnemer, door een lidstaat

verbindend wordt verklaard voor alle werkgevers en werknemers van die bedrijfstak.

Het Hof van Justitie EU oordeelt als volgt. Blijkens de rechtspraak vloeit de transparantieverplichting voort uit de beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie, die in het kader van de door artikel 56 VWEU gewaarborgde vrijheid van dienstverrichting in acht moeten worden genomen. Indien er geen sprake is van enige transparantie, vormt de gunning van de betreffende opdracht aan een onderneming die gevestigd is in de lidstaat waar de gunningsprocedure plaatsvindt, namelijk een ongelijke behandeling waarvan de gevolgen hoofdzakelijk ten koste gaan van alle mogelijkerwijs geïnteresseerde ondernemingen die gevestigd zijn in andere lidstaten, aangezien laatstgenoemde ondernemingen geen daadwerkelijke mogelijkheid hebben gehad om hun belangstelling te uiten. Die ongelijke behandeling levert in de regel indirecte discriminatie op grond van nationaliteit op, hetgeen in beginsel verboden is krachtens onder meer artikel 56 VWEU (zie in die zin met name de arresten Coname, C-231/03, ECLI:EU:C:2005:487, punten 17-19; en Belgacom, C-221/12, ECLI:EU:C:2013:736, punt 37 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Noch het feit dat collectieve arbeidsovereenkomsten en de aanhangsels erbij worden neergelegd bij een bestuursorgaan en op internet kunnen worden geraadpleegd, noch de bekendmaking in een publicatieblad van een bericht waarin wordt meegedeeld dat het voornemen bestaat om een procedure tot algemeenverbindendverklaring van een aanhangsel bij een dergelijke overeenkomst in te stellen, noch de mogelijkheid voor iedere belanghebbende om na deze bekendmaking zijn opmerkingen kenbaar te maken, zorgt - zelfs wanneer die elementen in hun geheel worden beschouwd - voor een passende mate van openbaarheid waardoor gewaarborgd kan worden dat geïnteresseerde marktdeelnemers, in overeenstemming met de doelstellingen van de transparantieverplichting, blij kunnen geven van hun belangstelling voor het beheer van het in het hoofdgeding aan de orde zijnde stelsel van sociale voorzieningen alvorens het besluit tot algemeenverbindendverklaring, op volstrekt onpartijdige wijze, wordt vastgesteld. De belanghebbenden beschikken immers slechts over een termijn van vijftien dagen om hun opmerkingen in te dienen, wat aanzienlijk korter is dan de termijnen die - behalve voor spoedeisende gevallen - worden vastgesteld in de artikelen 38, 59 en 65 van Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (PbEU L 134, p. 114, met rectificatie in PbEU 2004, L 351, p. 44), zoals gewijzigd bij verordening (EU) nr. 1251/2011 van de Commissie van 30 november 2011 (PbEU L 319, p. 43). Deze richtlijn is weliswaar in casu niet van toepassing, maar kan op het gebied van de termijnen fungeren als referentiekader. Tevens blijkt uit de door de Franse regering ter terechtzitting voor het Hof geformuleerde opmerkingen dat de bevoegde minister alleen maar een wettigheidstoezicht uitoefent. Derhalve lijkt die minister ook bevoegd te zijn om de betreffende overeenkomst algemeen verbindend te verklaren wanneer hij door een

belanghebbende in kennis wordt gesteld van het bestaan van een voordeligere offerte. Het staat aan de verwijzende rechter om na te gaan of dit inderdaad het geval is. Gelet op een en ander dient op de - in beide zaken gestelde - prejudiciële vraag te worden geantwoord dat de uit artikel 56 VWEU voortvloeiende transparantieplichting eraan in de weg staat dat een door de representatieve werkgevers- en werknemersorganisaties voor een bepaalde bedrijfstak gesloten collectieve arbeidsovereenkomst waarbij het beheer van een, ten voordele van de werknemers ingevoerd, verplicht aanvullend stelsel van sociale voorzieningen wordt toevertrouwd aan één, door de sociale partners gekozen marktdeelnemer, door een lidstaat verbindend wordt verklaard voor alle werkgevers en werknemers van die bedrijfstak, wanneer de nationale regeling niet zorgt voor een passende mate van openbaarheid die de bevoegde overheidsinstantie in staat stelt ten volle rekening te houden met verstrekte informatie waaruit blijkt dat er een voordeligere offerte bestaat. De werking van het onderhavige arrest strekt zich niet uit tot collectieve arbeidsovereenkomsten die één enkel orgaan belasten met het beheer van een aanvullend stelsel van sociale voorzieningen en die, vóór de datum van de uitspraak van dit arrest, door een overheidsinstantie verbindend zijn verklaard voor alle werkgevers en werknemers van een bepaalde bedrijfstak, een en ander onverminderd de vóór die datum ingestelde beroepen in rechte.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 17-12-2015

ECLI: ECLI:EU:C:2015:821

Zaaknummer: C-25/14 en C-26/14

Rechters: A. Rosas, E. Juhász, C. Vajda, T. von Danwitz en D. Šváby

Wetsartikelen: 56 VWEU

RECHTSPRAAK

X-Steuerberatungsgesellschaft/Finanzamt Hannover-Nord

Belemmering van vrijheid van diensten belastingadvieskantoor indien niet op eenvoudige wijze de vereiste kwalificatie kan worden aangetoond door nationale regeling. Richtlijn erkenning van beroepskwalificaties niet van toepassing.

X is een kapitaalvennootschap naar Brits recht, die is gevestigd in het Verenigd Koninkrijk en dochtervennootschappen heeft in België en Nederland. Zij is opgericht met het doel bedrijfskundig en fiscaal advies te verstrekken en accountancywerkzaamheden te verrichten. Zij is niet erkend als belastingadvieskantoor in de zin van het Steuerberatungsgesetz (Duitse wet betreffende belastingadviseurs), waarin is bepaald dat enkel personen en entiteiten die daartoe bevoegd zijn, beroepsmatig bijstand in belastingzaken mogen verlenen. X verstrekt belastingadviezen aan verscheidene, in Duitsland gevestigde opdrachtgevers die zij vertegenwoordigt in procedures bij de belastingautoriteiten. Zij heeft A Ltd, een in Duitsland gevestigde onderneming voor kantoordiensten, gemachtigd om betekeningen in ontvangst te nemen. X heeft meegewerkt aan het opstellen van de aangifte omzetbelasting over het boekjaar 2010 van het in Duitsland gevestigde C Ltd. Deze aangifte is begin 2012 ingekomen bij het belastingkantoor. Bij beschikking van 12 maart 2012 heeft dit kantoor echter op grond van § 80 lid 5 AO, geweigerd X te erkennen als gemachtigde van C Ltd in de procedure tot vaststelling van de omzetbelasting over het boekjaar 2010. Als reden werd opgegeven dat X niet bevoegd was om beroepsmatig bijstand in belastingzaken te verlenen. In deze omstandigheden heeft het Bundesfinanzhof de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen: (1) Staat artikel 5 van Richtlijn 2005/36 in de weg aan een beperking van het vrij verrichten van diensten ingeval een naar het recht van een lidstaat opgericht belastingadvieskantoor in de lidstaat van vestiging, waarin de activiteit van belastingadvies niet is gereguleerd, een belastingaangifte opstelt voor de ontvanger van de dienst in een andere lidstaat en deze indient bij de belastingdienst in die andere lidstaat, wiens nationale regeling bepaalt dat een belastingadvieskantoor een vergunning moet hebben om beroepsmatig bijstand in belastingzaken te mogen verlenen en moet worden bestuurd onder verantwoordelijkheid van belastingadviseurs? (2) Kan een

belastingadvieskantoor in de in de eerste vraag genoemde omstandigheden zich met succes beroepen op artikel 16 lid 1 en 2 van Richtlijn 2006/123, ongeacht in welk van beide lidstaten het de dienst verricht? (3) Moet artikel 56 VWEU aldus worden uitgelegd dat het in omstandigheden als genoemd in de eerste vraag, in de weg staat aan een beperking van het vrij verrichten van diensten door een regeling die geldt in de lidstaat van de ontvanger van de dienst, wanneer het belastingadvieskantoor niet in die lidstaat is gevestigd?

Het Hof van Justitie EU oordeelt als volgt. De voorafgaande vraag van de verwijzende rechter die in zijn vragen besloten ligt, is of een dienstverrichting als aan de orde in het hoofdgeding, onder artikel 5 van Richtlijn 2005/36, artikel 16 lid 1 en 2 van Richtlijn 2006/123 en/of artikel 56 VWEU valt. Blijkens de verwijzingsbeslissing gaan de vragen uit van de premisse dat X vanuit Nederland en zonder dat de personen die handelen uit naam van deze vennootschap zich naar het grondgebied van de Bondsrepubliek Duitsland begeven, beroepsmatige bijstand in belastingzaken verstrekt aan klanten in Duitsland. Opgemerkt zij echter, ten eerste, dat een dergelijke dienstverrichting niet onder artikel 5 van Richtlijn 2005/36 valt. Lid 2 van dit artikel bepaalt namelijk expliciet dat de bepalingen van titel II van deze richtlijn, waaronder dit artikel 5, uitsluitend van toepassing zijn wanneer de dienstverrichter zich naar het grondgebied van de ontvangende lidstaat begeeft. Dat is niet het geval bij een dienstverrichting zoals die welke in het hoofdgeding aan de orde is. Ten tweede zij eraan herinnerd dat, wat artikel 16 lid 1 en 2 van Richtlijn 2006/123 betreft, dit artikel krachtens artikel 17, punt 6 van die richtlijn, in ieder geval niet van toepassing is op aangelegenheden die onder titel II van Richtlijn 2005/36 vallen en evenmin op de vereisten die zijn gesteld in de lidstaat waar de dienst wordt verricht en waarbij een activiteit aan een bepaald beroep wordt voorbehouden. Zoals blijkt uit de verwijzingsbeslissing, bepaalt een regeling zoals die aan de orde in het hoofdgeding, de voorwaarden om beroepsmatig bijstand in belastingzaken te mogen verlenen en verbiedt zij diegenen die niet aan deze voorwaarden voldoen, deze activiteit uit te oefenen. Deze regeling moet dus worden geacht een activiteit voor te behouden aan een bepaald beroep in de zin van artikel 17, punt 6 van Richtlijn 2006/123. Onder deze omstandigheden vallen de vereisten die uit een dergelijke regeling voortvloeien, binnen de in artikel 17, punt 6 van deze richtlijn bedoelde afwijking van het toepassingsgebied van artikel 16 ervan. Hieruit volgt dat een dienstverrichting als die aan de orde in het hoofdgeding noch onder artikel 5 van Richtlijn 2005/36 noch onder artikel 16 lid 1 en 2 van Richtlijn 2006/123 valt. Daar een dienst als aan de orde in het hoofdgeding een grensoverschrijdend karakter heeft, valt deze daarentegen wel onder artikel 56 VWEU (zie naar analogie arrest OSA, C-351/12, ECLI:EU:C:2014:110, punt 68).

Met zijn derde vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 56 VWEU aldus moet worden uitgelegd dat het eraan in de weg staat dat een regeling van een lidstaat

waarbij de voorwaarden voor de toegang tot het verlenen van beroepsmatige bijstand in belastingzaken worden bepaald, het vrij verrichten van diensten beperkt voor een belastingadvieskantoor dat is opgericht in overeenstemming met het recht van een andere lidstaat, waarin dit kantoor is gevestigd, en dat in deze laatste lidstaat, waarin de activiteit van belastingadvies niet is gereguleerd, een belastingaangifte opstelt voor een ontvanger in de eerste lidstaat en deze aangifte indient bij de belastingdienst van deze lidstaat. Algemeen moet worden opgemerkt dat het voorkomen van belastingontduiking en de bescherming van de consument - wat blijkens de verwijzingsbeslissing de doelstellingen zijn die door de in het hoofdgeding aan de orde zijnde regeling worden nagestreefd - behoren tot de doelstellingen die kunnen worden beschouwd als dwingende redenen van algemeen belang die een beperking van de vrijheid van dienstverrichting kunnen rechtvaardigen (zie in die zin arresten Konstantinides, C-475/11, ECLI:EU:C:2013:542, punt 51 en aldaar aangehaalde rechtspraak; en Commissie/Spanje, C-678/11, ECLI:EU:C:2014:2434, punt 45 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Volgens vaste rechtspraak van het Hof echter, moeten de nationale instanties er met name op letten dat de in andere lidstaten verworven kwalificatie op haar juiste waarde wordt geschat en naar behoren in aanmerking wordt genomen (zie arrest Peñarroja Fa, C-372/09 en C-373/09, ECLI:EU:C:2011:156, punt 58 en aldaar aangehaalde rechtspraak). In casu blijkt uit het aan het Hof overgelegde dossier echter niet dat met betrekking tot een dienstverrichting waarbij de dienstverrichter of personen die in zijn naam handelen niet fysiek de grens overschrijden, een kwalificatie op het gebied van beroepsmatige bijstand in belastingzaken die door deze dienstverrichter of door deze personen in een andere lidstaat is verworven, op basis van de regeling die in het hoofdgeding aan de orde is op haar juiste waarde kan worden geschat en naar behoren in aanmerking kan worden genomen. Een verplichting voor een dienstverrichter die beroepsmatig bijstand verleent in belastingzaken, zoals X, om bij de autoriteiten van de lidstaat waar de toegang tot de uitoefening van beroepsmatige bijstand in belastingzaken is gereguleerd en waar deze dienstverrichter dergelijke diensten wil gaan verrichten, vooraf een eenvoudige verklaring in te dienen ten aanzien van zijn voornemen op dat punt, gaat in beginsel inderdaad niet verder dan noodzakelijk is ter bereiking van de doelstellingen van voorkoming van belastingontduiking en consumentenbescherming die door een regeling als die aan de orde in het hoofdgeding worden nagestreefd. Door een dergelijke verplichting kunnen deze autoriteiten nagaan of deze dienstverrichter of de natuurlijke personen die de betrokken dienst voor hem verrichten, in andere lidstaten en in het bijzonder op het gebied van belastingzaken waar deze dienstverrichter zijn activiteit wil verrichten, de vereiste kwalificatie hebben verworven, eventueel door ervaring (zie naar analogie arrest Essent Energie Productie, C-91/13, ECLI:EU:C:2014:2206, punten 57 en 58 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Zoals echter blijkt uit punt 28 van het onderhavige arrest, is de bepaling die het volgens het belastingkantoor en

de Bondsrepubliek Duitsland mogelijk zou maken deze kwalificatie te erkennen en in aanmerking te nemen, te weten § 3 bis StBerG, volgens de toelichting van de verwijzende rechter niet van toepassing op een dergelijke dienstverrichting. Bijgevolg moet op de derde vraag worden geantwoord dat artikel 56 VWEU aldus moet worden uitgelegd dat het eraan in de weg staat dat een regeling van een lidstaat waarbij de voorwaarden voor de toegang tot het verlenen van beroepsmatige bijstand in belastingzaken worden bepaald, het vrij verrichten van diensten beperkt voor een belastingadvieskantoor dat is opgericht in overeenstemming met het recht van een andere lidstaat waarin dit kantoor is gevestigd, en dat in deze laatste lidstaat, waar de activiteit van belastingadvies niet is gereguleerd, een belastingaangifte opstelt voor een ontvanger in de eerste lidstaat en deze aangifte indient bij de belastingdienst van die lidstaat, zonder dat de kwalificatie die door dit kantoor, of door de natuurlijke personen die voor hem de beroepsmatige bijstand in belastingzaken verrichten, in andere lidstaten is verworven, op haar juiste waarde wordt geschat en naar behoren in aanmerking wordt genomen.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 17-12-2015

ECLI: ECLI:EU:C:2015:827

Zaaknummer: C-342/14

Rechters: L. Bay Larsen, J. Malenovský, M. Safjan, A. Prechal en K. Jürimäe

Wetsartikelen: Richtlijn erkenning van beroepskwalificaties en 56 VWEU

RECHTSPRAAK

werkneemster/werkgeefster

Verzoek ex artikel 96 Rv. Werkneemster behoudt haar recht op zondagstoeslag, nu zij daarover (door toepassing overgangsregeling) met werkgeefster een individuele afspraak heeft gemaakt.

Werkneemster is werkzaam voor werkgeefster sinds 5 april 1993 en vanaf 29 oktober 2001 op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. De door werkgeefster toegepaste arbeidsvoorwaarden worden bepaald in de individuele arbeidsovereenkomst, de CAO voor het Horeca- en aanverwante bedrijf (hierna: de cao) en de Arbeidsvoorwaarden Regeling van werkgeefster. Vanaf het begin van de arbeidsrelatie met werkgeefster heeft werkneemster recht op een toeslag voor het verrichten van werkzaamheden op zondag. Tot 2003 bepaalde de cao dat de werknemer voor de gewerkte uren vanaf zondagochtend 02.00 uur tot maandagochtend 2.00 uur per gewerkt uur of gedeelte van een uur een toeslag van 50% op het uurloon ontvangt. In het kader van de cao 2003-2004 zijn de cao-partijen overeengekomen dat de regeling omtrent de zondagstoeslag niet in de cao wordt voortgezet. Daarbij is in artikel 23 van de cao 2003-2004 een overgangsregeling (hierna: de overgangsregeling) opgenomen luidende dat voor wie de cao op 30 juni 2002 gold en wiens dienstbetrekking voortduurt, wordt gecompenseerd voor het verlies van de zondagstoeslag. Op grond van voornoemd artikel diende de werkgever in overeenstemming met de werknemer ofwel (a) de gemiddelde toeslag per maand over het jaar 2002 naast het loon uit te betalen zolang de dienstbetrekking voortduurt, ofwel (b) de voor de betrokken werknemer geldende zondagstoeslag in stand te houden. In het onderhavige geding heeft werkgeefster voornoemd overleg nimmer met werkneemster gevoerd. In de cao van 1 augustus 2012 is in artikel 2.11 onder meer bepaald dat individuele schriftelijk vastgelegde afspraken die wel of niet uit een eerdere cao voortvloeien van kracht blijven. Partijen zijn in geschil omtrent de vraag of de zondagstoeslag ook na 1 augustus 2012 nog moet worden betaald. Onder toepassing van artikel 96 Rv hebben partijen gezamenlijk aan de kantonrechter verzocht vast te stellen of werkneemster aanspraak heeft op de zondagsvergoeding.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Op 7 april 2003 heeft werkgeefster een brief doen uitgaan aan al haar werknemers waarbij deze werden geïnformeerd over de veranderingen naar

aanleiding van het van kracht worden van de nieuwe cao. In voornoemde brief is onder meer opgenomen dat aan medewerkers die in 2002 nog recht hadden op de zondagstoeslag, deze toeslag blijven ontvangen. Ook in de Arbeidsvoorwaarden Regeling van werkgeefster is bevestigd dat het recht op de zondagstoeslag voor de werknemer die in dienst is getreden vóór 1 februari 2003 behouden blijft. De kantonrechter acht het tevens van belang om vast te stellen of de overgangsregeling kan worden gekwalificeerd als een individuele afspraak met werkneemster ex artikel 2.11 van de cao 2012-2013. Daarin is immers bepaald dat deze afspraken van kracht blijven, of ze nu wel of niet uit een eerdere cao voortvloeien. De kantonrechter komt tot het oordeel dat de overgangsregeling inderdaad kan worden gekwalificeerd als een individuele afspraak. Vast staat dat overleg met werkneemster niet heeft plaatsgevonden en dat werkgeefster de zondagstoeslag voor werkneemster feitelijk in stand heeft gehouden. Nu de overgangsregeling uitdrukkelijk voorschrijft dat eerst na overleg met de werknemer een keuze wordt gemaakt, is naar het oordeel van de kantonrechter door werkgeefster de keuze gemaakt om de zondagstoeslag ten aanzien van werkneemster in stand te houden. Dat werkgeefster er destijds voor heeft gekozen geen overleg met werkneemster te voeren alvorens de keuze te maken, doet daaraan niet af. Werkneemster mag van deze gang van zaken in elk geval niet de dupe worden. De individuele afspraak hoefde niet in de arbeidsovereenkomst te worden opgenomen, temeer nu werkgeefster stevast heeft aangegeven dat dit niet nodig was omdat het recht op zondagstoeslag voldoende vast stond. De kantonrechter oordeelt dat werkneemster haar zondagstoeslag behoudt.

Instantie: Rechtbank Zeeland-West-Brabant

Datum uitspraak: 16-12-2015

ECLI: ECLI:NL:RBZWB:2015:7968

Zaaknummer: 2915952-CV-EXPL-14-2691

Rechters: P.L. Kerkhofs

Wetsartikelen: 96 Rv

RECHTSPRAAK

werknemer/Koninklijke Luchtvaart Maatschappij N.V.

Werknemer kwalificeert pensioenontslag ten onrechte als opzegging in plaats van als einde van rechtswege. Geen verwijzing naar dagvaardingsprocedure. Zelfs als wel sprake zou zijn van opzegging, worden vorderingen (vernietiging opzegging wegens verboden leeftijdsonderscheid) afgewezen.

Werknemer, geboren in 1958, is met ingang van 29 december 1986 als verkeersvlieger in dienst getreden van KLM. Thans vervult hij de functie van Captain B777. De cao voor KLM-vliegers op vleugelvliegtuigen is van toepassing. Op 18 juni 2015 is aan werknemer de ingang van zijn pensioen op 6 december 2015 bevestigd. Voorts wordt bericht dat het dienstverband tussen werknemer en KLM per die datum eindigt. Werknemer vordert primair vernietiging van de opzegging wegens strijd met artikel 7:671 BW en/of wegens verboden leeftijdsonderscheid als bedoeld in de artikelen 3 onderdeel c en 11 WGBL. Ook vordert hij loondoorbetaling en wedertewerkstelling. Subsidiair verzoekt werknemer voor het geval de arbeidsovereenkomst rechtsgeldig is geëindigd per 6 december 2015 toekenning van een transitievergoeding en een billijke vergoeding.

De kantonrechter oordeelt als volgt. In de brief van 18 juni 2015 is duidelijk vermeld dat 'het dienstverband eindigt' met ingang van de pensioendatum 6 december 2015, hetgeen niet anders kan worden opgevat dan een einde van rechtswege. In deze brief kan met geen mogelijkheid worden gelezen dat KLM de arbeidsovereenkomst opzegt of anderszins een eenzijdig beëindigingsbesluit neemt. Nu niet vast staat dat sprake is van een opzegging, dienen de hierop gebaseerde vorderingen (zowel de primaire als de subsidiaire) te worden afgewezen. Ter zitting is gesproken over de eventuele mogelijkheid om de onderhavig zaak naar een dagvaardingsprocedure te verwijzen. Ter zitting is hierover geen beslissing genomen, en voortschrijdend inzicht heeft de kantonrechter tot de conclusie gebracht dat een dergelijke verwijzing alleen mogelijk is wanneer een vordering is ingesteld die in een dagvaardingsprocedure thuis hoort. Nu werknemer zijn vorderingen alleen heeft gebaseerd op een vermeende opzegging, valt er niets te verwijzen. Dit had anders kunnen liggen indien werknemer zijn vorderingen had gebaseerd op de stelling dat het dienstverband niet van

rechtswege is geëindigd, omdat het pensioen- en ontslagbeding zoals thans neergelegd in de cao 2015-2017 ongeldig is wegens strijd met de WGBL.

Ten overvloede wordt opgemerkt dat indien wel sprake zou zijn geweest van een opzegging, deze beoordeeld had moeten worden naar het recht zoals dat gold tot 1 juli 2015 (art. XXII lid 1 onderdeel b WWZ). De brief die in de visie van werknemer kwalificeert als opzegging is namelijk van 18 juni 2015. Naar 'oud recht' had werknemer voor wat betreft de 'arbeidsrechtelijke acties' de keuze tussen het invoeren van de nietigheid van het ontslag wegens het ontbreken van een ontslagvergunning of het accepteren van het ontslag met daaraan gekoppeld een vordering wegens kennelijk onredelijk ontslag. Geen van de door werknemer primair ingestelde vorderingen valt hiermee te rijmen. Werknemer beroept zich voorts op het opzegverbod van artikel 11 jo. 3 WGBL. Op grond van artikel XXII lid 4 WWZ moet ook deze vordering naar oud recht beoordeeld worden. De bevoegdheid tot (het invoeren van de) vernietiging vervalt twee maanden na opzegging van de arbeidsovereenkomst. Deze termijn is derhalve verstreken op 18 augustus 2015. Ook indien wel zou zijn opgezegd, zouden de vorderingen van werknemer zijn gestrand.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 11-12-2015

Zaaknummer: 4613136 AO VERZ 15-347

RECHTSPRAAK

X c.s./A c.s.

Herstellvonnis. Per abuis is in het dictum een gebod in plaats van een verbod opgenomen om (onrechtmatige) uitingen te herhalen.

Bij faxbericht van 4 december 2015 heeft de advocaat van X c.s. aan de voorzieningenrechter medegedeeld dat het op 4 december 2015 in deze zaak gewezen vonnis (zie AR 2015-1260) verbetering behoeft, in die zin dat de in het dictum onder 5.2 genoemde veroordeling dient te worden gewijzigd in een verbod. Daarnaast heeft de voorzieningenrechter ambtshalve geconstateerd dat de in r.o. 4.15 genoemde termijn per abuis niet in het dictum onder 5.2 is opgenomen.

De voorzieningenrechter oordeelt als volgt. In het lichaam van het vonnis is overwogen dat het gevorderde verbod om de uitingen zoals A en tijdschrift Y die hebben gedaan op social media, waaronder de website van tijdschrift Y en/of de Facebook- en/of de LinkedIn-pagina van A, althans uitingen met dezelfde strekking, te herhalen of te laten herhalen voor de duur van een jaar wordt toegewezen. In het dictum zijn A en tijdschrift Y evenwel per abuis veroordeeld om voormelde uitingen juist te herhalen. Het is, gelet op hetgeen in het lichaam van het vonnis is overwogen, voor partijen en derden direct duidelijk dat van een vergissing sprake is. Derhalve zal de fout worden hersteld.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 07-12-2015

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2015:9033

Zaaknummer: C/16/379645 / KL ZA 14-386

Rechters: R.J. Verschoof

Advocaten: T.A. Opbroek-Booij, B.M. König, N.A. de Leeuw, I.N.E.M. van Dongen, D.R. Corbeek, G. Oudshoorn en M.M.S. van den Berg

RECHTSPRAAK

X c.s./A c.s.

Onrechtmatige concurrentie na faillissement. Enkele voormalig werknemers kunnen niet aan relatiebeding worden gehouden.

Bedrijf 2 en bedrijf 3 (hierna: de gefailleerden) zijn op 27 oktober 2015 (op eigen aangifte) in staat van faillissement verklaard. Bedrijf 1 en gefailleerden zijn beide uitgever van reisvakbladen en bedienen gezamenlijk de gehele Nederlandse markt. Zij zijn al jaren elkaars grootste concurrent. A was tot 1 januari 2013 enig aandeelhouder/bestuurder van gefailleerden. Op die datum heeft hij zijn aandelen verkocht aan zijn zoon B, een andere zoon en een derde. X heeft het door de curator uitgeschreven biedingsproces gewonnen en alle activa van gefailleerden gekocht en geleverd gekregen van de curator. De curator heeft na datum faillissement de arbeidscontracten met alle medewerkers van gefailleerden, waaronder B, met inachtneming van de opzegtermijn opgezegd. Aan een (deel van de) medewerkers is door X een nieuwe arbeidsovereenkomst aangeboden. Niet iedereen heeft dit geaccepteerd. A, oud bestuurder/enig aandeelhouder van gefailleerden, is vanuit zijn eigen onderneming (tijdschrift Y) een concurrerende onderneming gestart en hij heeft daarbij een aantal oud-medewerkers van gefailleerden benaderd met hem mee te gaan. In geschil is onder meer of A, B en/of de oud-medewerkers onrechtmatig hebben gehandeld.

De voorzieningenrechter oordeelt als volgt. Gesteld noch gebleken is dat A ten opzichte van gefailleerden gebonden is aan enig concurrentie-, relatie- of geheimhoudingsbeding. Op zichzelf genomen is het voornemen van A om verder te gaan met een concurrerende onderneming, zijnde tijdschrift Y, niet onrechtmatig. Uitgangspunt is immers vrije concurrentie. Wat het 'Plan Anders' echter wel een onrechtmatig karakter geeft, is dat in het plan expliciet wordt vermeld dat bedrijfsinformatie van gefailleerden moet worden veilig gesteld, zoals de verzendlijsten van abonnees en nieuwsbrieven. Eveneens voldoende aannemelijk geworden is dat A en B na het faillissement zijn begonnen met het benaderen en actief bewerken van (oud-)medewerkers van gefailleerden. Niet in geschil is verder dat enkele medewerkers een arbeidsovereenkomst hebben getekend bij tijdschrift Y. A handelde onrechtmatig met zijn uitlatingen op onder andere de website van gefailleerden zelf: 'Deze reactie zal wel onmiddellijk gewist worden...De dag staat in een heel ander (organisatorisch)

daglicht. De genoemde sprekers hebben zich teruggetrokken en de locatie is niet eens beschikbaar. Het doel van deze reactie kan geen ander geweest zijn dan deze activiteit van gefailleerden te ondermijnen. Ook de uitlatingen op social media zijn onrechtmatig, voor zover het de boodschap betreft dat de 'harde kern' van gefailleerden meegaat naar zijn nieuwe onderneming. De gedragingen van A kunnen, nu hij via zijn beheersmaatschappij bestuurder/enig aandeelhouder is van tijdschrift Y, ook aan tijdschrift Y worden toegerekend. De verwachting is gerechtvaardigd dat de bodemrechter zal oordelen dat A en tijdschrift Y onrechtmatig jegens X c.s. hebben gehandeld. Een algemeen verbod om in de toekomst voormalige relaties van gefailleerden te benaderen of voor hen te werken, is te verstrekkend. Het staat A en tijdschrift Y immers vrij om gefailleerden te beconcurreren, zij het dat zij dat niet op onrechtmatige wijze mogen doen. Doordat A en tijdschrift Y inmiddels diverse keren onrechtmatig hebben geconcurrereerd, is alleen een verbod om de vroegere relaties te benaderen te beperkt: het kwaad is al geschied. De voorzieningenrechter zal het gevorderde verbod derhalve alleen beperken tot de duur van een jaar na datum van het vonnis. Het gevorderde verbod wordt ook ten aanzien van B toegewezen. Ook het gevorderde verbod om op enigerlei wijze gebruik te maken van (voormalig) personeelsleden van gefailleerden is te verstrekkend. Het staat werknemers in beginsel vrij om (met inachtneming van bedingen) hun eigen werkgever te kiezen. Wel volgt uit het vorengaande dat A en tijdschrift Y deze medewerkers niet mogen bewegen of inzetten om onrechtmatig concurrerende handelingen te verrichten jegens gefailleerden. Het verbod om de uitingen zoals door A gedaan op social media te herhalen of te laten herhalen, zal worden toegewezen eveneens voor de duur van een jaar. De gevorderde rectificatie zal in andere, afgezwakte vorm, worden toegewezen.

Niet in geschil is dat D, F en G slechts korte tijd in dienst waren bij gefailleerden. De voorzieningenrechter stelt, als niet althans onvoldoende gemotiveerd betwist, voorshands vast dat zij tot op heden nog geen werkzaamheden voor tijdschrift Y hebben verricht. In de arbeidsovereenkomsten staat een relatie- en geheimhoudingsbeding opgenomen. Aan het slot van het beding is evenwel de bepaling opgenomen dat de werkgever afstand doet van het beding indien de werkgever de arbeidsovereenkomst niet voortzet, althans beëindigt. X c.s. kan zich er thans niet op beroepen dat deze situatie zich hier niet voordoet. Derhalve zijn D, F en G niet langer gebonden aan het relatiebeding. Niet aannemelijk is geworden dat zij onrechtmatig hebben gehandeld, zodat de vorderingen jegens hen worden afgewezen. Ook de vordering jegens E wordt afgewezen. In zijn arbeidsovereenkomst was geen relatie- of concurrentiebeding opgenomen. E heeft gemotiveerd betwist dat hij vertrouwelijke bedrijfsinformatie op onrechtmatige wijze heeft weggesluisd. X c.s. hebben onvoldoende aangevoerd waaruit het onrechtmatig handelen door E zou blijken.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 04-12-2015

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2015:8979

Zaaknummer: C/16/404791 / KG ZA 15-888

Rechters: R.J. Verschoof

Advocaten: T.A. Opbroek-Booij, B.M. König, N.A. de Leeuw, I.N.E.M. van Dongen, D.R. Corbeek, G. Oudshoorn en M.M.S. van den Berg

Wetsartikelen: 7:653 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/De Ruiterij B.V.

Aanvaarden ‘dubbele switch’ na ontslag statutair bestuurder in casu niet toelaatbaar, mede gezien de feitelijke gedragingen van bestuurder. Ontslag tevens niet kennelijk onredelijk. Voldoende aanwijzingen dat functioneren ondermaats was.

Werknemer is op 25 juni 1990 op basis van een arbeidsovereenkomst bij (een rechtsvoorgangster van) De Ruiterij B.V. (hierna: De Ruiterij) in dienst getreden. Aanvankelijk was hij werkzaam als (assistent) manager en vanaf april 2011 als general manager van het Crowne Plaza hotel te Maastricht (hierna: het hotel), welke door de Ruiterij wordt geëxploiteerd. Aanvankelijk behoorde De Ruiterij tot de Bilderberg hotelgroep maar met ingang van 4 juli 2013 zijn de aandelen van De Ruiterij verkocht aan Hotel M, van wie X de bestuurder is. De Ruiterij is tevens 100% aandeelhouder van Hoogbrug B.V. (hierna: Hoogbrug). Op 4 juli 2013 is werknemer benoemd tot statutair bestuurder van De Ruiterij en tevens van Hoogbrug. Werknemer stond enkel met De Ruiterij in een arbeidsrechtelijke relatie. X is na verloop van de eerste zes maanden na de overname van De Ruiterij door Hotel M het hotel frequenter gaan bezoeken. Op 30 januari 2014 is werknemer door X schriftelijk gewaarschuwd, omdat de internetverbindingen in het hotel niet goed functioneerden. Ook andere problemen, zoals onder meer een muizenprobleem en dubbele onderhoudscontracten met betrekking tot de liften in het hotel, zijn per e-mail aan werknemer bekend gemaakt om door hem opgelost te worden. Werknemer heeft hier geen gevolg aan gegeven. Ook ontving werknemer klachten dat hij rookt op de werkplek, eten consumeert in de keuken terwijl dat niet is toegestaan en dat hij geen ‘duty’-rapporten opmaakt. Voornoemde klachten doet werknemer af als futiliteiten. Op 17 april 2014 heeft De Ruiterij aan haar ondernemingsraad advies gevraagd over haar voornemen tot ontslag van werknemer als bestuurder van De Ruiterij. Op 2 mei 2014 heeft eerst de AVA van De Ruiterij en vervolgens de AVA van Hoogbrug plaatsgevonden. Tijdens de AVA van De Ruiterij is werknemer per direct als statutair bestuurder ontslagen en is tevens de werknemersrelatie met hem per direct opgezegd, zonder inachtneming van een opzegtermijn. Tijdens de AVA van Hoogbrug is werknemer eveneens per direct als statutair bestuurder van Hoogbrug ontslagen, nu er in haar

visie tussen De Ruiterij en Hoogbrug een zodanig grote samenhang is dat het vertrek van werknemer bij De Ruiterij een continuering van het statutair bestuurderschap van Hoogbrug onmogelijk zou maken. De Ruiterij heeft aan werknemer een gefixeerde schadevergoeding uitbetaald, gelijk aan het loon inclusief vakantiebijslag tot aan 1 oktober 2014. Op 7 mei heeft werknemer desgevraagd zijn leaseauto en zijn mobiele telefoon bij X ingeleverd. Op 27 juni 2014 heeft (de gemachtigde van) werknemer de vernietigbaarheid van het aangezegde arbeidsrechtelijke ontslag ingeroepen, nu er volgens hem sprake was van een opzegverbod (werknemer had zich per 16 april 2014 ziekgemeld). Bij brief van 13 oktober 2014 heeft (de gemachtigde van) werknemer De Ruiterij bericht dat hij van mening is dat het ontslag kennelijk onredelijk is. De Ruiterij werd in voornoemde brief verzocht om werknemer schriftelijk te bevestigen dat de opzegging kennelijk onredelijk is en dat overgegaan zal worden tot betaling van de verschuldigde schadevergoeding. Bij brief van 22 oktober 2014 komt (de gemachtigde van) werknemer terug op voornoemd standpunt en roept hij de vernietiging in van zijn aanvaarding van het statutaire bestuurderschap, zodat werknemer nimmer statutair bestuurder zou zijn geweest. Gelet op het voorgaande roept hij in voornoemde brief wederom de vernietigbaarheid van het ontslag in, nu van een dringende reden ex artikel 7:677 BW en artikel 7:678 BW geen sprake is en evenmin toestemming van het UWV is verkregen. Werknemer vordert in het onderhavige geding primair onder meer voor recht te verklaren dat de arbeidsovereenkomst tussen De Ruiterij en werknemer nimmer rechtsgeldig is beëindigd en subsidiair onder meer voor recht te verklaren dat de opzegging van de arbeidsovereenkomst kennelijk onredelijk is en De Ruiterij te veroordelen aan eiser een schadevergoeding ten bedrage van € 556.400,78 te betalen, te vermeerderen met de wettelijke rente.

De rechtbank oordeelt als volgt. Vooropgesteld dat de zogeheten 'switch-jurisprudentie' ook op een statutair bestuurder van toepassing is, stelt de rechtbank dat, op grond van vaste rechtspraak van de Hoge Raad, een werknemer die de nietigheid van het ontslag heeft ingeroepen - behoudens bijzondere omstandigheden - van die keuze kan terugkomen door jegens de werkgever ondubbelzinnig van zijn beroep op nietigheid afstand te doen. In casu is echter geen sprake van een enkele switch, maar van een dubbele switch. Verwijzend naar een annotatie van prof. mr. E. Verhulp en het commentaar van prof. mr. W.A. Zondag op artikel 7:681 (oud) BW komt de rechtbank tot de conclusie dat tweemaal achter elkaar switchen ontoelaatbaar is. De omstandigheid dat de Kantonrechter Eindhoven in een vonnis van 17 november 2011, JAR 2012/40, heeft geoordeeld dat in die zaak een dubbele switch wél toelaatbaar was, maakt dat niet anders. Een van de overwegingen van dat vonnis was dat met het accepteren van de dubbele switch de rechtszekerheid werd gediend, nu er door de laatste switch werd berust in een einde van de arbeidsovereenkomst. De rechtszekerheid is door de opstelling van werknemer in het onderhavige geding echter niet gediend. Bijzondere

omstandigheden - zoals bedoeld in het arrest van de Hoge Raad inzake Dibbets/Pinckers - die tot een ander oordeel moeten leiden, zijn noch aangevoerd noch gebleken. Daar komt bij dat de feitelijke gedragingen van werknemer, onder meer het zonder protest of voorbehoud inleveren van zijn leaseauto en mobiele telefoon, niet stroken met de door hem tot tweemaal toe ingeroepen vernietigbaarheid van de opzegging van de arbeidsovereenkomst. Ook staat vast dat werknemer na zijn ontslag een WW-uitkering heeft aangevraagd en ook heeft verkregen. De rechtbank komt het voorgaande overwegende tot de conclusie dat een beroep op vernietigbaarheid van de opzegging van de arbeidsovereenkomst door werknemer niet meer in rechte kan worden gehonoreerd. Ook het beroep op de kennelijke onredelijkheid van het ontslag kan niet slagen. Niet is gebleken dat er sprake zou zijn van een valse of voorgewende reden. Tevens is niet voldaan aan het gevolgen criterium ex artikel 7:681 lid 2 onderdeel a (oud) BW. Werknemer heeft in dit kader aangevoerd dat hij geen enkele kans heeft gekregen om zijn functioneren te verbeteren. De rechtbank komt echter tot de conclusie dat werknemer voldoende duidelijke signalen heeft gehad dat zijn functioneren ondermaats was en dat hij, ondanks die signalen, zijn functioneren niet heeft verbeterd. Op grond van het voorgaande wordt ook de subsidiaire vordering van werknemer afgewezen.

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 02-12-2015

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2015:10476

Zaaknummer: C/03/199475 / HA ZA 14/711

Rechters: I.M. Etman, H.W.M.A. Staal en J.F.W. Huinen

Advocaten: T.E.J. Devens en C. Brederije

Wetsartikelen: 7:681 (oud) BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Q-Park Beheer B.V.

Werknemer heeft verwijtbaar gehandeld door tegen advies arboarts naar New York te reizen, maar gelet op onjuiste informatie van werkgever aan arboarts is geen sprake van dringende reden. Afwijzing voorwaardelijk ontbindingsverzoek, onder meer vanwege ontbreken deskundigenoordeel.

Werknemer is op 12 november 2007 in dienst getreden bij Q-Park. Op 4 september 2014 heeft werknemer zich ziek gemeld. Op 12 juni 2015 adviseert de arboarts om werknemer met ingang van 22 juni 2015 zijn werkzaamheden te laten hervatten voor (vooralsnog) 2 uur per week. Werknemer geeft op 17 juni aan dat hij (in het tijdvak) van 6 juli tot en met 2 augustus 2015 op vakantie wil gaan. Zowel de arboarts als Q-Park verleent geen toestemming om op vakantie te gaan. Werknemer regelt vervolgens een urenverschuiving met de plaatsvervanger van zijn direct leidinggevende. Op 6 juli 2015 wordt de urenverschuiving ingetrokken. Vervolgens is werknemer op 8 juli 2015 naar New York vertrokken. Op 17 juli 2015 is werknemer op staande voet ontslagen. Aangevoerd is dat werknemer ongeoorloofd afwezig was en zijn re-integratieverplichtingen heeft geschonden. Werknemer doet een beroep op de vernietiging van de opzegging en vordert loondoorbetaling. Q-Park voert gemotiveerd verweer. Ook heeft Q-Park een zelfstandig ontbindingsverzoek ingediend.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Niet gebleken is dat de bedoelde mededelingen, waarin de reeds gegeven toestemming voor het verschuiven van de te werken uren werd ingetrokken, werknemer daadwerkelijk hebben bereikt voor 17 juli 2015. Voorts is komen vast te staan dat Q-Park werknemer heeft laten werken op 7 juli 2015, conform de toestemming van (de plaatsvervanger van) zijn leidinggevende. Q-Park heeft toen niet aan werknemer medegedeeld dat die toestemming zou zijn ingetrokken. Een en ander betekent dat werknemer erop mocht vertrouwen dat hij ook op 18 juli 2015 in plaats van 15 juli 2015 de twee in het kader van zijn re-integratie te werken uren per week zou mogen vervullen. Dat betekent dat er geen sprake is geweest van ongeoorloofde afwezigheid op 15 juli 2015. Voorts blijkt uit de overgelegde e-mailberichten dat het aanvankelijke (negatieve) oordeel van de arboarts gebaseerd was op de van Q-Park verkregen informatie. Door een reeds geplande afspraak met

de arboarts op 2 juli 2015 door te halen heeft Q-Park aan werknemer de mogelijkheid ontnomen om zijn voornemens op een behoorlijke wijze aan de arboarts uiteen te zetten en onjuiste veronderstellingen weg te nemen. Gelet op het grote belang van het oordeel van de arboarts omtrent de (on)wenselijkheid van de reis naar New York heeft Q-Park niet als goed werkgever gehandeld door aan werknemer die mogelijkheid te ontnemen. Werknemer heeft verwijtbaar gehandeld door tegen het advies van de arboarts in met zijn gezin naar New York te reizen, maar gelet op de onjuiste informatie van Q-Park aan de arboarts en op laatstbedoelde tekortkoming van Q-Park kan dit niet worden aangemerkt als een dringende reden voor opzegging door Q-Park. Hoewel werknemer eind 2014 en begin 2015 verwijten zijn te maken betreffende zijn bereikbaarheid en het nakomen door hem van (gespreks)afspraken, is de communicatie tussen partijen op gang gebleven, is werknemer het spreekuur van de arboarts blijven bezoeken, en heeft hij ook zijn werkzaamheden hervat conform het advies van de arboarts. Voor zover er sprake was van (structureel) tekortschieten had Q-Park redelijkerwijs eerst een minder vergaande sanctie kunnen opleggen. De verzoeken van werknemer worden toegewezen. Q-Park heeft haar ontbindingsverzoek gebaseerd op (ernstig) verwijtbaar handelen van werknemer (art. 7:669 lid 3 onderdeel e BW) en een onherstelbare vertrouwensbreuk (art. 7:669 lid 3 onderdeel g BW). Voor zover het door Q-Park bedoelde verwijtbaar handelen van werknemer gelegen is in het niet nakomen van zijn re-integratieverplichtingen is het verzoek niet toewijsbaar, omdat Q-Park niet heeft voldaan aan de in artikel 7:671b lid 5 onderdeel b BW bedoelde verplichting om een verklaring van een deskundige over te leggen. Er is geen sprake van een uitzondering op die verplichting, aangezien er geen dringende reden is tot ontslag, en omdat er evenmin sprake is geweest van staking van de loonbetaling als prikkel tot nakomen van de re-integratieverplichtingen. Ook het beroep van Q-Park op de subsidiair gestelde grond dat er sprake is van een onherstelbare vertrouwensbreuk (art. 7:669 lid 3 onderdeel g BW) slaagt niet.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 27-11-2015

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2015:9018

Zaaknummer: 4454667 EA 15-977/ 4454685 EA 15-978/ 4589995 EA 15-1187

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

Advocaten: I. Rhodes en E.V.C. Savelkoul

Wetsartikelen: 7:671b lid 5 onder b BW, 7:669 lid 3 sub e BW, 7:669 lid 3 sub g BW, 7:677 BW, 7:678 BW en 7:660a BW

RECHTSPRAAK

CSU personeel B.V./werkneemster

Ontbinding. Werkneemster is zonder deugdelijke grond de op haar rustende re-integratieverplichtingen niet nagekomen. Toewijzing transitievergoeding, niet gebleken is dat werknemer ernstig verwijtbaar heeft gehandeld.

Op 6 december 2011 is werkneemster in dienst getreden bij CSU in de functie van medewerker algemeen schoonmaakonderhoud voor 13,75 uur per week tegen een loon van € 11,13 bruto per uur. Werkneemster heeft zich op 12 maart 2015 ziek gemeld bij CSU vanwege een ongeval met een auto. Na overleg met de bedrijfsarts is afgesproken dat zij op therapeutische basis zou starten met het verrichten van lichte aangepaste arbeid voor de duur van 1,25 uur per dag. Na één dag is werkneemster gestopt. CSU heeft vervolgens het loon opgeschort. Daaropvolgend heeft werkneemster een second opinion bij het UWV aangevraagd, waaruit blijkt dat het werk wel passend is. Kort daarna is werkneemster weer gestopt met werken. CSU heeft in reactie hierop een tweede deskundigenoordeel gevraagd. Hierin staat dat werkneemster de aangeboden werkzaamheden kan verrichten en dat zij de aangeboden passende werkzaamheden dient op te pakken. Op 11 augustus 2015 is werkneemster weer gestart met het verrichten van aangepaste werkzaamheden, maar is vervolgens ook weer gestopt en heeft zij aan CSU meegedeeld de arbeidstherapie te willen beëindigen. CSU verzoekt ontbinding van de arbeidsovereenkomst, zonder toekenning van de transitievergoeding. Primair stelt CSU dat sprake is van verwijtbaar handelen of nalaten als bedoeld in artikel 7:669 lid 3 onderdeel e BW, nu werkneemster, ondanks dat haar dit al meerdere malen door CSU is opgedragen, zonder redelijke grond verzuimt de eigen of passende arbeid als bedoeld in artikel 7:658a lid 4 BW te verrichten en daarmee haar re-integratieverplichtingen volgend uit artikel 7:660a BW structureel heeft geschonden. Subsidiair legt CSU ten grondslag dat door de handelwijze van werkneemster inmiddels sprake is van een verstoorde arbeidsverhouding als bedoeld in artikel 7:669 lid 3 onderdeel g BW.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Nu CSU werkneemster op 30 april 2015, 20 juli 2015 en 13 augustus 2015 heeft aangemaand tot nakoming van haar verplichtingen en tot tweemaal toe de betaling van het loon heeft gestaakt en bovendien over een second opinion in de zin van

artikel 7:629a BW beschikt, heeft zij in zoverre aan de vereisten van artikel 7:671b BW voldaan. De bedrijfsarts is van oordeel dat werkneemster in staat is tot het verrichten van lichte werkzaamheden voor 1,25 uur per dag. Dit oordeel is door het UWV tweemaal bevestigd. Werkneemster stelt dat niet kan worden vastgesteld dat alle door haar in de procedure overgelegde medische documenten van haar behandelaars door de bedrijfsarts en de verzekeringsarts bij hun beoordeling zijn betrokken. De kantonrechter heeft een schriftelijke reactie bij de verzekeringsarts opgevraagd (art. 7:629a lid 5 BW). De verzekeringsarts stelt dat zij kennis heeft genomen van de overgelegde brieven van de behandelaars, maar dat deze geen nieuwe medische informatie bevatten en geen aanleiding vormen om het eerdere oordeel te wijzigen. Dit betekent dat de door CSU aan werkneemster aangeboden arbeid passend is en dat werkneemster geen deugdelijke grond had om daarmee keer op keer te stoppen. Dit betekent dat sprake is van verwijtbaar nalaten aan de kant van werknemer, waardoor in redelijkheid van CSU niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Herplaatsing ligt niet in de rede, omdat sprake is van verwijtbaar nalaten. CSU is wel gehouden tot betaling van een transitievergoeding (€ 884,21 bruto), omdat niet is gebleken dat werkneemster ernstig verwijtbaar heeft gehandeld. Verder heeft CSU het loon, met uitzondering van 11 augustus 2015, op goede gronden ingehouden. Met betrekking tot de gewerkte uren op 11 augustus 2015 verschillen partijen van mening over de vraag hoe lang werkneemster die dag heeft gewerkt; een halfuur of de aangepaste arbeidsduur van een uur en vijftien minuten. Onvoldoende is vast komen te staan dat werkneemster minder dan 1,25 uur heeft gewerkt. Het overeenkomstige gevorderde loon over 11 augustus 2015 wordt daarom toegewezen.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 11-11-2015

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2015:9381

Zaaknummer: 4387917 \ VZ VERZ 15-17653

Rechters: W.J.M. Diekman

Advocaten: R.M. Dessaur en G.H. Amstelveen

Wetsartikelen: 7:629a lid 5 BW, 7:658a lid 4 BW, 7:660a BW, 7:669 lid 3 onderdeel e BW en 7:671b BW

RECHTSPRAAK

Action Nederland B.V./werkneemster

Zich vanuit een leidinggevende positie ongepast uitlaten jegens en over ondergeschikten is verwijtbaar en levert een redelijke grond op voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst.

Werkneemster is sinds 24 oktober 2011 in dienst van Action Nederland B.V. (hierna: Action), laatstelijk werkzaam in de functie van bedrijfsleidster. De personeelswijzer en de cao van Action zijn op de arbeidsovereenkomst van toepassing. Uit de personeelswijzer volgt dat ongewenste omgangsvormen, van welke aard dan ook, binnen Action niet worden getolereerd. In de cao is onder meer bepaald dat discriminatie en/of ongelijke behandeling op grond van leeftijd, sekse, seksuele geaardheid, burgerlijke staat, levensovertuiging, huidskleur, ras, etnische afkomst, nationaliteit of politieke voorkeur niet worden getolereerd. Tijdens meerdere beoordelingsgesprekken vanaf 2012 is de wijze van communicatie van werkneemster een aandachtspunt geweest. Uit de verslagen blijkt dat zij 'praat met emotie' en zich ook 'non-verbaal' uit. Op 20 juli 2015 heeft een gesprek plaatsgevonden met werkneemster. Daarbij is werkneemster ermee geconfronteerd dat diverse medewerkers haar beschuldigen van intimidatie, discriminatie, gezagsondermijning en ongepast taal- en woordgebruik. Werkneemster is met directe ingang vrijgesteld van werkzaamheden. Een op 21 juli 2015 door Action aan werkneemster overhandigde vaststellingsovereenkomst werd door laatstgenoemde niet ondertekend. Action verzoekt de kantonrechter de arbeidsovereenkomst met werkneemster te ontbinden primair vanwege verwijtbaar handelen of nalaten van werkneemster, zodanig dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren (art. 7:669 lid 3 onderdeel e BW) en subsidiair vanwege een verstoorde arbeidsverhouding (art. 7:669 lid 3 onderdeel g BW). Herplaatsing in een andere passende functie ligt volgens Action in de onderhavige omstandigheden niet in de rede. Het verweer van werkneemster strekt tot afwijzing van het verzoek. Voor zover de arbeidsovereenkomst toch wordt ontbonden, verzoekt werkneemster onder meer om toekenning van een transitievergoeding en daarnaast van een billijke vergoeding op grond van artikel 7:671b lid 8 BW, alsmede van vergoeding van advocaatkosten ter hoogte van € 18.000.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Action heeft ter gelegenheid van de mondelinge

behandeling negen getekende verklaringen van collega's overgelegd. Uit voornoemde verklaringen kan worden opgemaakt dat collega's vinden dat werkneemster een strakke en autoritaire manier van leidinggeven heeft en dat zij heel direct en duidelijk is in haar communicatie naar ondergeschikten. Door enkelen van hen wordt dit als 'bot' of 'hard' omschreven. Uit de verklaringen blijkt verder dat werkneemster regelmatig grof taalgebruik hanteert over en jegens ondergeschikten. Action hoeft dergelijk ongepast taalgebruik op de werkvloer niet te tolereren, temeer niet nu werkneemster een leidinggevende positie en dus ook een voorbeeldfunctie heeft. Dergelijk gedrag is verwijtbaar en vormt een grond voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Dat een aantal collega's in de overgelegde verklaringen heel positief is over werkneemster en dat er vanuit de leiding van Action veel waardering is voor haar prestaties en verkoopresultaten doet daaraan niet af. Herplaatsing ligt in dit geval niet in de reden. De arbeidsovereenkomst wordt ontbonden per 1 februari 2016, rekening houdend met de opzegtermijn volgens artikel 7:672 BW. De transitievergoeding blijft verschuldigd, nu het gedrag van werkneemster weliswaar als verwijtbaar gekwalificeerd wordt, maar niet als ernstig verwijtbaar. Daarbij speelt mee dat werkneemster er eerder op is gewezen dat haar stijl van communiceren aangepast moest worden, maar dat ongepast taalgebruik daarbij niet aan de orde is gesteld. Van ernstig verwijtbaar handelen van Action is geen sprake, zodat er geen grond bestaat voor toekenning van een billijke vergoeding. Voor een vergoeding van de door werkneemster gestelde advocaatkosten bestaat evenmin een grond.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 08-12-2015

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2015:8949

Zaaknummer: EA VERZ 15-1002

Rechters: I.H.J. Konings

Advocaten: L. Bijl en I.N. Maaskant

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

RECHTSPRAAK

werkneemster/Stichting TriviumLindenhof

Opzegging arbeidsovereenkomst gedragswetenschapper niet kennelijk onredelijk ex artikel 7:681 (oud) BW. Tevens geen sprake van opvolgend werkgeverschap, nu werkneemster reeds uit dienst was bij eerdere werkgever.

Werkneemster is met ingang van 1 november 2001 in dienst getreden van Stichting Lindenhof. Dit dienstverband is met ingang van 1 december 2006 geëindigd als gevolg van opzegging door werkneemster. Met ingang van 1 november 2006 is werkneemster in dienst getreden van Stichting Trivium, in de functie van gedragswetenschapper. Per 1 januari 2009 zijn Stichting Lindenhof en Stichting Trivium gefuseerd tot Stichting TriviumLindenhof (hierna: TriviumLindenhof). Op 10 oktober 2014 heeft TriviumLindenhof het UWV verzocht haar wegens bedrijfseconomische redenen een ontslagvergunning voor werkneemster te verlenen, welke bij beschikking van 9 december 2014 door het UWV is verleend. Werkneemster vordert in de onderhavige procedure primair TriviumLindenhof te veroordelen tot herstel van de arbeidsovereenkomst en subsidiair TriviumLindenhof te veroordelen om aan werkneemster een schadevergoeding te voldoen in verband met een kennelijk onredelijke beëindiging van het dienstverband. Werkneemster stelt dat de opzegging is geschied onder opgave van een valse of voorgewende reden (art. 7:681 lid 2 onderdeel a (oud) BW). TriviumLindenhof zou het UWV namelijk ten onrechte hebben voorgehouden dat haar collega, die tijdelijk een andere functie vervulde, niet meer in de functie van gedragswetenschapper zou terugkeren en daarom niet mee-afgespiegeld zou moeten worden. Daarnaast zou TriviumLindenhof bij de bepaling van de anciënniteit ten onrechte geen rekening hebben gehouden met het eerdere dienstverband van werkneemster bij Stichting Lindenhof. Tevens beroept werkneemster zich op de voor haar te ernstige gevolgen van de opzegging in vergelijking met het belang van TriviumLindenhof daarbij.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Een aan de opzegging ten grondslag liggende valse of voorgewende reden kan niet komen vast te staan, daar TriviumLindenhof een en ander gemotiveerd heeft bestreden. Werkneemster kan niet worden gevolgd in haar standpunt dat bij de bepaling van haar anciënniteit haar eerdere dienstverband bij Stichting Lindenhof zou

moeten worden betrokken omdat er sprake zou zijn van opvolgend werkgeverschap. Stichting Lindenhof en Stichting Trivium waren tot de fusie in 2009 twee op zichzelf staande stichtingen met ieder een eigen locatie en eigen bedrijfsmiddelen en in 2006, het jaar waarin werkneemster haar dienstverband bij Stichting Lindenhof heeft opgezegd, ontbrak iedere band tussen beide stichtingen. Om werkneemster in haar standpunt te kunnen volgen is vereist dat TriviumLindenhof de door werkneemster gestelde hoedanigheid van opvolgend werkgever van Stichting Lindenhof heeft verkregen op een moment dat werkneemster nog bij Stichting Lindenhof in dienst was en daarvan is geen sprake. Met betrekking tot het beroep van werkneemster op de voor haar ernstige gevolgen van de opzegging, oordeelt de kantonrechter als volgt. De toepasselijke cao voorziet voor werkneemster in een wachtgeldregeling. TriviumLindenhof heeft werkneemster in het kader van herplaatsingsmogelijkheden tijdelijk gedetacheerd bij een andere stichting. Ook is werkneemster door TriviumLindenhof geattendeerd op een functie voor onbepaalde tijd bij 'Familie First'. Werkneemster was ten tijde van het ontslag 36 jaar, universitair geschoold en na het voltooien van haar opleiding heeft zij steeds gewerkt. Op grond van het voorgaande slaagt het beroep van werkneemster op het zogeheten gevolgcriterium niet. De kantonrechter wijst de vorderingen van werkneemster af.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 04-12-2015

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2015:8807

Zaaknummer: 4227404 CV EXPL 15-26055

Rechters: L.J. van Die

Advocaten: D.C.A. van Wessel en H.E. Meerman

Wetsartikelen: 7:681 (oud) BW

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgeefster

Ontslag op staande voet nadat werknemer met echtgenote ‘verhaal komt halen’ op de werkvloer is rechtsgeldig. Ernstig verwijtbaar handelen. Geen transitievergoeding.

X, echtgenote van werknemer, is sinds 2005 als schoonmaakster in dienst. Werknemer is op 1 juli 2007 als oproepkracht bij werkgever in dienst getreden. Op 5 augustus 2015 zijn werknemer en X op staande voet ontslagen. De brieven aan X en werknemer zijn gelijkkluidend en bevatten de volgende redenen voor het ontslag: ‘Samen met uw partner met een dreigende houding en verbaal geweld binnenkomen van het kantoor zonder melding of afspraak; Het angst aanjagen door uw dreigende houding van 7 jeugdige collega’s die zich nu niet veilig voelen op kantoor; Het opsluiten van een collega en die verbaal bedreigd door middel van een intimiderende houding; Het buitensluiten van de leidinggevende persoon met fysieke aanraking. Deze persoon heeft u meerdere malen verzocht het pand te verlaten, maar pas nadat hij de politie wilde bellen bent u weggegaan.’ Werknemer verzoekt primair vernietiging van de opzegging. De provisionele verzoeken van werknemer en X tot loondoorbetaling zijn afgewezen (zie AR 2015-1121 en AR 2015-1122).

De kantonrechter oordeelt als volgt. Ondanks andersluidende afspraken met B (die had toegezegd collega D te zullen spreken) zijn werknemer en X naar het kantoor van werkgeefster getogen om zelf met D te spreken. Voorts staat vast dat werknemer en X D hebben verzocht mee te gaan naar het magazijn en dat zij daar met stemverheffing met D hebben gesproken. Het magazijn is door werknemer en Y vervolgens afgesloten, zodat D niet kon vertrekken wanneer hij wilde. Tot slot is onbetwist gebleven dat de leidinggevende door werknemer werd teruggeduwd, toen hij de deur opende en dat pas na dreiging met de politie werknemer en X bereid waren D te laten vertrekken. De stelling van werknemer dat D stelselmatig vervelende appjes en/of mailtjes stuurde, is op geen enkele wijze onderbouwd. Bewijs daarvan is ook niet door werknemer en X aangeboden. Maar los daarvan geldt dat zelfs indien dat bewijs wel in de procedure zou zijn gebracht, dan nog het feit dat - én de wijze waarop - werknemer en X op de werkvloer bij D ‘verhaal zijn komen halen’, niet aanvaardbaar is. Het verleende ontslag op staande voet is niet een te zware sanctie, ook niet als de duur van

het dienstverband of de wijze waarop dit door werknemer en X werd ingevuld, wordt meegewogen. Het verzoek tot vernietiging van het ontslag op staande voet wordt afgewezen. Aan de billijke vergoeding ex artikel 7:681 BW of een vergoeding wegens onregelmatige opzegging ex artikel 7:672 lid 9 BW wordt niet toegekomen. Omdat in deze zaak sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten, heeft werknemer geen recht op de transitievergoeding. Het verzoek van werknemer ten aanzien van de eindafrekening zal wel worden toegewezen. Immers, ook bij een rechtsgeldig gegeven ontslag op staande voet dient het dienstverband financieel te worden afgerekend en moeten niet-genoten vakantiedagen en het vakantiegeld worden uitgekeerd.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 19-11-2015

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2015:8959

Zaaknummer: 4398890 EA VERZ 15-893

Rechters: M.V. Ulrici

Advocaten: T. Stevovic

Wetsartikelen: 7:677 BW, 7:678 BW en 7:673 BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/werkgever

First opinion over arbeids(on)geschiktheid hoeft niet van bedrijfsarts/arboarts afkomstig te zijn, maar mag ook van werkgever afkomstig zijn. Niet-ontvankelijkverklaring wegens niet overleggen deskundigenoordeel ex artikel 7:629a BW.

Werkneemster is op 8 november 2004 in dienst getreden in de functie van winkelmedewerkster. Op 20 januari 2015 heeft zij zich ziek gemeld. De arboarts heeft vervolgens aan werkneemster een 'time-out' gegeven tot en met 4 februari 2015. Op 5 februari 2015 meldt werkneemster zich wederom ziek. De arboarts stelt vast dat werkneemster sinds 6 februari 2015 niet (langer) arbeidsongeschikt is. Tegen de vaststelling van de arboarts is geen second opinion bij een UWV-arts gevraagd. Op 10 februari 2015 ontvangt werkneemster een brief, waaruit blijkt dat de werkgever en de arbodienst de ziekmelding van werkneemster niet accepteren. Op 7 april 2015 is de arbeidsovereenkomst ontbonden tegen 1 mei 2015. Werkneemster vordert werkgever te veroordelen tot betaling van het loon c.a. vanaf 5 februari 2015 tot 1 mei 2015. Werkgever voert verweer en concludeert primair tot niet-ontvankelijkverklaring van werkneemster in haar vorderingen.

De kantonrechter oordeelt als volgt. In artikel 7:629a BW is bepaald dat een vordering tot betaling van loon wordt afgewezen, indien bij de eis niet een verklaring is gevoegd van een deskundige, benoemd door het UWV, omtrent de verhindering van de werkneemster om de bedongen arbeid of andere passende arbeid te verrichten. Het voorgaande geldt niet indien het overleggen van de verklaring in redelijkheid niet van de werknemer kan worden gevergd. In de memorie van toelichting staat vermeld dat de deskundigenprocedure een verplicht voorportaal is voor toegang tot de (bodem)rechter. De bedoeling van de bepaling is om bij een verschil van mening of de werkneemster inderdaad ziek is, een oplossing van het conflict tussen werkgever en werknemer te creëren zonder dat de rechter hoeft te worden ingeschakeld. De achtergrond van de bepaling is om de rechtspositie van de werknemer te verbeteren en de werkbelasting van de rechterlijke macht te beperken. Anders dan werkneemster kennelijk meent is nergens in de wet en de wetsgeschiedenis te vinden dat bij een geschil over de geschiktheid tot werken de eerste visie van de (bedrijfs)arts/arbodienst

afkomstig moet zijn. Het eerste oordeel kan ook van de werkgever afkomstig zijn. Derhalve is niet vereist dat de werkneemster eerst door een arts moet zijn gezien en/of gehoord. Er bestaat in dit geval een evident geschil tussen werkneemster en werkgever over de loondoorbetalingsverplichting tijdens (vermeende) ziekte. In dit soort gevallen vormt de deskundigenverklaring van het UWV een verplicht voorportaal voor toegang tot de rechter. Er zijn geen feiten of omstandigheden gesteld of gebleken die maken dat het overleggen van de verklaring in redelijkheid niet van werkneemster kan worden gevergd. Werkgever heeft middels haar brief d.d. 10 februari 2015 werkneemster ook uitdrukkelijk gewezen op het aanvragen van een deskundigenoordeel. Nu werkneemster bij de eis geen deskundigenverklaring heeft gevoegd, wordt zij niet-ontvankelijk verklaard in haar vordering. Van een kennelijk onredelijk gebruik van procesrecht is niet gebleken, zodat werkneemster niet wordt veroordeeld in de proceskosten van werkgever (art. 7:629a lid 6 BW).

Instantie: Rechtbank Zeeland-West-Brabant

Datum uitspraak: 09-12-2015

ECLI: ECLI:NL:RBZWB:2015:8044

Zaaknummer: 4238502 CV EXPL 15-3244

Wetsartikelen: 7:629a BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/werkgeefster

Ontslag op staande voet nadat werkneemster met echtgenoot ‘verhaal komt halen’ op de werkvloer is rechtsgeldig. Ernstig verwijtbaar handelen. Geen transitievergoeding.

Werkneemster is sinds 2005 als schoonmaakster in dienst. Y, haar echtgenoot, is op 1 juli 2007 als oproepkracht bij werkgever in dienst getreden. Op 5 augustus 2015 zijn werkneemster en Y op staande voet ontslagen. De brieven aan werkneemster en Y zijn gelijkluidend en bevatten de volgende redenen voor het ontslag: ‘Samen met uw partner met een dreigende houding en verbaal geweld binnenkomen van het kantoor zonder melding of afspraak; Het angst aanjagen door uw dreigende houding van 7 jeugdige collega’s die zich nu niet veilig voelen op kantoor; Het opsluiten van een collega en die verbaal bedreigd door middel van een intimiderende houding; Het buitensluiten van de leidinggevende persoon met fysieke aanraking. Deze persoon heeft u meerdere malen verzocht het pand te verlaten, maar pas nadat hij de politie wilde bellen bent u weggegaan.’ Werkneemster verzoekt primair vernietiging van de opzegging. De provisionele verzoeken van werkneemster en Y tot loondoorbetaling zijn afgewezen (zie AR 2015-1121 en AR 2015-1122).

De kantonrechter oordeelt als volgt. Ondanks andersluidende afspraken met B (die had toegezegd collega D te zullen spreken) zijn werkneemster en Y naar het kantoor van werkgeefster getogen om zelf met D te spreken. Voorts staat vast dat werkneemster en Y D hebben verzocht mee te gaan naar het magazijn en dat zij daar met stemverheffing met D hebben gesproken. Het magazijn is door werkneemster en Y vervolgens afgesloten, zodat D niet kon vertrekken wanneer hij wilde. Tot slot is onbetwist gebleven dat de leidinggevende door Y werd teruggeduwd, toen hij de deur opende en dat pas na dreiging met de politie werkneemster en Y bereid waren D te laten vertrekken. De stelling van werkneemster dat D stelselmatig vervelende appjes en/of mailtjes stuurde, is op geen enkele wijze onderbouwd. Bewijs daarvan is ook niet door werkneemster en Y aangeboden. Maar los daarvan geldt dat zelfs indien dat bewijs wel in de procedure zou zijn gebracht, dan nog het feit dat - én de wijze waarop - werkneemster en Y op de werkvloer bij D ‘verhaal zijn komen halen’, niet aanvaardbaar is. Het verleende ontslag op staande voet is niet een te zware sanctie, ook niet

als de duur van het dienstverband of de wijze waarop dit door werknemster en Y werd ingevuld, wordt meegewogen. Het verzoek tot vernietiging van het ontslag op staande voet wordt afgewezen. Aan de billijke vergoeding ex artikel 7:681 BW of een vergoeding wegens onregelmatige opzegging ex artikel 7:672 lid 9 BW wordt niet toegekomen. Omdat in deze zaak sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten, heeft werknemster geen recht op de transitievergoeding. Het verzoek van werknemster ten aanzien van de eindafrekening zal wel worden toegewezen. Immers, ook bij een rechtsgeldig gegeven ontslag op staande voet dient het dienstverband financieel te worden afgerekend en moeten niet-genoten vakantiedagen en het vakantiegeld worden uitgekeerd.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 19-11-2015

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2015:8960

Zaaknummer: 4399141 EA VERZ 15-895.3

Rechters: M.V. Ulrici

Advocaten: T. Stevovic

Wetsartikelen: 7:677 BW, 7:678 BW en 7:673 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Timing Uitzendteam B.V.

Beëindiging met wederzijds goedvinden of opzegging met instemming? Geen algemene spreekplicht voor werkgever om werknemer te wijzen op de aanspraak van een (mogelijke) transitievergoeding.

Op 20 juli 2015 hebben Timing en werknemer een vaststellingsovereenkomst gesloten. Werknemer verzoekt de kantonrechter een transitievergoeding toe te kennen. Hij legt aan dit verzoek twee redenen ten grondslag. Allereerst stelt werknemer dat Timing op grond van artikel 7:673 BW aan hem een transitievergoeding verschuldigd is, nu de arbeidsovereenkomst feitelijk door de werkgever is opgezegd, hetgeen volgt uit artikel 1 van de vaststellingsovereenkomst. Ten tweede stelt werknemer dat er voor de werkgever op grond van goed werkgeverschap, zoals neergelegd in artikel 7:611 BW, op een werkgever een verplichting rust een werknemer te wijzen op diens recht op een transitievergoeding. Timing voert gemotiveerd verweer. Kern van de zaak is het antwoord op de vraag of Timing moet worden veroordeeld tot betaling van een transitievergoeding.

De kantonrechter overweegt als volgt. Bij de beoordeling van de eerste grondslag wordt verondersteld dat de werknemer zich op het standpunt stelt dat de arbeidsovereenkomst feitelijk is opgezegd door Timing en dat werknemer, blijkens de ondertekening van de vaststellingsovereenkomst, hiermee schriftelijk heeft ingestemd en hij derhalve aanspraak kan maken op een transitievergoeding. De benaming en de vormgeving van de tussen partijen gesloten overeenkomst wijzen echter op een vaststellingsovereenkomst. Dit blijkt ook uit de bepaling waarbij partijen elkaar over en weer finale kwijting verlenen. Daarnaast wordt in de overeenkomst verwezen naar artikel 7:900 BW. Tot slot blijkt uit de considerans van de vaststellingsovereenkomst onder c dat partijen gezamenlijk te kennen hebben gegeven voornemens te zijn het dienstverband niet voort te zetten. Het feit dat de arbeidsovereenkomst is beëindigd op initiatief van de werkgever maakt dit oordeel niet anders. Timing heeft hiertegen immers aangevoerd dat deze zin in de overeenkomst is opgenomen omdat beide partijen wensten het recht op een WW-uitkering voor werknemer veilig te stellen. Kortom, partijen hebben de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden beëindigd en daarom is Timing in beginsel geen transitievergoeding verschuldigd. Het stond

partijen uiteraard vrij om ook bij een beëindiging met wederzijds goedvinden te onderhandelen over een eventuele transitievergoeding. Dit is echter niet gebeurd. Het tweede verzoek van werknemer, namelijk het antwoord op vraag of er op Timing een mededelingsplicht rustte, op grond van artikel 7:611 BW, om een werknemer te wijzen op z'n mogelijke aanspraak op een transitievergoeding, wordt als volgt beoordeeld. Er is geen algemene spreekplicht voor de werkgever om bij de onderhandelingen omtrent het einde van de arbeidsovereenkomst te wijzen op de mogelijke aanspraak op een transitievergoeding. Bezien tegen die achtergrond valt niet makkelijk aan te nemen dat op de voet van artikel 7:611 BW een algemene mededelingsplicht ten aanzien van de transitievergoeding kan worden gebaseerd. Iedere werknemer heeft immers thans 14 dagen dan wel 21 dagen bedenktijd en dat is voldoende tijd om als werknemer informatie in te winnen over de rechten en plichten bij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst en de financiële voorwaarden daarbij. De omstandigheid dat werknemer zegt de Nederlandse taal onvoldoende te beheersen en snel te hebben moeten tekenen is onvoldoende onderbouwd. Er is ook geen sprake van dwang, dwaling of misbruik van omstandigheden. Het verzoek van werknemer wordt afgewezen.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 11-12-2015

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2015:8803

Zaaknummer: 4581264 UE VERZ 15-543 LvdH/1470

Rechters: L.C. van Heuveling Beek

Advocaten: T.A. Timmermans en A.E.B. de Hollander

Wetsartikelen: 7:611 BW, 7:670b BW en 7:673 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Coolblue B.V.

Afwijzing vordering wedertewerkstelling, in afwachting van oordeel in ontbindingsprocedure. Het is in het belang van beide partijen dat de (verdere) escalatie van het conflict wordt voorkomen.

Op 1 februari 2015 is werknemer voor onbepaalde tijd in dienst is getreden bij Coolblue in de functie van Vendor Manager. Op 5 juni 2015 is tijdens een voortgangsgesprek aan werknemer verteld dat zijn functie zou worden gewijzigd in die van 'Lead Buyer'. In de maand juni hebben naar aanleiding van de functiewijziging meerdere voortgangsgesprekken plaatsgevonden. In augustus heeft de leidinggevende aangegeven niet tevreden te zijn met de wijze waarop werknemer invulling geeft aan zijn functie. Naar aanleiding van dit gesprek worden verschillende afspraken gemaakt. Op 17 september 2015 heeft de leidinggevende aan werknemer voorgesteld de arbeidsovereenkomst te beëindigen. Vanaf dat moment heeft werknemer geen werkzaamheden bij Coolblue meer verricht. Op 23 september 2015 werd aan werknemer een schriftelijke beëindigingsovereenkomst voorgelegd. Werknemer heeft die niet getekend. Coolblue heeft vervolgens een ontbindingsverzoek ingediend. Werknemer vordert in een kort geding wedertewerkstelling en toegang tot alle kantoorfaciliteiten waarvan werknemer voor 17 september 2015 ook gebruik maakte of kon maken. Coolblue voert gemotiveerd verweer.

De voorzieningenrechter oordeelt als volgt. In het onderhavige geval is sprake van een situatie waarin vaststaat dat de arbeidsovereenkomst tussen partijen (nog) niet is geëindigd. Er is door Coolblue wel een verzoek ingediend bij de kantonrechter strekkende tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst, maar op dat verzoek is nog niet beslist. Vooruitlopend op de door Coolblue gewenste beëindiging van de arbeidsovereenkomst is werknemer op non-actief gesteld. De reden voor de non-actiefstelling en de gewenste ontbinding is gelegen in het onvoldoende functioneren van werknemer in de functie van Lead Buyer en het gebrek aan vertrouwen dat dit op korte termijn zal veranderen. Naar voorlopig oordeel is dit gelet op de vaststaande feiten en omstandigheden niet voldoende grond voor een dringende reden die de non-actiefstelling vooruitlopend op de eventuele beëindiging van de arbeidsovereenkomst rechtvaardigt. Partijen hebben op 7 augustus 2015 afspraken gemaakt over het functioneren

van werknemer in de functie van Lead Buyer. Een van de afspraken hield in dat op 7 oktober 2015 een tussentijdse evaluatie zou plaatsvinden over de ontwikkeling van werknemer, althans de door hem in de tussentijd behaalde resultaten. Die afgesproken termijn is niet afgewacht, zonder dat uit het dossier volgt dat daarvoor een concrete aanleiding was. Het is niet aannemelijk dat de bodemrechter in het onderhavige geval zal oordelen dat Coolblue voldoende gegronde reden had om de non-actiefstelling van werknemer te rechtvaardigen, nu sprake is van een situatie waarin een termijn was afgesproken waarbinnen werknemer zou werken aan verbetering van zijn functioneren, terwijl die termijn niet is afgewacht en is besloten per direct in te zetten op de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Daarbij is nog van belang dat werknemer heeft gesteld dat voor hem onduidelijk is geweest wat van hem werd verwacht. Op grond van het voorgaande is de vordering tot wedertewerkstelling in beginsel toewijsbaar. Een belangenafweging brengt, gelet op de korte termijn waarop (meer) duidelijkheid over het al dan niet voortbestaan van de arbeidsovereenkomst kan worden verwacht, naar het oordeel van de voorzieningenrechter met zich dat tot het moment waarop de kantonrechter heeft beslist op het verzoek, feitelijke werkhervatting niet aan de orde is. Juist ook voor de door werknemer genoemde mogelijkheid dat de arbeidsovereenkomst zal blijven bestaan, omdat het verzoek wordt afgewezen, is het in het belang van beide partijen dat de (verdere) escalatie van het conflict thans zo veel als mogelijk wordt voorkomen. Het belang van werknemer bij wedertewerkstelling op zo kort mogelijke termijn na dit vonnis dient daarvoor te wijken.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 11-11-2015

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2015:9230

Zaaknummer: C/10/486260 / KG ZA 15-1102

Rechters: A.F.L. Geerdes

Advocaten: I. Janssen en W. de Jong

Wetsartikelen: 7:611 BW en 7:628 BW