

Nieuwsbrief AR Updates - Nummer 52, 2015

Nummer 52, 2015

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

INHOUDSOPGAVE

Hof

Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2015:3467 22-12-2015

werknemer/Van Dool Technics B.V.

Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2015:3456 22-12-2015

werknemer/GAC Netherlands Ltd

Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2015:3503 22-12-2015

DPW Van Stolk Holding B.V. /werknemer

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2015:5339 22-12-2015

werknemer/werkgever

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2015:5334 22-12-2015

werknemer/Autobedrijf X BV

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2015:5277 22-12-2015

Vakwerk X BV, voorheen Euro Aktief Uitzendburo B.V. en bestuurders c.s./Stichting Naleving CAO voor Uitzendkrachten

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2015:5328 22-12-2015

X Sloopwerken B.V., tevens h.o.d.n. X Voegersbedrijf/ werknemer

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2015:5243 15-12-2015

werknemster/X Advocaten en belastingadviseurs BV c.s.

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2015:5236 15-12-2015

werknemster/Accenture

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2015:9270 08-12-2015

Loonwerkbedrijf X/werknemer

Rechtbank

Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2015:9190 22-12-2015

Stichting Warande/werknemer

Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2015:11398 22-12-2015

werknemster/Cargill B.V.

Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2015:9189 21-12-2015

Coöperatieve Centrale Raiffeisen-Boerenleenbank B.A./werknemer

Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2015:11461 18-12-2015

Allegion B.V./werknemer

Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2015:11475 17-12-2015

Teamwork Dental B.V. /werknemer

Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2015:11458 17-12-2015

werknemer/Van Acker B.V.

Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2015:9255 16-12-2015

GVB Exploitatie B.V./werknemer

Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2015:9244 15-12-2015

werkgever/werknemer

Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2015:11452 15-12-2015

werknemer/werkgever

Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2015:8894 15-12-2015

Ozak B.V./ATG Deutschland GMBH

Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2015:5632 30-11-2015

Stichting Tjongerwerven, Christelijk Primair Onderwijs/werknemer

Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2015:5633 30-11-2015

Stichting Samenwerkingsbestuur Primair Onderwijs 'Gearhing'/werknemster

Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2015:8062 13-11-2015

X en Y/Erasmus Universiteit Rotterdam

Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2015:11467 04-11-2015

werknemer/Grondontwikkeling Nederland B.V.

Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2015:9191 11-03-2015

werknemer/Oracle Nederland B.V.

Uitspraken zonder ECLI

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 22-12-2015

Stichting Flevoziekenhuis/werkneemster

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Rechtbank Zeeland-West-Brabant 22-12-2015

werknemer/werkgever

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Rechtbank Den Haag 18-11-2015

werknemer/werkgeefster

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Annotatie

Een loodkeuring is volgens de rechter verplicht. Anders: de wetgever?

prof. mr. dr. W.L. Roozendaal

RECHTSPRAAK

werkneemster/Cargill B.V.

***Werkneemster de toegang tot terreinen en bedrijfsgebouwen
ontzeggen na geschil over loonbetaling is onrechtmatig.
Wedertewerkstelling.***

Werkneemster is in dienst van GCA en verricht haar werkzaamheden sinds medio 2006 op de bedrijfslocatie van Cargill (opdrachtgever van GCA). Tussen werkneemster en GCA is op een gegeven moment een geschil ontstaan over de betaling van het loon. Vervolgens heeft werkneemster Cargill verzocht het achterstallige loon te betalen. Cargill heeft dit geweigerd, omdat werkneemster geen arbeidsovereenkomst met Cargill heeft. Voorts heeft werkneemster Cargill (mede) aansprakelijk gesteld voor de betaling van het achterstallige loon. Naar aanleiding hiervan is werkneemster de toegang tot de terreinen en bedrijfsgebouwen van Cargill ontzegd. GCA heeft werkneemster passende arbeid aangeboden, hetgeen werkneemster heeft geweigerd. Voorts heeft de kantonrechter de arbeidsovereenkomst tussen GCA en werkneemster ontbonden met ingang van 9 januari 2016. Werkneemster vordert in kort geding toelating tot het verrichten van haar werkzaamheden op de cateringafdeling van de vestiging van Cargill te Wormer en betaling van een voorschot op schadevergoeding. Zij stelt dat Cargill onrechtmatig jegens haar handelt. Cargill stelt dat werkneemster geen spoedeisend belang bij haar vordering heeft. Voorts moet werkneemster voor achterstallig loon bij GCA aankloppen en is volgens Cargill geen sprake van onrechtmatig handelen.

De voorzieningenrechter oordeelt als volgt. Het belang van werkneemster bij haar vordering haar (opnieuw) toegang te verlenen tot haar werkplek bij Cargill is voldoende spoedeisend. Ook bij haar vordering tot toekenning van een (voorschot op) schadevergoeding heeft werkneemster voldoende spoedeisend belang, gelet op het feit dat zij sinds 2 oktober 2015 geen inkomsten meer heeft. De enkele omstandigheid dat werkneemster de opdrachtgever van haar werkgeefster driemaal heeft aangeschreven ter zake van achterstallig loon, levert onvoldoende grond op om haar vervolgens de toegang tot de terreinen en bedrijfsgebouwen te ontzeggen en het haar daarmee feitelijk onmogelijk te maken de reeds negen jaar door haar uitgevoerde werkzaamheden op die werkplek voort te zetten. Het verwijt dat de sfeer op de werkvloer zodanig negatief beïnvloed werd door het geschil van werkneemster met GCA dat

weigering van de toegang om die reden was gerechtvaardigd, is door Cargill niet geconcretiseerd of nader onderbouwd en bij betwisting zijdens werkneemster onvoldoende aannemelijk geworden. Voorts is gesteld noch gebleken dat de kwaliteit van de catering in algemene zin of de kwaliteit van de werkzaamheden van werkneemster in het bijzonder als gevolg van een wijziging in de werksfeer te wensen overlieten. Deze omstandigheden kwalificeren derhalve evenmin als een redelijke grond om werkneemster de toegang tot de werkplek te weigeren. Het vorenstaande leidt tot de conclusie dat de weigering van Cargill om werkneemster nog langer toegang te verlenen tot haar terreinen en bedrijfsgebouwen onder de gegeven omstandigheden in strijd is met de in het maatschappelijk verkeer in acht te nemen zorgvuldigheid en daarmee onrechtmatig. De vordering van werkneemster die ertoe strekt dat Cargill haar moet toelaten is dan ook toewijsbaar. Om te kunnen voldoen aan het vonnis is Cargill niet afhankelijk van GCA. Indien GCA werkneemster niet opdraagt werkzaamheden bij Cargill te verrichten, behoeft Cargill werkneemster ook geen toegang te verlenen en overtreedt Cargill het in deze te wijzen vonnis dus niet. De vordering, strekkende tot betaling van een voorschot op door Cargill aan werkneemster verschuldigde schadevergoeding, wordt afgewezen. Het is voldoende aannemelijk dat de bodemrechter, indien om een oordeel wordt gevraagd, uiteindelijk zal oordelen dat de gestelde schade het gevolg is van het onrechtmatig handelen door Cargill.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 22-12-2015

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2015:11398

Zaaknummer: C/15/235767 / KG ZA 15-964

Rechters: E. Jochem

Advocaten: P.H. Visser en P.A. Charbon

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Van Acker B.V.

Ontslag op staande voet. Bewijslast van ontslaggesprek rust op werkgever. Nadere beslissing wordt aangehouden. De arbeidsovereenkomst wordt wel voorwaardelijk ontbonden. De mogelijkheid tot hoger beroep betekent niet direct dat werkgever geen belang meer kan hebben bij voorwaardelijke ontbinding.

Werknemer is op 21 augustus 1998 in dienst getreden bij Van Acker B.V. (hierna: Van Acker), laatstelijk in de functie van metaalbewerker. Bij brief van 22 september 2015 heeft Van Acker werknemer schriftelijk medegedeeld hem op staande voet te ontslaan. In voornoemde brief stelt Van Acker onder meer dat werknemer op 15 september 2015 en 16 september 2015 zonder toestemming niet op tijd op het werk is verschenen, zonder dat daarvoor een geldige reden bestond. Van Acker zou werknemer reeds vele malen te verstaan hebben gegeven dat diens ongeoorloofde afwezigheid ontoelaatbaar was en hij is hier eerder voor gewaarschuwd. Ook volgt uit voornoemde brief dat Van Acker op 17 september 2015 heeft geconstateerd dat werknemer tijdens de uitvoering van zijn werkzaamheden aan het blowen was, terwijl het binnen het bedrijf van Van Acker ten strengste verboden is drugs te gebruiken. Van Acker stelt dat voornoemde gedragingen een dringende reden opleveren voor ontslag op staande voet. In een persoonlijk gesprek op 17 september 2015 zou dit door Van Acker aan werknemer zijn medegedeeld en toegelicht. Werknemer verzoekt de kantonrechter het ontslag op staande voet te vernietigen en Van Acker onder meer te veroordelen tot doorbetaling van loon. Werknemer legt aan dit verzoek ten grondslag dat geen sprake is van een dringende reden voor ontslag op staande voet en dat dit ontslag niet onverwijld is gegeven. Werknemer betwist dat sprake is geweest van een gesprek op 17 september 2015 waarin hij op staande voet is ontslagen. Tevens betwist hij dat hij op het werk heeft geblowd. Van Acker verweert zich tegen het verzoek, door aan te voeren dat werknemer niet-ontvankelijk is in zijn verzoek. Van Acker heeft werknemer op 17 september 2015 op staande voet ontslagen en daar het verzoekschrift tot vernietiging van het ontslag op staande voet op 20 november 2015 is ingediend, is de vervaltermijn verstreken. Daarnaast verzoekt Van Acker op haar beurt de arbeidsovereenkomst met werknemer voorwaardelijk te ontbinden op grond van artikel 7:671b lid 1 onderdeel a BW in verbanding

met artikel 7:669 lid 3 primair onderdeel e en subsidiair onderdeel g BW. Indien de verzochte ontbinding wordt toegewezen, verzoekt werknemer om toekenning van een transitievergoeding.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Als uitgangspunt dient te gelden dat in zaken die voortvloeien uit de Wet werk en zekerheid (WWZ) het bewijsrecht in beginsel van toepassing is. Zo ook in deze zaak. Nu Van Acker zich (in het kader van de mogelijke niet-ontvankelijkheid van werknemer) beroept op het door haar gestelde feit dat op 17 september 2015 een gesprek met werknemer heeft plaatsgevonden waarin hij op staande voet is ontslagen en de werknemer een en ander gemotiveerd betwist, rust de bewijslast van deze stelling op Van Acker. Conform haar aanbod zal Van Acker tot dat bewijs worden toegelaten. In afwachting van die bewijslevering wordt de beslissing op het verzoek tot vernietiging van de opzegging van de arbeidsovereenkomst aangehouden.

Met betrekking tot de door Van Acker verzochte voorwaardelijke ontbinding neemt de kantonrechter als uitgangspunt dat ook onder de WWZ hiertoe de mogelijkheid bestaat. De omstandigheid dat tegen een beschikking tot ontbinding op grond van artikel 7:671b lid 1 BW hoger beroep mogelijk is, betekent niet dat een werkgever geen belang meer kan hebben bij voorwaardelijke ontbinding. In hoger beroep kan een beschikking tot ontbinding immers worden bekrachtigd of kan de zaak worden beslecht door toekenning van een billijke vergoeding als bedoeld in artikel 7:683 BW, in plaats van door herstel van de arbeidsovereenkomst. In dergelijke gevallen heeft de beschikking tot voorwaardelijke ontbinding, ondanks hoger beroep, het door de werkgever beoogde effect, te weten (zekerheid over de) beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Van Acker voert primair aan dat de redelijke grond voor ontbinding is gelegen in verwijtbaar handelen van werknemer. Naar het oordeel van de kantonrechter leveren de door Van Acker in dat verband naar voren gebrachte feiten en omstandigheden een redelijke grond voor ontbinding op. De kantonrechter is van oordeel dat Van Acker alles heeft gedaan wat van haar in de gegeven omstandigheden als goed werkgever verwacht mocht worden. De arbeidsovereenkomst wordt voorwaardelijk ontbonden met inachtneming van de van toepassing zijnde opzegtermijn. De gedragingen van werknemer, hoe laakbaar ook, rechtvaardigen echter naar het oordeel van de kantonrechter niet dat de arbeidsovereenkomst wordt ontbonden zonder dat aan hem een transitievergoeding toekomt. Van Acker zal daarom worden veroordeeld tot betaling daarvan.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 17-12-2015

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2015:11458

Zaaknummer: 462188o OA VERZ 15-212

Rechters: M.C. van Rijn

Advocaten: M.M.A. Appelman en A.C. Lagemaat

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

RECHTSPRAAK

GVB Exploitatie B.V./werknemer

Depottekort tramconductor geen redelijke grond voor ontbinding. Na dienstverband van 29 jaar en gezien de persoonlijke omstandigheden van werknemer, rust op werkgever verhoogde zorgplicht werknemer in dienst te houden.

Werknemer is sedert 1 oktober 1986 in dienst van de besloten vennootschap GVB Exploitatie B.V. (hierna: GVB), laatstelijk in de functie van tramconductor. Vanaf 2010 tot en met 2013 is werknemer onder meer een aantal keren te laat op het werk verschenen. Ook ontving werknemer in 2010 twee waarschuwingen; één voor het gebruiken van een mobiele telefoon tijdens de dienst en één voor het te vroeg afstappen van de tram. In juli 2010 heeft werknemer een neuroloog bezocht, welke onder meer epilepsie bij werknemer heeft geconstateerd. Op 16 mei 2011 is de vader van werknemer na een ziekbed van enkele maanden overleden. Op 13 juli 2012 bleek bij een controle van het depot van werknemer een tekort van € 464,82. Werknemer heeft verklaard dat het depot niet op orde was vanwege persoonlijke financiële omstandigheden. GVB heeft werknemer hiervoor een waarschuwing gegeven. In 2014 heeft een tweetal gesprekken plaatsgevonden tussen GVB en werknemer, waarin werknemer er door GVB op is gewezen dat hij de verantwoordelijkheid dient te nemen werk en privé op goede wijze te combineren. In mei 2015 bleek het depot van werknemer wederom niet op orde. Er was een tekort van € 424,60. Naar aanleiding hiervan heeft GVB werknemer geschorst. GVB verzoekt de arbeidsovereenkomst met werknemer te ontbinden ex artikel 7:671b lid 1 onderdeel a BW in verbinding met artikel 7:669 lid 3, primair op grond van onderdeel e, subsidiair op grond van onderdeel g en meer subsidiair op grond van onderdeel d BW. Aan dit verzoek legt GVB primair ten grondslag dat sprake is van verwijtbaar handelen dan wel nalaten van werknemer, zodanig dat van GVB redelijkerwijs niet gevergd kan worden de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Subsidiair is volgens GVB sprake van een verstoorde arbeidsverhouding en meer subsidiair acht GVB werknemer ongeschikt voor de functie. Werknemer verweert zich tegen het verzoek en voert – samengevat – aan dat hij vanaf zijn zeventiende, (waarschijnlijk) vanwege zuurstofgebrek tijdens zijn geboorte, soms last heeft van epileptische aanvallen. Ook is hij aan de rechterkant van zijn lichaam (licht)

spastisch. Een en ander was GVB voor aanvang van het dienstverband van werknemer bekend.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Gezien de hiervoor weergegeven feiten wordt vastgesteld dat werknemer vanaf aanvang dienstverband in 1986 tot 2010 goed heeft gefunctioneerd.

Duidelijk is dat er sinds 2011 een kentering is gekomen in de uitvoering van de werkzaamheden door werknemer. Het is begrijpelijk dat GVB er belang bij heeft dat dit soort gedrag zo min mogelijk voorkomt en daar streng op toeziet. Dat een verband bestaat tussen het overlijden van zijn vader, die werknemer bijstond en onder meer hielp met zijn financiën, en het ontstaan van het tekort in het depot van werknemer in juli 2012 is zeer aannemelijk. Ook is duidelijk dat werknemer onder stress minder presteert. Bij dit alles speelt mee dat werknemer geen doorsneewerknemer is, gezien zijn (medisch) dossier. Hoe ernstig het depottekort in mei 2015 ook is, na een dienstverband van 29 jaar, waarvan 25 jaar nagenoeg vlekkeloos, en de persoonlijke omstandigheden van werknemer in acht genomen, kan de redelijke grond voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst niet vervuld worden. Daarbij speelt mee dat er geen problemen zijn met het inhoudelijke werk van werknemer, dat hij de fouten die hij heeft gemaakt erkent, steeds openstaat voor kritiek en telkens weer zijn best doet om verbetering aan te brengen in zijn gedrag en daar veelal in slaagt. Anderzijds rust op GVB als goed werkgever, mede vanwege het lange dienstverband en de bijzondere persoonlijke omstandigheden, een bepaalde zorgplicht, op grond waarvan van GVB een extra inspanning mag worden verwacht om werknemers zoals werknemer binnen boord te houden. De kantonrechter geeft werknemer een laatste kans en wijst het verzoek van GVB af. De arbeidsovereenkomst van werknemer blijft in stand.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 16-12-2015

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2015:9255

Zaaknummer: EA VERZ 15-1090

Rechters: M.E.B. Terwee

Advocaten: D. van Dam en L. Chr Kranendonk

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

RECHTSPRAAK

Ozak B.V./ATG Deutschland GMBH

Wav-boete kan niet aan onderaannemer worden doorbelast op grond van een later gesloten overeenkomst waarin partijen hieromtrent afspraken maken. Het gaat immers om de rechtsverhouding tussen partijen ten tijde van de eventuele toerekenbare tekortkoming/onrechtmatige daad.

ATG DEUTSCHLAND GMBH (hierna: ATG) verricht werkzaamheden op het gebied van staalproducten. Ozak B.V. (hierna: Ozak) is een aannemersbedrijf dat bouwwerkzaamheden verricht. Ozak en ATG hebben gedurende enkele jaren zaken met elkaar gedaan. Op of omstreeks 28 februari 2012 hebben ATG en Ozak een schriftelijke overeenkomst van (onder)aanneming van werk gesloten ten aanzien van het project N201 Scopewijziging Aalsmeer (hierna: de overeenkomst). Op grond van de overeenkomst heeft Ozak in 2013 werkzaamheden verricht. In de overeenkomst is onder meer opgenomen dat het niet is toegestaan arbeidskrachten in te zetten die niet beschikken over een tewerkstellingvergunning en mocht blijken dat een dergelijke vergunning is ingetrokken, dan is de onderaannemer gehouden alle hieruit voortvloeiende schade aan ATG te vergoeden. Bij besluit van 31 augustus 2010 heeft de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid op grond van overtreding van de Wet arbeid vreemdelingen (Wav) aan de Provincie Noord-Holland een boete opgelegd ter hoogte van € 48.000 (hierna: de Wav-boete), vanwege de aanwezigheid van illegale werknemers op de bouwplaatsen op 9 oktober 2009. De Wav-boete is doorbelast aan onderaannemer ATG. In de periode tussen 20 mei 2013 en 22 juli 2013 heeft Ozak in verband met de door haar verrichte werkzaamheden facturen aan ATG verzonden voor een bedrag van in totaal € 55.567,56. Bij e-mail van 27 augustus 2013 heeft ATG Ozak gemeld dat zij de Wav-boete in mindering wenst te brengen op de openstaande facturen. Ozak heeft bij brief van 3 september 2013 betwist dat er een grondslag bestaat om de Wav-boete op Ozak te verhalen. Op 14 oktober 2013 heeft Ozak ATG gesommeerd een bedrag van € 56.898,24 aan haar te voldoen. Op 29 november 2013 heeft ATG een bedrag van € 49.959,49 aan Ozak voldaan. Ozak vordert veroordeling van ATG tot betaling van (het restant ter hoogte van) € 8.504,54, te vermeerderen met onder meer de wettelijke handelsrente over dat bedrag.

De kantonrechter oordeelt als volgt. ATG is het gevorderde bedrag van € 8.504,54 in verband met nog openstaande facturen voor verrichte werkzaamheden aan Ozak verschuldigd. ATG heeft aangevoerd dat zij niet is gehouden dit bedrag aan Ozak te voldoen vanwege een verrekenbare tegenvordering op Ozak, te weten de Wav-boete. ATG voert daartoe primair aan dat Ozak, vanwege de inzet van illegale werknemers bij de door haar voor ATG verrichte werkzaamheden, jegens ATG tekort is geschoten in haar verplichting tot nakoming van de overeenkomst en dat zij op grond van die overeenkomst verplicht is de schade te vergoeden. De kantonrechter oordeelt dat de overeenkomst op het moment van de overtreding van de Wav en het opleggen van de boete (nog) niet op de rechtsverhouding tussen partijen van toepassing was. ATG kan zich dus ten aanzien van de aan haar opgelegde Wav-boete en de doorbelasting daarvan aan Ozak niet beroepen op hetgeen in de overeenkomst is opgenomen. Anders dan ATG heeft aangevoerd, doet het feit dat de Wav-boete pas ná het sluiten van de overeenkomst onherroepelijk zou zijn geworden, hier niet aan af. Bepalend is immers de rechtsverhouding tussen partijen op het moment van een eventuele toerekenbare tekortkoming, dan wel het moment van het plegen van een onrechtmatige daad, ook indien de hoogte van de schade pas op een later moment (onherroepelijk) wordt vastgesteld. Subsidiair stelt ATG dat partijen een mondelinge overeenkomst zijn aangegaan met de bedoeling daarbij hetzelfde overeen te komen als in de overeenkomst is opgenomen. Voornoemd standpunt wordt – gelet op de gemotiveerde betwisting hiervan door Ozak – als onvoldoende onderbouwd verworpen. ATG heeft verder onvoldoende omstandigheden aangevoerd die maken dat er op grond van bijzondere omstandigheden sprake is van een toerekenbaar tekortschieten of onrechtmatig handelen aan de zijde van Ozak, dan wel dat zij er anderszins – mede gelet op het bepaalde in artikel 6:248 lid 1 BW, waarop ATG in dit verband een beroep doet – op heeft mogen vertrouwen dat zij een eventuele Wav-boete op Ozak kon verhalen. Dit standpunt van ATG zal dan ook als onvoldoende onderbouwd worden verworpen. Gelet op het voorgaande is niet vast komen te staan dat partijen zijn overeengekomen dat ATG de Wav-boete aan Ozak kon doorbelasten. De kantonrechter komt derhalve niet toe aan de beoordeling van de vraag of een dergelijke afspraak tussen partijen – zoals Ozak heeft gesteld – in strijd is met de openbare orde.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 15-12-2015

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2015:8894

Zaaknummer: CV 14-20675

Rechters: L.R. Wisse

Advocaten: M.G. Krüger en W.W.H. Timmermans

Wetsartikelen: 3:40 BW, 6:74 BW, 6:162 BW en Wet arbeid vreemdelingen

RECHTSPRAAK

werknemer/Grondontwikkeling Nederland B.V.

Partijen zijn het eens over de verstoorde arbeidsverhouding en de onmogelijkheid tot herplaatsing. De arbeidsovereenkomst wordt ontbonden met toekenning van een beëindigingsvergoeding ad twee brutomaandsalarissen.

Werknemer is met ingang van 10 maart 2014 bij de besloten vennootschap Grondontwikkeling Nederland B.V. (hierna: Grondontwikkeling) in dienst getreden als commercieel medewerker. Grondontwikkeling heeft werknemer op 3 augustus 2015 op staande voet ontslagen, hetgeen bij brief van 4 augustus 2015 aan werknemer is bevestigd. Werknemer heeft bij dagvaarding van 25 augustus 2015 een voorziening gevorderd. Bij vonnis in kort geding van 18 september 2015 heeft de kantonrechter Grondontwikkeling veroordeeld om aan werknemer met ingang van augustus 2015 tot aan de dag van de rechtsgeldige beëindiging van de arbeidsovereenkomst een bedrag van € 2.765 bruto per maand te betalen, te vermeerderen met een bedrag van € 128 netto per maand. Werknemer verzoekt in het onderhavige geding de opzegging van de arbeidsovereenkomst van 3 augustus 2015 te vernietigen alsmede de veroordeling van Grondontwikkeling om aan hem met ingang van augustus 2015 tot de datum waarop de arbeidsovereenkomst rechtsgeldig zal zijn geëindigd het overeengekomen loon van € 2.765 bruto per maand en de maaltijdvergoeding van € 128 netto per maand te betalen. Grondontwikkeling verzoekt op haar beurt de arbeidsovereenkomst met werknemer te ontbinden op grond van artikel 7:671b lid 1 onderdeel a BW. Aan dit verzoek legt Grondontwikkeling ten grondslag dat sprake is van een verstoorde arbeidsverhouding en dat herplaatsing van werknemer niet meer mogelijk is.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Tegen het verzoek van werknemer heeft Grondontwikkeling geen (gemotiveerd) verweer gevoerd, zodat dit verzoek zal worden toegewezen. Werknemer heeft erkend dat inmiddels sprake is van een zodanig verstoorde arbeidsverhouding dat van Grondontwikkeling in redelijkheid niet meer kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Ook werknemer ziet geen mogelijkheden meer voor herplaatsing. Gelet op het voorgaande ontbindt de kantonrechter de arbeidsovereenkomst. Er is immers, gelet op de standpunten van partijen, sprake van een

redelijke grond voor ontbinding als bedoeld in artikel 7:671b lid 1 onderdeel a BW in verbinding met artikel 7:669 lid 3 onderdeel g BW en voorts is er geen mogelijkheid tot herplaatsing van werknemer. Partijen zijn het erover eens dat de arbeidsovereenkomst dient te worden ontbonden met ingang van 1 december 2015. Partijen zijn het er tevens over eens dat werknemer aanspraak heeft op een vergoeding van twee brutomaandsalarissen. Grondontwikkeling zal daarom worden veroordeeld tot betaling van die beëindigingsvergoeding.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 04-11-2015

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2015:11467

Zaaknummer: 4487292 / OA VERZ 15-168

Rechters: S.B. Rip

Advocaten: M.A. Meesters en T. Teke

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

RECHTSPRAAK

**X Sloopwerken B.V., tevens h.o.d.n. X Voegersbedrijf/
werknemer**

Werkgever aansprakelijk voor posttraumatische dystrofie bij werknemer na perforatie handschoen bij sloopwerk. Werkgever had een kwalitatief betere handschoen ter beschikking moeten stellen. Beroep op Richtlijn 89/686/EEG (producteisen) staat niet aan schending zorgplicht in de weg. Toerekening schade aan werkgever vanwege predispositie.

Werknemer is tijdens sloopwerkzaamheden gewond geraakt aan zijn linkervinger, doordat een tegelrand of een tegelpunt bij het loshakken met een mechanische breekhamer door de door Sloopwerken aan werknemer ter beschikking gestelde handschoen heendrong of -sneed en de linkermiddelvinger van werknemer raakte. De bloedende wond is door een collega met een pleister verzorgd waarna de werkzaamheden zijn voortgezet. Nadien hebben de klachten zich verergerd en is uiteindelijk een posttraumatische dystrofie ontstaan, waardoor werknemer inmiddels ernstig geïnvaleideerd (rolstoelafhankelijk) is, zijn totale zenuwstelsel ontregeld is en hij volledig arbeidsongeschikt is. Werknemer stelt zich op het standpunt dat Sloopwerken hem een verkeerde handschoen ter beschikking heeft gesteld en vordert schadevergoeding. De kantonrechter heeft de vorderingen toegewezen.

Het hof oordeelt als volgt. Sloopwerken stelt dat zij door de handschoenen North NF14 HD en/of Showa 310 Grip ter beschikking te stellen van werknemer, aan haar zorgplicht heeft voldaan. Sloopwerken betoogt op grond van artikel 8 Richtlijn 89/686/EEG van de Raad van 21 december 1989 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der Lid-Staten betreffende persoonlijke beschermingsmiddelen dat zij ter voldoening van haar zorgplicht had kunnen volstaan door handschoenen uit de door haar zo genoemde veiligheids categorie 1 ter beschikking te stellen. Sloopwerken doelt hiermee op middelen die bescherming bieden tegen zeer geringe risico's waarvan het effect, wanneer het graduueel is, tijdig kan worden opgemerkt zonder dat de gebruiker gevaar loopt, zoals bedoeld in lid 3 van voormelde bepaling. Voorts werpt Sloopwerken op dat van haar niet verlangd kan worden handschoenen uit de door haar

zo aangeduide veiligheids categorie 3 ter beschikking te stellen. Dit betreft kennelijk middelen die beschermen tegen gevaren die dodelijk zijn of de gezondheid ernstig en onherstelbaar kunnen schaden en waarvan de gebruiker naar de ontwerper aanneemt de acute effecten niet tijdig kan onderkennen, zoals bedoeld in lid 4 van voormelde bepaling. Ten slotte brengt Sloopwerken naar voren dat zij handschoenen heeft gegeven aan werknemer die in de door haar aangeduide veiligheids categorie 2 vallen. Dit betreft, zo begrijpt het hof, andere dan de in lid 3 bedoelde beschermingsmiddelen, zoals bedoeld in lid 2 van voormelde bepaling en dat zij, Sloopwerken, zodoende aan haar zorgplicht heeft voldaan. 3.13.2. Voormeld betoog van Sloopwerken wordt verworpen. Artikel 8 is opgenomen in Hoofdstuk II van voormelde richtlijn. Dit hoofdstuk gaat over certificeringsprocedures. De door Sloopwerken zo door haar genoemde veiligheids categorieën betreffen geen richtlijnen die moeten en kunnen worden toegepast om het daarbij voor de uit te oefenen werkzaamheden passende beschermingsmiddel te bepalen. Artikel 8 is gericht aan fabrikanten en geeft voorschriften voor certificering. Artikel 8 geeft geen voorschriften gericht aan werkgevers, zoals Sloopwerken, in welke arbeidsomstandigheden zij welk persoonlijk beschermingsmiddel dient te verstrekken. Het enkele feit dat, zoals Sloopwerken stelt, zij handschoenen uit veiligheids categorie 2 heeft verstrekt, brengt niet mee dat Sloopwerken aan haar zorgplicht als bedoeld in artikel 7:658 BW (oud) heeft voldaan. Aan die zorgplicht is naar het oordeel van het hof pas voldaan als vaststaat dat Sloopwerken geen handschoenen die een betere bescherming ter voorkoming van te verwachten letsel boden, ter beschikking had kunnen stellen. Het hof verwijst in dit verband nogmaals naar r.o. 3.6 van het vonnis van 14 november 2012, waarin de kantonrechter heeft overwogen dat het voor de hand ligt dat bij het met een mechanische breekhamer wegbreken van tegels van een wand scherpe tegelsplinters kunnen loskomen die letsel kunnen veroorzaken. De deskundige merkt op dat in januari 2009 zowel van het merk North als van het merk Showa en ook van andere merken, handschoenen in de handel waren met een hogere bestendigheid tegen doorsnijden en een hogere bestendigheid tegen perforatie. Dit zijn handschoenen met een snijbestendigheid van klasse 3 en hoger. Hiervan geeft de deskundige enige voorbeelden. Tegen deze door de deskundige gegeven voorbeelden komt Sloopwerken op. Het hof stelt voorop dat Sloopwerken als werkgever dient te stellen en zo nodig te bewijzen, dat zij al die maatregelen heeft genomen die redelijkerwijs nodig waren om de schade te voorkomen. Met de kantonrechter is het hof van oordeel dat, indien Sloopwerken handschoenen die meer bescherming boden dan de door haar verstrekte handschoenen ter beschikking had kunnen stellen, Sloopwerken niet heeft voldaan aan haar zorgplicht. Immers hierdoor had Sloopwerken de kans op schade voor werknemer verminderd. Het ligt dan ook op de weg van Sloopwerken om te stellen en zo nodig aan te tonen dat in januari 2009 geen handschoenen konden worden verkregen die een hoger beschermingsniveau tegen snijden en perforatie boden dan de door haar verstrekte

handschoenen. Aan die stelplicht heeft zij niet voldaan. Ten aanzien van de door de deskundige genoemde Showa 541 HPPE palm plus en de Ansell Hyflex 11-628 handschoenen heeft Sloopwerken aangevoerd dat deze handschoenen in 2009 nog niet verkrijgbaar waren. Ook indien het voorgaande juist zou zijn dan betreft het hier slechts voorbeelden van handschoenen met een hoger beschermingsniveau dan de door haar, Sloopwerken, verschaft handschoenen. Hiermee is door Sloopwerken niet voldoende ontkracht de constatering van de deskundige dat er in 2009 handschoenen waren met een hoger beschermingsniveau. Daar komt bij dat Sloopwerken niet heeft betwist dat de twee andere voorbeelden die de deskundige heeft genoemd, te weten de North NFK 14 durotask en de North NFD 16, een hoger beschermingsniveau bieden dan de door haar, Sloopwerken, verstrekte handschoenen. Ten aanzien van deze handschoenen heeft Sloopwerken slechts aangevoerd dat ze geschikt zijn voor de glasindustrie. Hiermee heeft Sloopwerken echter niet betwist dat die handschoenen met een hoger beschermingsniveau niet voor het wegbreken van tegels geschikt zijn.

Sloopwerken stelt dat voormeld letsel buiten de normale lijn van verwachting ligt en dat voor haar, Sloopwerken en voor een gemiddeld persoon dit letsel, dat is ontstaan na een kleine snijwond aan een vinger, niet voorzienbaar is. Hiervan veronderstellenderwijs uitgaande, zal dit letsel, evenwel gezien voormelde aard van de aansprakelijkheid en de aard van de schade, als een gevolg van het ongeval aan de werkgever worden toegerekend (zie HR 8 februari 1985, *NJ* 1986, 137). Immers, in geval van aansprakelijkheid voor letsel worden de gevolgen van een persoonlijke predispositie van degene die het letsel heeft opgelopen in het algemeen als een gevolg daarvan aan de aansprakelijke partij toegerekend, ook al zijn die gevolgen daardoor ernstiger en langer van duur dan in de normale lijn der verwachtingen ligt.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 22-12-2015

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2015:5328

Zaaknummer: 200.155.888/01

Rechters: C.E.L.M. der Smeenk-van Weijden, M.J.H.A. Venner-Lijten en O.G.H. Milar

Advocaten: W.A.M. Rupert en F.C. Schirmeister

Wetsartikelen: 7:658 BW en 8 Richtlijn 89/686/EEG

RECHTSPRAAK

werkneemster/Accenture

Causaal verband RSI/CANS en arbeidsomstandigheden (beeldschermwerk) ontbreekt: geen wetenschappelijke evidentie dat werk bijdraagt aan RSI/CANS, 10%-20% van de bevolking lijdt aan soortgelijke klachten.

In navolging op ECLI:NL:GHAMS:2010:2265 en ECLI:NL:GHAMS:2011:1234 heeft het hof twee deskundigen benoemd om antwoord te geven op de vraag of (1) werkneemster lijdt aan RSI/CANS en (2) of deze aandoeningen zijn veroorzaakt door de werkomstandigheden bij Accenture. De deskundigen oordelen als volgt. Zowel I als J maakt er melding van dat klachten als die van werkneemster in een relevant percentage voorkomen in de bevolking. I beschrijft dat circa 10 tot 20% van de Nederlanders deze klachten heeft zonder dat daarvoor een oorzaak in de werkomstandigheden kan worden aangegeven. Het is natuurlijk waar, zoals van de zijde van werkneemster opgemerkt, dat dat niet uitsluit dat er arbeidsgebonden risicofactoren zijn met een verhoogde kans op het ontwikkelen van dergelijke klachten. Waar het echter om gaat, is dat het hiervoor genoemde gegeven tot behoedzaamheid noopt bij het leggen van een verband tussen het ontstaan van de onderhavige klachten en arbeidsomstandigheden. Het hof verstaat de beide deskundigenberichten op dit punt in die zin. Werkneemster bestempelt de passage in het rapport van I dat er betrekkelijk weinig wetenschappelijke evidentie is over werkomstandigheden en het ontstaan van RSI-achtige klachten als onjuist. Deze passage kenmerkt volgens werkneemster het gebrek van I aan kennis over de arbeidsgebondenheid van de gezondheidsklachten als die van haar. Het hof acht deze kritiek niet gegrond. Uit zijn rapport volgt dat I allerminst miskent dat – zoals werkneemster betoogt onder verwijzing naar bijvoorbeeld een multidisciplinaire richtlijn – bepaalde arbeidsomstandigheden (I noemt: langdurig werken in dezelfde houding zonder pauzes met hoge werkdruk, slechte werksfeer en een perfectionistische werkhouding) het risico meebrengen van het ontstaan of toenemen van RSI-achtige klachten, maar dat laat onverlet de observatie van I dat er over deze relatie betrekkelijk weinig wetenschappelijke evidentie is. Op grond van de deskundigenberichten van I onderscheidenlijk van J, met de inhoud waarvan het hof zich verenigt, komt het hof tot het oordeel dat niet kan worden aangenomen dat de gezondheidsklachten van werkneemster

kunnen zijn veroorzaakt door haar werkzaamheden bij Accenture. Er is geen plaats voor het vermoeden dat de gezondheidsschade van werkneemster is veroorzaakt door de arbeidsomstandigheden bij Accenture, laat staan dat zodanig verband aanwezig kan worden geoordeeld.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 15-12-2015

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2015:5236

Zaaknummer: 200.025.408/01

Rechters: D.J. van der Kwaak, R.J.F. Thiessen en J.E. Molenaar

Advocaten: W.A. van Veen en J. Meyst-Michels

Wetsartikelen: 7:658 BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/X Advocaten en belastingadviseurs BV c.s.

Onterecht ontslag advocaat-stagiair leidt tot schadevergoeding (€ 100.000) wegens kennelijk onredelijke opzegging en gefixeerde schadevergoeding (€ 56.733) wegens onregelmatige opzegging. Patroon wordt verweten ontslag op staande voet te geven hetgeen binnen de advocatuur voor werkneemster zeer diffamerend uitpakte.

(Hoger beroep van AR 2013-0645) Werkneemster is op 1 juli 2010 in dienst getreden van X en Y als advocaat-stagiair. Op 4 januari 2012 heeft een gesprek plaatsgevonden, waarbij Z heeft aangegeven niet langer haar patroon te willen zijn. De volgende dag heeft werkneemster zich ziek gemeld. De arboarts heeft vastgesteld dat werkneemster per 5 februari 2012 weer arbeidsgeschikt is. Op 9 maart 2012 is werkneemster op staande voet ontslagen. In de ontslagbrief wordt als reden vermeld: '... (omdat) u langdurig en stelselmatig weigert uw werkzaamheden te verrichten, waarvan na 06/03/'12 is gebleken dat daar geen goede medische reden voor was. Het drie keer weigeren deel te nemen aan een mediationgesprek, te houden op 10/2 resp. 24/2 resp. 09/03/'12, waarna de mediator de werkzaamheden heeft beëindigd, is tevens reden om de arbeidsovereenkomst op te zeggen.' Werkneemster heeft zich op de vernietigbaarheid van het ontslag op staande voet beroepen. In eerste aanleg heeft werkneemster uiteindelijk gefixeerde schadevergoeding verzocht en toegewezen gekregen. Het beroep op kennelijk onredelijk ontslag werd afgewezen.

Het hof oordeelt als volgt. Wat de gefixeerde schadevergoeding betreft is van belang dat partijen de Richtlijn arbeidsvoorwaarden stagiaires op de arbeidsovereenkomst van toepassing hebben verklaard en dat die Richtlijn wat de duur betreft waarvoor arbeidsovereenkomsten met advocaat-stagiaires worden aangegaan, voorziet in (niet meer dan) twee mogelijkheden: 'voor onbepaalde tijd zonder proeftijd' of 'voor bepaalde tijd voor de duur van drie jaar en drie maanden'. De akkoordverklaring met de Richtlijn in samenhang met de vermelding dat de arbeidsovereenkomst tussen partijen 'van bepaalde tijd' is, duidt erop dat partijen hebben gekozen voor de tweede mogelijkheid, dus voor een overeenkomst met een looptijd van in beginsel drie jaar en drie maanden (in totaal 39 maanden).

De door patroon gemaakte keuze moet haar extra worden aangerekend omdat het ging om een dienstverband met een advocaat-stagiaire en voor patroon redelijkerwijs te voorzien was dat de keuze voor een ontslag op staande voet werkneemster hard zou treffen. Patroon moest immers ernstig rekening houden met de mogelijkheid dat het enkele gegeven dat werkneemster op staande voet werd ontslagen zeer diffamerend zou zijn voor haar en dat dit ontslag binnen de beperkte kring van de advocatuur niet onopgemerkt zou blijven. Zonder meer voorzienbaar was ook dat deze wijze van beëindiging van de arbeidsovereenkomst onvermijdelijk aan de orde zou komen bij toekomstige sollicitaties van werkneemster. Aldus betekende het ontslag op staande voet een voorzienbare en ernstige hindernis voor werkneemster in het normale carrièreverloop na het vertrek bij patroon. Alle omstandigheden ten tijde van het ontslag in aanmerking genomen, acht het hof het gegeven ontslag door de wijze van beëindiging van het dienstverband en de daaruit voor werkneemster voortvloeiende gevolgen kennelijk onredelijk, zodat werkneemster recht heeft op een vergoeding. Bij de bepaling van de hoogte van deze vergoeding heeft het hof acht geslagen op de leeftijd van werkneemster (ten tijde van het ontslag bijna 39 jaar oud), de betrekkelijk korte duur van het dienstverband, de omstandigheid dat (zoals hiervoor toegelicht) aannemelijk is dat dit dienstverband hoe dan ook tot een spoedig einde zou zijn gekomen, waarbij het hof ervan uitgaat dat zodanig einde niet in overwegende mate aan een van partijen toe te rekenen zou zijn geweest, alsmede de eerdergenoemde omstandigheden betreffende de wijze van beëindiging van de arbeidsovereenkomst door patroon. Voor patroon was voorzienbaar dat in het bijzonder de wijze van beëindiging de kansen voor werkneemster op een normale voortzetting van haar carrière binnen de advocatuur zeer nadelig zou beïnvloeden. Het hof acht het redelijk ervan uit te gaan dat die nadelige invloed zich gedurende vijf jaar na het ontslag zou doen gevoelen, zij het dat die invloed in de loop van die vijf jaar geleidelijk zou gaan afnemen. Patroon diende er rekening mee te houden dat werkneemster als pas beginnend advocaat aangewezen zou zijn op een eigen kantoor, dat zij bij de oprichting daarvan nog geen cliënten zou hebben en eerst gaandeweg erin zou slagen een cliëntenbestand (en daarmee een inkomen) te verwerven. Voor het inkomensverlies gedurende de resterende duur van de stage is werkneemster reeds gecompenseerd. Het hof schat het inkomensverlies voor de periode nadien (vanaf het einde van de stage tot vijf jaar na het ontslag) op € 100.000. Het hof zal patroon gezien de ernst van het haar te maken verwijt veroordelen tot vergoeding van dit bedrag uit hoofde van kennelijk onredelijk ontslag.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 15-12-2015

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2015:5243

Zaaknummer: 200.142.212/01

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

Advocaten: E. Broerse en J.J. Perrels

Wetsartikelen: 7:677 BW, 7:68o BW (oud), 7:681 BW (oud) en Richtlijn arbeidsvoorwaarden stagiaires

RECHTSPRAAK

Loonwerkbedrijf X/werknemer

Concurrentiebeding niet schriftelijk overeengekomen. Bewijs van authenticiteit (alsnog) ondertekende overeenkomst rust op werkgever.

(Zie ook AR 2015-1165 voor de onrechtmatigedaaidsvordering van werkgever jegens nieuwe werkgever) Werknemer (geboren 1968) is in dienst getreden van Loonwerkbedrijf als kraanmachinist. Op deze arbeidsovereenkomst is een concurrentiebeding van toepassing. Op 28 juni 2014 is de arbeidsovereenkomst geëindigd. Per 1 juli 2014 is werknemer in dienst getreden van een concurrent. De centrale vraag is of werknemer aan het concurrentiebeding kan worden gehouden.

Het hof oordeelt als volgt. Aan het schriftelijkheidsvereiste is in ieder geval voldaan, indien de werknemer een arbeidsovereenkomst waarin een concurrentiebeding is opgenomen of enig ander geschrift waarin een concurrentiebeding als onderdeel van de arbeidsvoorwaarden voorkomt, heeft ondertekend, omdat de werknemer daarmee tot uitdrukking brengt dat hij heeft kennisgenomen van het concurrentiebeding zoals dat in schriftelijke vorm aan hem ter hand is gesteld en dat hij daarmee instemt. Wordt in een arbeidsovereenkomst of een brief verwezen naar bijgevoegde arbeidsvoorwaarden waarin een concurrentiebeding voorkomt en verklaart de werknemer zich door ondertekening van die arbeidsovereenkomst of die brief akkoord met die arbeidsvoorwaarden, dan is aan het genoemde vereiste eveneens voldaan. Aan het schriftelijkheidsvereiste is echter niet voldaan in gevallen waarin de werknemer zich schriftelijk akkoord verklaart met de inhoud van een niet als bijlage in schriftelijke vorm bijgevoegd document waarin een concurrentiebeding voorkomt, tenzij de werknemer daarbij uitdrukkelijk verklaart dat hij met het concurrentiebeding instemt. Bij de memorie van antwoord in het incidenteel hoger beroep heeft Loonwerkbedrijf niet weersproken dat werknemer de arbeidsovereenkomst met het concurrentiebeding niet heeft ondertekend en evenmin gesteld dat werknemer enig ander stuk, met als bijlage de arbeidsovereenkomst met het concurrentiebeding, heeft ondertekend of dat hij zich schriftelijk akkoord heeft verklaard met de inhoud van een niet als bijlage in schriftelijke vorm bijgevoegd document waarin het concurrentiebeding voorkomt en daarbij uitdrukkelijk heeft verklaard dat hij met het concurrentiebeding instemt. Integendeel, Loonwerkbedrijf heeft (alleen) aangevoerd dat

werknemer zonder enig bezwaar kenbaar te maken een aanvang heeft gemaakt met de overeengekomen werkzaamheden. Ter gelegenheid van de pleidooien heeft Loonwerkbedrijf echter alsnog betoogd dat wel is voldaan aan het schriftelijkheidsvereiste en naar voren gebracht dat hij de door werknemer ondertekende arbeidsovereenkomst alsnog heeft achterhaald. Het hof heeft dit, door Loonwerkbedrijf meegebrachte exemplaar, vervolgens getoond aan werknemer, die stellig heeft ontkend dat de bij zijn naam geplaatste handtekening van hem afkomstig is ('Dat is 100% niet mijn handtekening.').

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 08-12-2015

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2015:9270

Zaaknummer: 200.162.769

Rechters: I.A. Katz-Soeterboek, A.A. van Rossum en G.H. Bunt

Advocaten: M.H. Horst en A.J.M.J. Werners

Wetsartikelen: 7:653 BW

RECHTSPRAAK

X en Y/Erasmus Universiteit Rotterdam

Voormalige docenten die diensten vanuit vennootschap aanbieden aan EUR, zijn niet werkzaam op basis van arbeidsovereenkomst.

Partijbedoeling van belang. Ontvangst kerstpakketten en eigen werkplek op de EUR onvoldoende om van arbeidsovereenkomst te spreken.

X en Y zijn met ingang van 1 september 1991 respectievelijk 1 april 1999, ieder op basis van een ambtelijke aanstelling, werkzaam geweest voor de EUR, beiden in de functie van docent. In 1995 hebben zij een eigen onderneming opgericht (toegespitst op het geven van communicatietrainingen, het uitvoeren van communicatieactiviteiten en het schrijven en vormgeven van boeken en teksten). Nadat als gevolg van een in 2003 doorgevoerde reorganisatie de functies van X en Y waren komen te vervallen, heeft de EUR X en Y (eervol) ontslag op eigen verzoek verleend met ingang van 1 juli 2006, per welke datum de aanstellingen, die toen beide golden voor onbepaalde tijd en 19 uur per week, rechtmatig beëindigd zijn. Per diezelfde datum is een daarvoor, op 14 juni 2006, tussen de vennootschap en de EUR gesloten ‘overeenkomst tot het verlenen van onderwijsdiensten’ van kracht geworden. De EUR (Faculteit der Economische en Bedrijfseconomische Wetenschappen (FEBW)) betaalt aan de vennootschap voor het binnen deze overeenkomst vallende onderwijs en de daaraan gerelateerde werkzaamheden per collegejaar een vergoeding van € 102.900. Deze vergoeding is gebaseerd op de inzet van één vast team aan docenten. De overeenkomst is jaarlijks verlengd tot 1 september 2014. X en Y betogen dat het van meet af aan klip en klaar was dat er sprake was van een constructie waarbij slechts de formele basis van de samenwerking tussen hen en de EUR is gewijzigd, maar alle andere aspecten geheel ongewijzigd zijn gebleven. Er is dus sprake van een (tweetal) arbeidsovereenkomst(en), die per 1 juli 2009 voor onbepaalde tijd geldt. De arbeidsverhouding blijkt zowel uit de bedoeling die partijen voor ogen stond bij het aangaan van de overeenkomst alsook uit de wijze waarop partijen invulling hebben gegeven aan de initiële overeenkomst en de verlengingen daarvan. De arbeidsovereenkomsten van X en Y zijn niet rechtsgeldig geëindigd. Zij maken daarom aanspraak op loondoorbetaling en wedertewerkstelling.

De kantonrechter oordeelt als volgt. X en Y wisten vóór het sluiten van die overeenkomst en zo is ook in de considerans daarvan tot uitdrukking gebracht, dat de EUR besloten had steunvakken zoals het tot dan toe door X en Y op basis van hun ambtelijke aanstellingen verzorgde onderwijs, voortaan 'van buiten' in te kopen, dat de EUR dus (juist) niet de intentie had dat onderwijs voortaan nog op basis van een dienstverband te laten verzorgen, dat dit de aanleiding is geweest voor de beëindiging van de ambtelijke aanstellingen van X en Y, dat de 'constructie' via [naam vennootschap] voor hen de enige mogelijkheid was het onderwijs voor de EUR te blijven verzorgen en ook dat zij daarmee hebben ingestemd. Het moge zo zijn dat de overeenkomst tussen de EUR en de vennootschap voor X en Y, naar zij hebben aangevoerd, feitelijk geen veranderingen met zich heeft gebracht voor wat betreft de wijze waarop zij hun werkzaamheden voor de EUR feitelijk verrichtten, maar dat neemt niet weg dat de EUR enerzijds en X en Y, verenigd in de vennootschap, anderzijds bij het aangaan van die overeenkomst voor ogen heeft gestaan – en zij daarmee ook hebben ingestemd – dat de inzet van X en Y voortaan door middel van inkoop via de vennootschap zou plaatsvinden en dus niet (langer) op werkgever/werknemer-basis. Daarbij is ook relevant dat blijkens voormelde passage X en Y destijds hebben ingezien dat dit – een overeenkomst van opdracht tussen de EUR en de vennootschap en dus geen arbeidsovereenkomst tussen de EUR en X respectievelijk Y – voor hen de enige mogelijkheid was waarop zij hun werk voor de EUR feitelijk konden continueren. In zoverre bestaat er dus geen aanleiding het bestaan van een arbeidsverhouding tussen de EUR en X en Y aan te nemen.

Met betrekking tot de feitelijke uitvoering merkt de kantonrechter op dat er een vast bedrag per jaar aan de vennootschap wordt betaald (en geen periodieke loonbetaling aan X of Y). Dat er geen btw wordt afgedragen, komt vanwege de aard van de opdracht (vrijstelling van btw). Hoewel in de overeenkomst wordt gesproken van een 'vast team', is geen sprake van een persoonlijke arbeidsverplichting. Dat X en Y in de uitoefening van hun opdracht ook gebonden zijn aan de Examen- en Onderwijsreglementen van de EUR (OER-en), brengt nog geen gezagsverhouding met zich. Ook de door X en Y aangedragen omstandigheid dat zij beschikten over een werkplek, een postvak, een e-mailaccount en visitekaartjes van de EUR, vormt voor de kantonrechter geen sterke aanwijzing voor een arbeidsovereenkomst. In het licht van de overige omstandigheden van het geval bezien geldt dit evenzeer voor de door X en Y genoemde omstandigheden dat zij werden uitgenodigd voor personeelsactiviteiten en formele gelegenheden van de EUR en dat zij, evenals reguliere docenten van de EUR, een kerstpakket ontvingen.

Dit alles leidt de kantonrechter tot de slotsom dat ook de wijze waarop inhoud aan de (verlengde) overeenkomst van opdracht is gegeven, niet tot de conclusie kan leiden dat de samenwerking tussen de EUR en X respectievelijk Y vanaf 1 juli 2006 kan worden aangemerkt

als een arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:610 lid 1 BW.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 13-11-2015

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2015:8062

Zaaknummer: 3618638 CV EXPL 14-56218

Rechters: G.J. Heevel

Advocaten: G.F. Collard, L. Paalman en T.J.C.M. Broekman

Wetsartikelen: 7:610 BW

RECHTSPRAAK

DPW Van Stolk Holding B.V. /werknemer

Kennelijk onredelijk ontslag bestuurder na mislukt ontslag op staande voet. Wetenschap dat creditnota als alternatieve bonusconstructie (met belastingontduiking) werd toegepast onvoldoende vast komen te staan. Berekening schadevergoeding.

Bij tussenarrest heeft het hof DPW toegelaten tot het bewijs van haar stelling dat werknemer wist dat er in 2007 een creditnota aan Timmerfabriek Z is opgemaakt ten bedrage van € 15.000 (excl. btw), welk bedrag bedoeld was als bonus ten behoeve van medewerker 1; dat werknemer heeft goedgekeurd dat die bonus via die creditnota werd betaald; dat werknemer wist dat aan de creditnota geen zakelijke oorzaak ten grondslag lag, respectievelijk dat de creditnota vals was; en dat hij wist dat het oogmerk voor deze handelwijze was: voorkoming van belastingheffing.

Het hof oordeelt als volgt. De stelling van DPW dat werknemer ervan op de hoogte was dat de creditnota (ook) diende als aanvulling op de bonus van medewerker 1 en deze constructie heeft goedgekeurd steunt in belangrijke mate op de verklaringen van medewerker 1. Het hof is evenwel van oordeel dat deze verklaringen onvoldoende bewijs opleveren, reeds omdat tegenover de verklaringen van medewerker 1 de verklaringen van werknemer staan, die inhouden dat hij niets afwist van 'de bonusconstructie'. Bovendien acht het hof de verklaringen van medewerker 1, die op sommige punten tegenstrijdig met elkaar zijn, weinig geloofwaardig. DPW heeft voorts aangevoerd dat er (steun)bewijs voor de wetenschap van werknemer kan worden gevonden in een e-mailwisseling. Het hof deelt deze visie niet. Bijgevolg is DPW niet geslaagd in het te leveren bewijs.

Met de rechtbank is het hof van oordeel dat bij toetsing aan het gevolgen criterium reeds kan worden vastgesteld dat sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag. Bij de beoordeling van de vraag of de gevolgen van het ontslag voor werknemer te ernstig zijn in vergelijking met het belang van DPW bij de opzegging, dient mede in aanmerking te worden genomen de voor werknemer getroffen voorzieningen en de voor hem bestaande mogelijkheden ander passend werk te vinden. Het hof acht van belang dat het door DPW gestelde belang bij het ontslag

(kostenbesparing) niet was gelegen in de persoon van werknemer. Voorts is van belang dat de tweede opzegging – het ontslag op staande voet – ten onrechte is gegeven, zodat ten tijde van het einde van het dienstverband er rekening mee moest worden gehouden dat werknemer ernstig zou kunnen worden benadeeld bij het vinden van nieuw werk. Mede gelet hierop en rekening houdend met de leeftijd van werknemer, zijn langdurig dienstverband in verantwoordelijke functies en zijn positie op de arbeidsmarkt, acht het hof de in december 2010 aangeboden vergoeding van € 110.000 dan wel € 210.000 niet passend.

Met betrekking tot het eerder gegeven ontslag, waarvan werknemer eveneens meent dat dit kennelijk onredelijk is verleend, oordeelt het hof als volgt. Op zich is er sprake van een bedrijfseconomische reden voor ontslag en is in zoverre geen sprake van een valse of voorgewende reden. Dit is slechts anders indien van meet af aan het doel was de positie van werknemer door een ander te laten opvullen. Hiertoe wordt de zaak aangehouden. De vraag over welke periode DPW de inkomensschade dient te vergoeden, kan nog niet worden beantwoord. Het hof overweegt hierover dat deze periode in elk geval dient te worden gesteld op minimaal anderhalf jaar (zoals door de rechtbank vastgesteld). De verwachting dat het geruime tijd zou duren alvorens werknemer weer een enigszins vergelijkbaar inkomen had als bij DPW, is uitgekomen: werknemer heeft bij pleidooi in hoger beroep toegelicht dat dat pas begin 2013 het geval was. Voorts rekent het hof DPW aan dat zij werknemer ten onrechte op staande voet heeft ontslagen. Indien komt vast te staan dat bij de eerste opzegging sprake is van een valse of voorgewende reden, zal dit ook van invloed zijn op de hoogte van de schadevergoeding. Wat betreft de te vergoeden inkomenscomponenten is het hof van oordeel dat naast het brutosalaris, de vakantietoelage en de dertiende maand ook rekening moet worden gehouden met de pensioenschade die werknemer (onbestreden) heeft geleden als gevolg van het ontslag. De bonus en de kosten voor de arbeidsongeschiktheidsverzekering zullen niet worden meegenomen.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 22-12-2015

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2015:3503

Zaaknummer: 200.116.806/01

Rechters: H.M. Wattendorff, C.A. Joustra en J.J. Dijk

Advocaten: S.A. Tan en F.C. van Uden

Wetsartikelen: 7:681 BW (oud)

RECHTSPRAAK

Stichting Warande/werknemer

Werknemer is als vermist is opgegeven en werkgever heeft ondanks pogingen om met werknemer in contact te komen al een jaar niets meer van hem vernomen. Ontbinding arbeidsovereenkomst op basis van h-grond. Wel transitievergoeding verschuldigd.

Werknemer is sinds 15 juni 2011 in dienst van (de rechtsvoorganger van) Warande, laatstelijk in de functie van eerste servicemedewerker facilitaire dienst. Warande verzoekt ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van artikel 7:671b en 7:669 lid 3 sub e, althans h BW. Warande legt aan haar verzoek ten grondslag dat werknemer sinds 11 december 2014, zonder een voor haar bekende reden, niet meer op het werk is verschenen. Op 22 december 2014 heeft Warande van een broer van werknemer vernomen dat hij als vermist was opgegeven. Vanaf 1 januari 2015 heeft Warande geen loon c.a. meer betaald. Ondanks pogingen van Warande om met werknemer in contact te komen, is van hem (of via zijn familieleden over hem) niets meer vernomen. Ook via het Openbaar Ministerie heeft Warande tevergeefs geprobeerd een verblijfplaats te achterhalen.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Warande heeft geen feiten of omstandigheden gesteld waaruit kan worden afgeleid dat werknemer van zijn niet-verschijnen een verwijt kan worden gemaakt. Evenmin kan worden vastgesteld dat hem kan worden verweten dat hij Warande niet over zijn situatie heeft geïnformeerd. Het moge zo zijn dat werknemer jegens Warande gehouden was om niet zonder goede grond van het werk weg te blijven en haar over de reden van zijn niet-verschijnen in te lichten, maar als – zoals in dit geding – niet kan worden vastgesteld wat hiervan de reden was, kan niet worden aangenomen dat hem daarvan een verwijt is te maken en kan de arbeidsovereenkomst niet op de e-grond worden ontbonden. Op de subsidiaire grondslag, de zogenoemde h-grond, kan de arbeidsovereenkomst wél worden ontbonden. Uit de parlementaire geschiedenis van de totstandkoming van de Wet werk en zekerheid volgt weliswaar dat de wetgever met deze ‘restcategorie’ het oog heeft gehad op detentie of illegaliteit van de werknemer of het ontbreken van een tewerkstellingsvergunning, maar deze opsomming was – ook gezien de later in het wetgevingsproces gegeven nadere voorbeelden – niet limitatief bedoeld. De regering heeft wel benadrukt dat de h-grond niet

mag worden gebruikt om enkele van de in artikel 7:669 lid 3 onder a tot en met g BW genoemde gronden, die elk op zichzelf beschouwd onvoldoende kunnen worden onderbouwd, samen als h-grond aan te merken. Daarvan is in dit geval geen sprake. De kantonrechter merkt de omstandigheden die Warande aan het verzoek ten grondslag heeft gelegd aan als andere dan de in artikel 7:669 lid 3 onder a tot en met g genoemde omstandigheden, en is van oordeel dat die zodanig zijn dat van haar in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst met werknemer te laten voortduren. Waranda heeft er, nu door werknemer al geruime tijd geen invulling aan de arbeidsovereenkomst meer wordt gegeven, een gerechtvaardigd belang bij dat het dienstverband met hem ook formeel wordt beëindigd. Voor toepassing van het bepaalde in artikel 7:671b lid 8 aanhef en onder b BW bestaat geen grond, omdat niet kan worden vastgesteld dat de ontbinding van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van werknemer. Op dit laatste stuit het verzoek van Warande af om te bepalen dat zij aan werknemer geen transitievergoeding verschuldigd is.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 22-12-2015

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2015:9190

Zaaknummer: 4601026 UE VERZ 15-553 LH/1040

Rechters: P. Dondorp

Advocaten: M. Stevens

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

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgever

Nietig ontslag op staande voet. Geen verrekening met vermeende schadevergoeding in kort geding.

Werknemer (geboren 1961) is op 1 april 2004 in dienst getreden van werkgever, een internationale groothandel in personenautobanden. Hij was laatstelijk werkzaam als controller tegen een brutosalaris (exclusief vakantiegeld en overige emolumenten) van € 6.661 per maand. Op 19 december 2014 schrijft werkgever dat hij het ontoelaatbaar vindt dat werknemer twee facturen voor tijdschriften van de oud-eigenaar ten laste van werkgever laat komen. Op 5 februari 2015 vindt een gesprek tussen partijen plaats waarbij werkgever aangeeft geen vertrouwen meer in werknemer te hebben. Hij biedt werknemer een transitievergoeding aan. Op 13 februari 2015 accepteert werknemer dit voorstel. Op 13 februari 2015 trekt werkgever – gezien de ernst van de onregelmatigheden – haar aanbod in en ontslaat werknemer alsnog op 17 februari 2015 op staande voet. De arbeidsovereenkomst is per 15 mei 2015 voorwaardelijk ontbonden.

Het hof oordeelt als volgt. Partijen hebben erover gedebatteerd of werkgever aan werknemer bij brief van 5 februari 2015 een aanbod had gedaan voor de beëindiging van het dienstverband én dat aanbod door werknemer op 13 februari 2015 door werknemer was aanvaard. Werkgever voert aan dat zij haar voorstel tijdig had ingetrokken dan wel had herroepen, dat het slechts een voorstel op hoofdlijnen betrof en dat het voorstel nimmer zou zijn gedaan bij een juiste voorstelling van zaken waardoor er sprake is van dwaling. Daarop is reeds een beroep gedaan, zodat de overeenkomst buitengerechtelijk is vernietigd. Het ontslag op staande voet is eerst aan werknemer gegeven nadat werkgever haar voorstel had ingetrokken, aldus werkgever. Werknemer op zijn beurt betoogt dat hij het aanbod van werkgever tijdig had aanvaard, zodat er een beëindigingsovereenkomst tussen partijen tot stand is gekomen en ontslag op staande voet van hem niet meer mogelijk was. Naar het voorlopig oordeel van het hof kan in het midden blijven of er tussen partijen al dan niet een beëindigingsovereenkomst is tot stand gekomen. De door werkgever ingenomen standpunten kunnen haar niet baten, juist omdat het ontslag op staande voet in dit kort geding niet komt vast te staan.

Werkgever beroept zich nog op verrekening van de loonvordering met haar vorderingen uit

schadevergoeding wegens onregelmatigheden in de administratie. Daartoe overweegt het hof dat, nu werknemer de door werkgever gestelde tekortkomingen en schade gemotiveerd heeft weersproken, het ook op dit punt aan werkgever is om hiervan bewijs bij te brengen.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 22-12-2015

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2015:5339

Zaaknummer: 200.170.636/01

Rechters: R.J.M. Cremers, M.J.H.A. Venner-Lijten en O.G.H. Milar

Advocaten: Y.J.P. Janssen en F. Samson

Wetsartikelen: 7:677 BW en 7:632 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Van Dool Technics B.V.

Wanverhouding salaris werknemer met B-factor Sociaal Plan maakt opzegging met Sociaal Plan-vergoeding kennelijk onredelijk. Beroep op gelijkheidsbeginsel tussen werknemers gaat niet op.

(Vervolg op AR 2015-0421) Werknemer is in 1974 in dienst getreden bij Van Dool. In 1989 is werknemer in dienst getreden bij een zusteronderneming, Van Dool Constructies B.V. Hij is daar statutair bestuurder geworden. Zijn arbeidsovereenkomst is in 1990 overgeheveld naar Van Dool Technics. Werknemer was, naast zijn bestuurderschap van Van Dool Constructies, laatstelijk werkzaam als Directeur Verkoop. Zijn salaris bedroeg € 10.057 bruto per maand, te vermeerderen met vakantietoeslag, tantième en winstuitkering. Van Dool Constructies en Van Dool Technics zijn beide werkmaatschappijen van Van Dool Beheer B.V. Van Dool Constructies houdt zich bezig met toelevering van gevelsystemen in aluminium, staal en kunststof. Van Dool Technics heeft als enige activiteit het ter beschikking stellen van personeel aan Van Dool Constructies. In december 2012 is werknemer op non-actief gesteld in verband met een komende reorganisatie. Tevens is hij ontslagen als bestuurder van Van Dool Constructies. Van Dool Technics heeft vervolgens voor werknemer en 37 andere werknemers een ontslagaanvraag ingediend bij het UWV. De door Van Dool Technics opgegeven reden voor deze aanvraag was de slechte financiële situatie bij de werkmaatschappijen veroorzaakt door de economische crisis in de bouwsector. Werknemer stelt zich op het standpunt dat het wel meevalt met de financiële situatie. Het UWV heeft toestemming gegeven voor het ontslag. Aan werknemer is een vergoeding conform het sociaal plan meegegeven van in totaal € 47.250 bruto, te voldoen gedurende een periode van twaalf maanden, dat wil zeggen € 3.937,50 bruto gedurende een periode van twaalf maanden. Daarnaast had hij aanspraak op een WW-uitkering. Op 5 juni 2013 is bekendgemaakt dat Van Dool Beheer B.V. de beide werkmaatschappijen had verkocht aan NDM Noordelijke Deelneming Maatschappij B.V. (hierna: NDM) met terugwerkende kracht tot 1 januari 2013. Volgens werknemer is de opzegging kennelijk onredelijk, want er zou sprake zijn van een voorgewende reden.

In het tussenarrest van 28 april 2015 heeft het hof geoordeeld dat geen sprake is van een voorgewende reden. Wel heeft het hof overwogen dat de gevolgen van de opzegging van de

arbeidsovereenkomst voor werknemer zonder meer ernstig zijn nu het ten tijde van zijn ontslag te verwachten was dat hij – gezien onder meer zijn leeftijd (geboortedatum: [datum] 1954) en zijn eenzijdige werkervaring (in dienst sinds 11 februari 1974) – moeilijk ander werk zou kunnen vinden. Voorts heeft het hof overwogen dat gelet op de aanleiding van het ontslag – te weten de slechte financiële toestand van de werkmaatschappijen – van Van Dool Technics niet gevegd kon worden dat zij een voorziening voor werknemer zou treffen als door werknemer gevorderd (te weten: een ontslagvergoeding van € 1.087.764,45 bruto, dan wel € 342.827 bruto). Het hof achtte evenwel de vergoeding die werknemer op grond van het Sociaal Plan heeft ontvangen (een bedrag van € 47.250 bruto) zodanig laag, dat er ten aanzien van werknemer sprake zou kunnen zijn van een kennelijk onredelijk ontslag.

Het hof heeft Van Dool Technics in de gelegenheid gesteld nadere inlichtingen te verschaffen hoe de ontslagvergoeding van € 47.250 zich verhoudt tot de vergoedingen die op grond van het Sociaal Plan aan andere werknemers zijn betaald, alsmede over de aan de ontslagen werknemers aangeboden outplacementbegeleiding. Naar het oordeel van het hof kan mede op grond van de door Van Dool Technics overgelegde gegevens worden geconstateerd dat in de vergoeding die werknemer heeft ontvangen onvoldoende tot uitdrukking komt dat werknemer een aanzienlijk hogere functie bekleedde en een aanzienlijk hoger salaris verdiende dan (vrijwel) alle andere werknemers. Werknemer wordt doordat de WW-uitkering is gemaximeerd op 70% van het maximumdagloon bovendien geconfronteerd met een veel grotere terugval in inkomsten dan zijn collega's die een (aanzienlijk) lager salaris verdienden dan werknemer. Daarnaast heeft werknemer erop gewezen dat hij, anders dan de overige werknemers (één uitzondering daargelaten), ook tantième en winstdeling genoot en twee leaseauto's reed, waardoor de ongelijkheid en inkomensterugval nog groter is. Bij de invulling van de norm van het goed werkgeverschap, artikel 7:611 BW, komt aan het rechtsbeginsel dat gelijke gevallen gelijk dienen te worden behandeld, groot gewicht toe. Dat betekent niet dat een schending van dit beginsel in enig opzicht direct voert tot de conclusie dat de werkgever zich niet als goed werkgever gedraagt, omdat daarvoor immers alle (overige) omstandigheden van het geval in ogenschouw moeten worden genomen. Er is in de onderhavige situatie sprake van een evidente wanverhouding tussen de hoogte van het salaris van werknemer (€ 10.861,99 bruto) en het salaris waarop de hoogte van de ontslagvergoeding is gebaseerd (€ 2.500 bruto). Door de maximering van het salaris op € 2.500 bruto wordt werknemer ongelijk behandeld ten opzichte van zijn collega's, omdat een veel groter deel van zijn loon buiten beschouwing wordt gelaten bij de berekening van de ontslagvergoeding conform het sociaal plan. Daarbij komt dat kan worden aangenomen dat werknemer ten tijde van zijn ontslag een ongunstige positie op de arbeidsmarkt had, gegeven zijn leeftijd en de lengte van het dienstverband bij één werkgever alwaar hij is opgeklommen van monteur tot directeur. Tegen deze achtergrond is er sprake van kennelijk onredelijk ontslag. Uitgaande van een suppletie gedurende de eerste

zes maanden tot 90% van het laatstgenoten maandinkomen en voor de beide volgende periodes van zes maanden tot 85% respectievelijk 80% van het laatstgenoten maandinkomen, becijfert het hof de directe inkomensschade die het gevolg is van het ontbreken van een dergelijke suppletierегeling, rekening houdend met het reeds op basis van het sociaal plan voldaan bedrag, op € 65.043,34 bruto. Daarbij houdt het hof rekening met de navolgende inkomsten. Werknemer ontving in juli en augustus 2013 een WW-uitkering ter hoogte van 75% van het maximumdagloon, te weten € 2.948,40 per maand exclusief vakantietoeslag; inclusief 8% vakantietoeslag € 3.184,27 bruto. Vanaf 1 september 2013 ontving werknemer een WW-uitkering van 70% van het maximumdagloon, te weten € 2.750,00 bruto per maand; inclusief vakantietoeslag € 2.970 bruto. Het salaris van werknemer bedroeg tot 1 juli 2013 € 10.057 bruto exclusief vakantietoeslag; inclusief vakantietoeslag € 10.861,56 bruto per maand. De gederfde inkomsten gedurende anderhalf jaar bedragen derhalve $(2 \times 6.591,13) + (4 \times 6.805,40) + (6 \times 6.262,33) + (6 \times 5.719,25) = € 112.293,34$ bruto. Hierop strekt in mindering de uitkering uit het sociaal plan ad € 47.250. Dit leidt tot een inkomensschade van € 65.043,34 bruto. Met de slechte financiële situatie van Van Dool Technics houdt het hof rekening door aan werknemer slechts 70% van voornoemde inkomensschade toe te kennen en voorts geen (aanvullende) vergoeding toe te kennen voor de door werknemer geleden pensioenschade. Het hof bepaalt de schadevergoeding uit kennelijk onredelijk ontslag derhalve op (afgerond) € 45.500 bruto.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 22-12-2015

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2015:3467

Zaaknummer: 200.150.108/01

Rechters: C.A. Joustra, C.J. Frikkee en V. Disselkoen

Advocaten: Y.K. de Boer en N.H.M. van Bokum

Wetsartikelen: 7:681 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Autobedrijf X BV

Geen duidelijke ondubbelzinnige wilsverklaring werknemer opzegging arbeidsovereenkomst nadat collega-werknemer door politie wordt afgevoerd en werknemer tevens een nacht in de cel verblijft. Ontslag op staande voet wegens diefstal (nog) niet komen vast te staan. Sepot OM niet beslissend voor gedraging werknemer.

Werknemer is 7 september 1998 in dienst getreden bij werkgever in de functie van automonteur. Als op 1 oktober 2013 de politie een collega-werknemer komt ophalen wegens verdenking van diefstal in dienstbetrekking, roept werkgever werknemer bij zich. Na afloop van het gesprek heeft werknemer een getekende brief achtergelaten, waarin hij aangeeft de arbeidsovereenkomst op te zeggen. In de namiddag van 1 oktober 2013 is werknemer door de politie van huis opgehaald en meegenomen naar het bureau voor verhoor. Bij het verhoor heeft werknemer verklaard tot die dag bij werkgever als automonteur gewerkt te hebben en getekend te hebben voor vrijwillig ontslag, omdat hij zich, schuldig of niet, niet prettig zou voelen bij een terugkeer naar het bedrijf van werkgever. Op 2 oktober 2013 heeft werkgever werknemer voorwaardelijk ontslag op staande voet gegeven.

Het hof oordeelt als volgt. Vaststaat dat de gebeurtenissen op 1 oktober 2013 ingrijpend zijn geweest. Een collega van werknemer werd door de politie in het bedrijfspand van werkgever opgehaald en meegenomen, waarna door werkgever alle werknemers bij elkaar zijn geroepen en aan iedereen is gevraagd om openheid te geven over een verdenking van diefstal/verduistering. Vervolgens is werknemer op kantoor geroepen en geconfronteerd met enkele bevindingen van (werkgever door) de werkgever en de jurist van werkgever, waarna hij is achtergelaten in een kamer om op te schrijven wat hij had meegenomen. Werknemer is vervolgens direct geschorst. Werknemer heeft die middag en avond voor verhoor op het politiebureau moeten doorbrengen. Werkgever was daarvan op de hoogte. Het gesprek van de volgende dag had, zo is zijdens werkgever ook bij pleidooi verklaard, vooral de insteek om aan werknemer mee te delen dat hij op staande voet werd ontslagen. De ontslagbrief was reeds voor het gesprek gereed en de opzegging is niet of nauwelijks meer aan de orde geweest in het gesprek op 2 oktober 2013, zo blijkt ook uit de verklaring van de werkgever tijdens het

pleidooi. Op 1 oktober 2013 kwam de opzegging door werknemer van zijn arbeidsovereenkomst volgens werkgever voor haar onverwacht en zij wilde zich beraden. Gelet op de hiervoor geschetste gang van zaken op 1 oktober 2013, had werkgever echter wel op 2 oktober 2013 bij werknemer moeten verifiëren of hij zijn arbeidsovereenkomst daadwerkelijk wilde opzeggen. Uit de ter gelegenheid van het pleidooi afgelegde verklaringen volgt dat werkgever daar geen onderzoek naar heeft verricht. Zo daar tijdens dat gesprek al geen aanleiding voor was, had werkgever daartoe alsnog moeten overgaan op het moment dat zij de brief van werknemer van 2 oktober 2013 had ontvangen, waarin werknemer aangaf bereid en beschikbaar te zijn voor arbeid en aanspraak te maken op loon totdat de arbeidsovereenkomst rechtsgeldig zal zijn geëindigd. Die brief kan niet anders gelezen worden dan dat werknemer terugkomt op de gedane opzegging, omdat niet valt in te zien waarom werknemer zich beschikbaar zou houden voor het verrichten van arbeid wanneer hij daadwerkelijk de arbeidsovereenkomst had willen opzeggen. Derhalve kan naar het oordeel van het hof niet gezegd worden dat werkgever onder de gegeven omstandigheden gerechtvaardigd mocht vertrouwen op de opzegging van werknemer van zijn arbeidsovereenkomst. Aan dat oordeel doen de uitspraken van werknemer tijdens zijn verhoor bij de politie niet af, omdat die niet zijn gericht tot werkgever en omdat werkgever er, gelet op de na dat verhoor verzonden brief van werknemer van 2 oktober 2013, niet gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat werknemer wenste op te zeggen.

Met betrekking tot het ontslag op staande voet oordeelt het hof als volgt. Het enkele feit dat het OM de zaak jegens werknemer heeft geseponneerd, wil nog niet zeggen dat geen sprake is van 'diefstal in dienstbetrekking'. Werkgever wordt toegelaten bewijs van het vermeende diefstal aan te tonen.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 22-12-2015

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2015:5334

Zaaknummer: 200.167.533/01

Rechters: M. van Ham, P.P.M. Rousseau en Y.L.L.A.M. Delfos-Roy

Advocaten: J.L.E. Marchal en J.J. Baltus

Wetsartikelen: 7:677 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/GAC Netherlands Ltd

Nieuwe baan kort na ontslag vormt een indicatie van wat ten tijde van het beoordelingsmoment (opzegging) kon worden verwacht. Geen kennelijk onredelijke opzegging.

Werknemer (geboren 1957) is als bestuurder werkzaam geweest voor GAC (€ 9.996 bruto per maand). De AVA heeft werknemer ontslagen en een beëindigingsvergoeding toegekend van € 130.000 plus een vergoeding van € 43.200 bruto (het bedrag aan loon en vakantiegeld over de opzegtermijn). Werknemer heeft per juni 2013 voor twee dagen per week een opdracht bij United World Line. De rechtbank heeft de vordering van werknemer afgewezen en daarbij onder meer gewezen op het feit dat werknemer werk had en inkomsten genereerde bij UWL. Volgens werknemer heeft de rechtbank hiermee een verkeerde rechtsopvatting gehanteerd.

Het hof oordeelt als volgt. Naar vaste rechtspraak moet bij de beantwoording van de vraag of de gevolgen van het ontslag voor de werknemer, mede in aanmerking genomen de voor hem getroffen voorzieningen en bestaande mogelijkheden om ander passend werk te vinden, te ernstig zijn in vergelijking met het belang van de werkgever bij beëindiging van de dienstbetrekking, geoordeeld worden naar de omstandigheden zoals deze zich niet later dan het tijdstip van ingang van het ontslag voordeden. Nadien intredende omstandigheden kunnen in aanmerking worden genomen voor zover zij aanwijzingen opleveren voor wat niet later dan op voormeld tijdstip kon worden verwacht. Naar het oordeel van het hof heeft de rechtbank geoordeeld overeenkomstig voormelde, in de jurisprudentie ontwikkelde, regel. De rechtbank heeft niet geoordeeld, zoals werknemer lijkt te suggereren, dat, omdat hij inmiddels de overeenkomst van opdracht met UWL gesloten heeft, de financiële gevolgen van het ontslag voor hem minder klemmend waren. De rechtbank heeft enkel geoordeeld dat het feit dat werknemer niet al te lange tijd na zijn ontslag bij GAC met UWL de overeenkomst van opdracht is aangegaan, een indicatie oplevert voor hetgeen op het beoordelingsmoment kon worden verwacht: een periode van werkloosheid die te overzien was. Dat zo zijnde heeft de rechtbank, gelet ook op het feit dat werknemer een beëindigingsvergoeding is toegekend van € 130.000, het belang van GAC bij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst zwaarder laten wegen. In laatstgenoemde zin mocht de rechtbank (overeenkomstig vaste jurisprudentie) de

overeenkomst van opdracht met UWL bij haar beslissing betrekken. Het hof verenigt zich met de beslissing van de rechtbank en de daaraan ten grondslag liggende argumentatie, die het hof tot de zijne maakt.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 22-12-2015

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2015:3456

Zaaknummer: 200.163.729

Rechters: S.R. Mellema, M.J. van der Ven en H.J. Vetter

Advocaten: A.H. Chr Heere en P.P.H. Verheijden

Wetsartikelen: 7:681 BW (oud)

RECHTSPRAAK

Vakwerk X BV, voorheen Euro Aktief Uitzendburo B.V. en bestuurders c.s./Stichting Naleving CAO voor Uitzendkrachten

Verrekening huisvestingskosten (loon in natura) met looncomponenten voldoet niet aan artikel 35 CAO Uitzendkrachten. SNCU-boete is niet in strijd met artikel 6:92 BW. Bestuurders niet in persoon aansprakelijk voor niet juist naleven Uitzend CAO.

Euro Aktief Uitzendburo B.V. exploiteerde/exploiteert een bedrijf in de uitzendbranche met voornamelijk Poolse werknemers. Het bedrijf valt onder de werkingssfeer van de CAO Uitzendkrachten 2004/2009 (hierna: de CAO Uitzendkrachten) en de CAO Sociaal Fonds voor de Uitzendbranche (hierna: de CAO Sociaal Fonds). Volgens de definitieve op een steekproef van dertien onderzochte personen gebaseerde rapportage van VRO heeft Euro Aktief Uitzendburo B.V. onder meer de bepalingen van de CAO Uitzendkrachten ten aanzien van reserveringen die zien op vakantiedagen, kort verzuim, feestdagen en vakantiegeld niet goed toegepast. Geëxtrapoleerd naar het totale aantal personen dat in de onderzochte periode bij haar in dienst is geweest heeft Euro Aktief Uitzendburo B.V. deze werknemers volgens het rapport een bedrag van € 533.609 te weinig aan loon uitbetaald over de periode 1 juli 2007 t/m 31 maart 2008 en de periode 1 juli 2008 t/m 31 december 2008. Bij brief van 14 september 2011 heeft SNCU de bevindingen van VRO aan Euro Aktief Uitzendburo B.V. meegedeeld en haar gesommeerd binnen 14 dagen na dagtekening van de brief schriftelijk te verklaren dat zij de AVV CAO Uitzendkrachten voortaan volledig zal naleven, dat zij € 533.609 aan achterstallig salaris zal nabetalen aan haar (ex-)medewerkers en dat zij medewerking zal verlenen aan hercontrole. Euro Aktief Uitzendburo B.V. heeft niet aan die sommaties voldaan. In eerste aanleg heeft SNCU gevorderd en toegewezen gekregen nabetaling van het genoemde bedrag en aanvullend een bedrag van € 88.688 als forfaitaire schadevergoeding. De persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders heeft de rechtbank afgewezen. Vakwerk (Euro Aktief Uitzendburo B.V.) is het niet met deze uitspraak eens. Euro Aktief Uitzendburo B.V. heeft ter toelichting op de eerste grief gesteld dat zij met iedere werknemer afzonderlijk schriftelijk is overeengekomen dat zij huisvesting zou regelen, dat zij de kosten (€ 10 per dag) zou

voorschieten en dat zij deze kosten mag verrekenen met het vakantiegeld (8% van het brutoloon) en de vakantiedagen (20 per jaar). De meerkosten van de huisvesting komen voor rekening van de werkgever. Bovendien is volgens Euro Aktief Uitzendburo B.V. het beding waarop de gevorderde forfaitaire schadevergoeding van € 88.688 is gebaseerd een boetebeding, want aan de hand van een vooraf bepaalde staffel vastgesteld en niet gerelateerd aan de werkelijke hoogte van de geleden schade. Het beding waarop de aanvullende forfaitaire schadevergoeding van € 533.609 is gebaseerd is volgens Euro Aktief Uitzendburo B.V. eveneens een boetebeding. Van door SNCU geleden schade is geen sprake. SNCU vordert echter tevens nakoming, meer in het bijzonder nabetaling aan de (oud-)uitzendkrachten van € 533.609. Die combinatie is in strijd met artikel 6:92 lid 1 BW, aldus Euro Aktief Uitzendburo B.V. Ofwel de vordering tot nakoming, ofwel de vordering tot betaling van forfaitaire schadevergoedingen moet volgens haar alsnog afgewezen worden.

Het hof oordeelt als volgt. In artikel 35 aanhef en lid 7 CAO Uitzendkrachten AVV 2007/2008 (art. 35 aanhef en lid 6 CAO Uitzendkrachten AVV 2008/2009) is bepaald dat het de uitzendonderneming is toegestaan loon deels in natura te voldoen, met inachtneming van de beperkingen als opgenomen in artikel 10 van de uitvoeringsbepalingen van bijlage I deel B van die CAO. Beperkingen zijn ingevolge laatstgenoemd artikel onder meer: specificatie van het loon in natura op de loonstrook en een gegarandeerd minimumloon. Uit de definitieve rapportage van VRO blijkt in verband met artikel 35 CAO Uitzendkrachten, dat in de personeelsadministratie een schriftelijke vastlegging aangaande een alternatieve vormgeving van arbeidsvoorwaarden ontbreekt, hetgeen door Euro Aktief Uitzendburo B.V. niet is betwist. Euro Aktief Uitzendburo B.V. heeft in punt 5 van de memorie van grieven wel betoogd dat het rapport is gebaseerd op onjuiste en onvolledige gegevens, maar dat verweer heeft zij in het geheel niet onderbouwd, zodat het hof daaraan voorbij gaat. Alleen al op grond van het voorgaande faalt de eerste grief in principaal appel. Ten minste een van de beperkingen is immers niet in acht genomen. Maar overigens is het zo, dat volgens Euro Aktief Uitzendburo B.V. verrekening van de huisvestingskosten met – alleen – opbouw vakantiedagen en vakantiegeld heeft plaatsgevonden. Uit de bedoelde rapportage blijkt dat sprake is van overtredingen ook met betrekking tot andere looncomponenten, te weten een te laag uurloon met betrekking tot de meeruren en het daarover niet berekende vakantiegeld, niet gereserveerde vakantiedagen, kort verzuim en feestdagen. Verder heeft Euro Aktief Uitzendburo B.V. nagelaten, als de door haar gestelde verrekening van de huisvestingskosten met de opbouw vakantiedagen en vakantiegeld al juist zou zijn, om aan te geven wat dat zou betekenen voor de gestelde materiële benadeling van € 533.609.

Deze forfaitaire schadevergoeding is gebaseerd op artikel 6 lid 1 van Reglement II bij de AVV CAO Sociaal Fonds 2007/2009 en dient ingevolge artikel 6 lid 3 van dat Reglement II ter

dekking van de kosten die SNCU maakt en dient daarom te worden gekwalificeerd als een schadevergoeding als bedoeld in artikel 15–17 Wet op de CAO/artikel 3 lid 4 Wet AVV en niet als een boetebeding in de zin van artikel 6:91 BW. SNCU hoeft de gevorderde schade niet aan te tonen (art. 6 lid 4 van Reglement II). De gevorderde aanvullende schadevergoeding van (een gedeelte van) € 533.609,-- is gebaseerd op artikel 6 lid 2 van genoemde Reglement II. Ook daarvoor gelden artikel 6 lid 3 en lid 4 van het genoemde Reglement II. De gevorderde aanvullende schadevergoeding is beperkt tot het niet nabetaalde gedeelte van het achterstallige salaris aan de (ex-)werknemers. Alleen al daarom is geen sprake van het vorderen van zowel nakoming als het invoeren van een boetebeding als bedoeld in artikel 6:91 lid 1 BW, als van dat laatste al sprake zou zijn.

In incidenteel appel heeft SNCU zich op het standpunt gesteld dat de bestuurder een persoonlijk verwijt valt te maken (leegtrekken bv door middel van dividenduitkeringen om aan betalingsverplichtingen te ontkomen). SNCU heeft naar het oordeel van het hof geen, althans onvoldoende concrete feiten gesteld omtrent de betrokkenheid van de bestuurders bij de gestelde onrechtmatige daad om te kunnen concluderen dat sprake is van een persoonlijk ernstig verwijt. Het feit dat de bestuurders het beleid konden bepalen, zoals SNCU heeft gesteld, is daarvoor in elk geval onvoldoende.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 22-12-2015

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2015:5277

Zaaknummer: HD 200 143 090_01

Rechters: C.E.L.M. der Smeenk-van Weijden, J.M. Brandenburg en Y.L.L.A.M. Delfos-Roy

Advocaten: Th.J.H.M. Linssen en M.H.D. Vergouwen

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Stichting Flevoziekenhuis/werkneemster

Ontslag wegens verstoorde arbeidsverhouding na inhoudelijke functiewijziging van gere-integreerde arbeidsongeschikte arts-assistent cardiologie leidt tot aanspraak wachtgeldregeling.

Werkneemster (geboren 1960) is op 12 maart 1990 in dienst getreden van Flevoziekenhuis, laatstelijk als arts-assistent cardiologie. In april 2010 raakt zij arbeidsongeschikt wegens een burn-out. Tijdens deze periode van arbeidsongeschiktheid wordt de verdeling van haar taken en verantwoordelijkheden over de arts-assistent en de medisch specialisten (cardiologen) gewijzigd. Een deel van de oude taken van de arts-assistent valt vanaf dat moment toe aan een medisch specialist (een kliniecardioloog). Met deze wijzigingen wordt werkneemster pas na haar terugkeer geconfronteerd. Bij de pogingen om werkneemster weer te doen terugkeren in haar vorige functie (waarvan de functienaam ongewijzigd maar de functie-inhoud gewijzigd is) raakt de arbeidsrelatie verstoord met als uiteindelijk gevolg dat in een ontbindingsprocedure de kantonrechter de arbeidsovereenkomst tussen het ziekenhuis en de arts-assistent ontbindt met toekenning van een ontslagvergoeding onder toekenning van een vergoeding van € 86.480,00 (factor C = 0,5) bruto. Aan werkneemster is per 2 januari 2012 een WW-uitkering toegekend. In de toepasselijke CAO Ziekenhuizen 2011-2014 is een wachtgeldregeling voorzien die onder meer uitkeert bij gehele of gedeeltelijke opheffing van zijn functie of formatieplaats en reorganisatie waardoor werkzaamheden geheel of gedeeltelijk overbodig zijn geworden. De centrale vraag die partijen verdeeld houdt, is of in casu sprake is van een situatie als bedoeld in de cao.

Het hof oordeelt als volgt. Dat de functie 'stafarts cardiologie' is gewijzigd als gevolg van de aanstelling, in de periode van arbeidsongeschiktheid van werkneemster, van een kliniecardioloog, staat vast. De vraag die overblijft is of deze functiewijziging zodanig was dat niet langer gesproken kon worden gesproken van dezelfde functie als voorheen. Uit de over en weer gestelde feiten en omstandigheden, alsmede de overgelegde stukken (brieven en e-mails van partijen, de bedrijfsarts en een GZ-psycholoog) volgt dat de functiewijzigingen op het volgende neerkwamen. Werkneemster mocht niet langer zelfstandig en autonoom werken maar diende meer in overleg en op aanwijzing van de (kliniek)cardioloog te werken. Het was

haar niet langer toegestaan zelfstandig zaalvisites te doen maar zij moest dit doen in aanwezigheid van de (eindverantwoordelijke) cardioloog. Dat liet, zo begrijpt het hof, voor haar bij die visites geen (zelfstandige) rol van betekenis over. Ook werd haar, zoals werkneemster onweersproken heeft gesteld, verboden rechtstreeks voor huisartsen als vraagbaak te fungeren, waarbij de daartoe voorheen gebruikte telefoon werd afgesloten. Werkneemster heeft ook onweersproken gesteld dat het haar niet langer werd toegestaan deel te nemen aan het vakgroepoverleg cardiologie. De aldus gewijzigde functie verschilt naar het oordeel van het hof op meerdere punten in belangrijke mate van de oude functie van werkneemster. Werkneemster had weliswaar nog eigen bevoegdheden als arts maar haar voorheen bestaande zelfstandigheid, autonomie en spilfunctie werden sterk ingeperkt. Waar voorheen het accent op verantwoording achteraf (na uitvoering van werkzaamheden) lag, werd dat meer een toezicht voorafgaand aan of bij het uitvoeren van de werkzaamheden. Het ziekenhuis stelt weliswaar dat werkneemster kon terugkeren als stafarts cardiologie maar bij de beantwoording van de vraag of dit dezelfde functie was, gaat het niet om de benaming maar om de inhoud daarvan. Die inhoud stemt, naar het oordeel van het hof, onvoldoende overeen met de voorheen bestaande functie om nog van dezelfde functie te kunnen spreken. Hier is niet aan de orde of de omstreden functiewijziging wenselijk of noodzakelijk was. Het gaat hier slechts om het antwoord op de vraag of de functiewijziging zodanig was dat gesproken moet worden van (gedeeltelijke) opheffing van de oude functie van werkneemster. Die laatste vraag beantwoordt het hof in bevestigende zin. Nu de ontbindingsvergoeding haar grondslag vindt in een uitspraak van de rechter en de wachtgelduitkering in de contractuele verhouding van partijen, staan deze uitkeringen in beginsel los van elkaar. Mede van belang is dat de ontbindingsbeschikking kracht van gewijsde heeft. De daarin vastgestelde ontbindingsvergoeding kan in de onderhavige zaak niet worden verminderd nu dit zich niet zou verdragen met het gesloten stelsel van rechtsmiddelen.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 22-12-2015

Zaaknummer:

RECHTSPRAAK

**Coöperatieve Centrale Raiffeisen-Boerenleenbank
B.A./werknemer**

Afwijzing ontbindingsverzoek. Niet voldaan aan wettelijk vereiste dat van werkgever redelijkerwijs niet gevergd kan worden de arbeidsovereenkomst te laten voortbestaan, nu werkgever ten aanzien van de verstoorde arbeidsverhouding in overwegende mate een verwijt treft.

Werknemer is sinds 1 september 1986 in dienst van de Rabobank, laatstelijk in de functie van Senior Sales Manager. Rabobank verzoekt ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van artikel 7:669 lid 1 juncto lid 3 sub g BW. Rabobank heeft aangevoerd dat zij meer wilde sturen op de teamprestaties en minder op individuele ‘targets’, terwijl werknemer meer gericht was op zijn individuele prestatie waarbij hij het teambelang wel eens uit het oog verloor. Werknemer was hierbij ook argwanend ten opzichte van zijn ontwikkelpunten en heeft tot twee keer toe aangegeven dat er sprake was van een dusdanige vertrouwensbreuk dat de arbeidsovereenkomst diende te eindigen. Ook het mediationtraject is zonder resultaat geëindigd en herplaatsing ligt niet in de rede. Werknemer heeft als verweer aangevoerd dat er geen sprake was van disfunctioneren en dat de Rabobank nimmer is ingegaan op zijn verzoeken om met sluitende voorbeelden te komen.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Gelet op hetgeen partijen over en weer hebben aangevoerd, is voldoende gebleken dat er sprake is van een verstoorde arbeidsverhouding. Dit gegeven is echter sedert de inwerkingtreding van de Wet Werk en Zekerheid per 1 juli 2015 niet zonder meer voldoende om van een verstoorde arbeidsverhouding te spreken in de zin van artikel 7:669 lid 3 sub g BW. Daarvoor is vereist dat van de Rabobank redelijkerwijs niet gevergd kan worden de arbeidsovereenkomst te laten voortbestaan. Aan dit wettelijke vereiste zal in beginsel niet zijn voldaan indien de werkgever ten aanzien van de verstoorde arbeidsverhouding in overwegende mate een verwijt treft. Geoordeeld wordt dat daarvan in dit geval sprake is. Vast staat dat de beoordelingen van werknemer over de jaren 2010, 2011 en 2012 voldoende waren. Hiertoe wordt erop gewezen dat onderaan deze formulieren telkens

'fully meets' is vermeld. In de beoordeling over de eerste helft van 2013 is vermeld dat werknemer niet geheel voldoet aan de voor hem geldende criteria en dat van hem wordt verwacht dat hij een minder negatieve houding heeft, dat hij minder op een individuele basis 'targets' nastreeft en dat hij meer informatie en kennis over klanten deelt met collega's. Werknemer heeft hierbij redelijkerwijs kunnen vragen op grond van welke informatie deze beoordeling is gegeven, temeer omdat de drie voorgaande beoordelingen voldoende waren en hem niet eerder te kennen is gegeven dat zijn functioneren naar de mening van de Rabobank niet voldeed aan de verwachtingen. Uit de stellingen over en weer is gebleken dat de Rabobank een aantal voorbeelden heeft gegeven, die vervolgens door werknemer zijn weerlegd. Van de zijde van de Rabobank is hierop verder niet ingegaan. De beoordeling over de eerste helft van 2014 was weer voldoende ('fully meets'), waarbij specifiek is vermeld dat werknemer de handschoen heeft opgepakt en dat er in ieder geval voor twee van de drie genoemde aandachtspunten een ontwikkeling zichtbaar is, die kennelijk zodanig was dat een voldoende beoordeling kon worden gegeven. In de eindejaarsbeoordeling over 2014 staan vervolgens weer een aantal aandachtspunten vermeld. Niet gebleken is dat Rabobank inhoudelijk op de bezwaren van werknemer tegen de beoordeling is ingegaan, ondanks toezeggingen daartoe. Gelet hierop wordt geoordeeld dat de onduidelijkheid met betrekking tot de status van deze eindejaarsbeoordeling over 2014, waarmee derhalve ook nog steeds onduidelijk is of alle genoemde aandachtspunten onverkort op werknemer van toepassing blijven, voor rekening en risico van de Rabobank dienen te blijven. Het stopzetten van de mediation kan niet enkel op het conto van werknemer worden geschreven. Uiteindelijk heeft Rabobank de mediation beëindigd. Voldoende is gebleken dat werknemer een kritische werknemer is. Dit betekent evenwel niet dat er daarmee 'als vanzelf' sprake is van een zodanig verstoorde arbeidsverhouding, dat van de Rabobank niet gevergd kan worden om de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Ten aanzien van de mogelijkheid om werknemer elders binnen de organisatie van de Rabobank te herplaatsen heeft Rabobank niet, althans onvoldoende aannemelijk gemaakt dat deze mogelijkheid niet bestaat. Volgt afwijzing van het ontbindingsverzoek.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 21-12-2015

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2015:9189

Zaaknummer: 4576301 UE VERZ 15-541 en 4656734 UE VERZ 15-593 mc/936

Rechters: J.J.M. De Laat

Advocaten: C. Nekeman en M.J. Dito

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

RECHTSPRAAK

Teamwork Dental B.V. /werknemer

Partijen zijn het erover eens dat arbeidsovereenkomst ontbonden dient te worden wegens een verstoorde arbeidsrelatie. Ontbinding onder toekenning overeengekomen beëindigingsvergoeding van € 9.292.

Werknemer is met ingang van 18 mei 2015 voor bepaalde tijd in dienst getreden bij Dental in de functie van medewerker tandtechniek. Op 8 oktober 2015 heeft werknemer zich ziekgemeld. Dental verzoekt ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens een verstoorde arbeidsverhouding. Werknemer heeft ter zitting erkend dat inmiddels sprake is van een zodanig verstoorde arbeidsverhouding dat van Dental in redelijkheid niet meer kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Ook werknemer ziet geen mogelijkheden meer voor herplaatsing. Partijen zijn het erover eens dat de verstoorde arbeidsverhouding niet aan werknemer is te wijten.

De kantonrechter stelt vast dat sprake is van een opzegverbod, omdat werknemer ongeschikt is tot het verrichten van zijn arbeid wegens ziekte. Dit opzegverbod staat gezien artikel 7:671b lid 6 BW echter niet in de weg aan ontbinding, omdat het verzoek geen verband houdt met de ziekte van werknemer. Het verzoek is immers gebaseerd op artikel 7:671b lid 1 onderdeel a BW en dat staat los van de ongeschiktheid wegens ziekte. Nu werknemer heeft erkend dat de arbeidsverhouding verstoord is, en partijen het erover eens zijn dat die verstoring onherstelbaar is en herplaatsing van werknemer niet meer mogelijk moet worden geacht, wordt de arbeidsovereenkomst ontbonden. Gelet op de standpunten van partijen is immers sprake van een redelijke grond voor ontbinding als bedoeld in artikel 7:671b lid 1 onderdeel a BW in verbinding met artikel 7:669 lid 3 onderdeel g BW, en is er geen mogelijkheid tot herplaatsing van werknemer. Partijen zijn het erover eens dat de arbeidsovereenkomst dient te worden ontbonden met ingang van 1 januari 2016. Partijen zijn het er ook over eens dat werknemer aanspraak heeft op een beëindigingsvergoeding van in totaal € 9.292. Dental wordt daarom veroordeeld tot betaling van die vergoeding.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 17-12-2015

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2015:11475

Zaaknummer: 4622657 / OA VERZ 15-216

Rechters: S.W.S. Kiliç

Advocaten: J.H.F. Overkleeft en P. Stibbe

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

RECHTSPRAAK

Allegion B.V./werknemer

Ontbinding wegens verstoorde arbeidsverhouding. Werkgever heeft werknemer geen reële kans geboden om het functioneren te verbeteren, waardoor sprake is van ernstig verwijtbaar handelen. Billijke vergoeding € 15.000. Overlegging bescheiden ex artikel 22 Rv .

Werknemer is op 1 september 2013 bij Allegion in dienst getreden. Het salaris bedraagt € 4.273,50 bruto per maand, exclusief vakantietoeslag en een 13e maand. Allegion verzoekt de arbeidsovereenkomst te ontbinden op grond van artikel 7:669 lid 3 onderdeel d dan wel onderdeel g BW, onder toekenning van een transitievergoeding van € 3.314,34 bruto. Ter onderbouwing daarvan heeft Allegion gesteld dat nadat haar gebleken was dat werknemer onvoldoende functioneerde, aan hem de kans is gegeven om verandering in zijn houding en gedrag aan te brengen en hem de mogelijkheid is geboden om via een verbetertraject de beoogde bedrijfsresultaten te halen, welke kansen werknemer niet heeft opgepakt. Verder wijst Allegion erop dat werknemer afspraken niet nakomt en hij, ook bij ziekte, vaak onbereikbaar is en onvoldoende contact houdt met Allegion als werkgever. Werknemer stelt dat de verzochte ontbinding moet worden afgewezen. Voor zover de arbeidsovereenkomst toch wordt ontbonden, verzoekt werknemer bij wijze van tegenverzoek om toekenning van een billijke vergoeding van zes maandsalarissen, een transitievergoeding van € 3.314,34 bruto, vakantiegeld ad € 4.102,56 bruto, een dertiende maand ad € 4.273,50 bruto, vergoeding van niet opgenomen vakantiedagen ad € 7.314,64 en om hem te ontheffen uit een eventueel concurrentiebeding. Ook wordt door werknemer verzocht om toekenning van de variabele (bonus)vergoeding over 2014 ad € 9.835 bruto en over 2015 ad € 29.538,80 bruto, alsmede vergoeding van de buitengerechtelijke kosten ad € 2.491,19.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Voldoende is gebleken dat de arbeidsverhouding verstoord is geraakt door de voortdurende discussie over de ziekte van werknemer en zijn verplichting om al dan niet op het werk te verschijnen. Daarbij is gebleken dat Allegion (herhaaldelijk) over is gegaan tot een loonstop en een ontslag op staande voet zonder werknemer omtrent dat voornemen tevoren te horen en/of uitleg te laten geven van de gang van zaken omtrent zijn ziekte en de reden van het verzuim. Deze verstoring is versterkt

doordat Allegion meermalen aan werknemer een vaststellingsovereenkomst ter beëindiging van de arbeidsrelatie heeft aangeboden. Ook het feit dat Allegion kennelijk niet is ingegaan op hetgeen de bedrijfsarts uitdrukkelijk heeft voorgesteld, namelijk dat partijen met elkaar in gesprek dienden te gaan om een reguliere voortzetting van de arbeidsrelatie te bewerkstelligen, moet worden aangemerkt als een omstandigheid die mede tot verstoring van de relatie heeft geleid. Tot slot is van belang dat onvoldoende is gebleken dat de doelstelling van het verbetertraject, namelijk het behalen van een omzet van € 225.000 tot € 250.000, gelet op de korte tijdspanne en de herhaalde ziekte van werknemer, wel reëel was. Gelet op het voorgaande kan voortzetting van de arbeidsovereenkomst niet in redelijkheid van Allegion worden gevergd. De arbeidsovereenkomst wordt ontbonden onder toekenning van de transitievergoeding van € 3.314,34 bruto. Ook wordt een billijke vergoeding toegekend van € 15.000 bruto. Immers, Allegion heeft haar verplichtingen als goed werkgever in ernstige mate geschonden. Allegion heeft aan werknemer geen reële kans geboden om het functioneren te verbeteren, en die kans kan ook niet meer worden geboden omdat de arbeidsverhouding dusdanig is beschadigd dat voortzetting daarvan onmogelijk is geworden. Daarbij komt dat Allegion werknemer, in afwijking van wat was overeengekomen, sommeerde vier dagen per week vanuit Vianen te werken met een reistijd van tweeëneenhalf uur per dag. Allegion heeft nagelaten de noodzaak hiervan, tegenover de gemotiveerde betwisting daarvan door werknemer, nader te onderbouwen. Ook door telkenmale zonder werknemer te hebben gehoord een loonstop door te voeren en niet in te gaan op de voorstellen van de bedrijfsarts, doch slechts aan te sturen op een beëindiging van de arbeidsrelatie, heeft Allegion ernstig verwijtbaar gehandeld. Voorts worden de afzonderlijke vergoedingen en de ontheffing uit een eventueel concurrentiebeding toegewezen. Teneinde te kunnen vaststellen welke omzet werknemer vanaf 26 augustus 2015 heeft gerealiseerd, is nadere informatie nodig. Allegion beschikt over deze informatie. De kantonrechter maakt gebruik van de haar in artikel 22 Rv gegeven bevoegdheid Allegion te bevelen alle relevante bescheiden (waaronder de e-mailcorrespondentie van de betreffende klanten) in het geding te brengen waaruit blijkt of de in het overzicht opgenomen offertes waarachter in de kolom 'datum scoring' de letter N van nee staat vermeld, hebben gescoord.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 18-12-2015

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2015:11461

Zaaknummer: 4576949 / OA Verz 15-189

Rechters: M.C. van Rijn

Advocaten: A. Boutens en P. Keuchenius

Wetsartikelen: 7:669 lid 3 onderdeel d BW, 7:669 lid 3 onderdeel g BW, 7:671b BW en 22 Rv

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgever

Ontslag op staande voet. Werkgever wordt in de gelegenheid gesteld te bewijzen dat werkneemster geen zin had om te komen werken en er geen sprake was van een ziekmelding. Aanhouding voorwaardelijk ontbindingsverzoek.

Werkneemster is op 18 februari 2015 in dienst getreden bij werkgever. Op 30 augustus 2015 heeft de moeder van werkneemster werkgever gebeld om de dienst van haar dochter af te zeggen. Vervolgens is werkneemster op staande voet ontslagen. Werkneemster verzoekt het ontslag op staande voet te vernietigen en werkgever te veroordelen tot doorbetaling van loon. Voorts verzoekt werkneemster wedertewerkstelling. Aan dit verzoek legt werkneemster ten grondslag dat geen sprake is van een dringende reden voor ontslag op staande voet. De moeder van werkneemster heeft werkneemster op 30 augustus 2015 ziek gemeld, waardoor geen sprake is van werkweigering. Voorts heeft werkneemster een verzoek gedaan een billijke vergoeding toe te kennen, werkgever te veroordelen tot betaling van vergoeding wegens onregelmatige opzegging en wegens het niet nakomen van de aanzegverplichting. Werkgever verweert zich tegen het verzoek. Hij voert aan dat sprake is van een dringende reden. Vijf minuten voor haar dienst begon, heeft de moeder van werkneemster gebeld om te zeggen dat werkneemster er geen zin meer in had. Werkgever erkent dat hij de aanzegboete is verschuldigd. Voorts heeft werkgever een voorwaardelijk ontbindingsverzoek ingediend.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Partijen geven een andere lezing van het telefoongesprek van 30 augustus 2015. Op werkgever rust het bewijs van zijn stelling dat de moeder van werkneemster zou hebben gezegd dat werkneemster niet zal komen werken omdat zij er geen zin meer in heeft en dat derhalve geen sprake was van een ziekmelding. Hetgeen werkgever ter ondersteuning van zijn standpunt heeft overgelegd, is nog niet voldoende om thans reeds het bewijs geleverd te achten dat de moeder van werkneemster dat zou hebben gezegd, zulks mede in het licht van hetgeen werkneemster daartegenover heeft gesteld. Derhalve zal werkgever overeenkomstig zijn bewijsaanbod in de gelegenheid worden gesteld te bewijzen dat de moeder van werkneemster op 30 augustus 2015 zou hebben medegedeeld dat werkneemster niet zal komen werken omdat zij er geen zin in heeft en dat geen sprake was

van een ziekmelding.

In de zaak van het tegenverzoek gaat het om de vraag of de arbeidsovereenkomst tussen partijen (voorwaardelijk) moet worden ontbonden op grond van artikel 7:671b lid 1 BW. Werkgever verzoekt de arbeidsovereenkomst voorwaardelijk te ontbinden, 'indien het ontslag op staande voet wordt vernietigd'. Uit hetgeen hiervoor is overwogen, volgt dat in de zaak met betrekking tot het ontslag op staande voet een bewijsopdracht is gegeven en nog geen beslissing wordt genomen. Dat betekent dat van een vernietiging van een ontslag op staande voet thans geen sprake is en de voorwaarde waaronder werkgever zijn verzoek heeft ingediend, dus (nog) niet is vervuld. Dat betekent dat de beslissing op het verzoek van werkgever zal worden aangehouden totdat op het verzoek van werkneemster tot vernietiging van het ontslag op staande voet is beslist. Hetzelfde geldt voor de verzochte vergoeding wegens onregelmatige opzegging.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 15-12-2015

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2015:11452

Zaaknummer: 4563025 \ OA VERZ 15-181 (PA)

Rechters: P.J. Jansen

Advocaten: F.S.C. Thijsse

Wetsartikelen: 7:677 BW, 7:678 BW, 7:681 BW en 7:671b BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Oracle Nederland B.V.

Schadestaatprocedure. Beoordeling deskundigenrapport ten aanzien van oorzaak RSI-klachten. Het deskundigenonderzoek is zorgvuldig verlopen. De verder ingetreden schade staat niet in verband met de zorgplichtschending van artikel 7:658 BW.

In deze schadestaatprocedure heeft de kantonrechter bij tussenvonnis een deskundigenonderzoek bevolen, omdat onvoldoende vaststond of de werkneemster in kwestie dezelfde RSI-klachten en beperkingen heeft en zal houden als die zij ten tijde van haar uitval op 18 maart 1998 had. De werkgever (Oracle) heeft daarop Dellemijn ingeschakeld om het bevolen deskundigenonderzoek uit te voeren. Dellemijn heeft dit deskundigenonderzoek uitgevoerd en naar aanleiding daarvan een onderzoeksrapportage opgesteld. Werkneemster maakt bezwaar tegen deze onderzoeksrapportage, omdat deze niet zou voldoen aan de daaraan te stellen eisen. Werkneemster stelt dat haar klachten reëel, niet ingebeeld, niet voorgewend en niet overdreven zijn (HR 8 juni 2001, *NJ* 2001, 433). Oracle kan zich op haar beurt wel vinden in de onderzoeksbevindingen van Dellemijn en meent dat werkneemster het recht heeft verspeeld om daartegen nog bezwaren te maken, nu zij heeft nagelaten deze bij haar reactie op de conceptrapportage te uiten.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Het verweer van Oracle dat werkneemster met haar bezwaren te laat is nu zij deze niet heeft kenbaar gemaakt bij haar reactie op de conceptrapportage, slaagt niet. De door Dellemijn mede aan werkneemster geboden gelegenheid om op zijn conceptrapportage te reageren had ten doel feitelijke onvolkomenheden in de rapportage te herstellen. Indien een partij van die gelegenheid geen gebruik maakt, heeft dat niet tot gevolg dat daardoor het recht wordt verwerkt om alsnog in het vervolg van het geding bezwaren tegen de definitieve rapportage in te brengen. Voor zover de bezwaren van werkneemster betrekking hebben op de wijze van totstandkoming van de onderzoeksrapportage van Dellemijn kunnen deze haar niet baten. Niet gebleken is dat Dellemijn zijn onderzoek niet heeft ingericht zoals van een deskundige in zijn positie verwacht mocht worden. Ook is niet gebleken dat Dellemijn geen rekening met de gerechtvaardigde belangen van werkneemster heeft gehouden. Werkneemster is voldoende in

de gelegenheid gesteld de voor het onderzoek relevante medische stukken in te zenden. Dit is ook in een zodanig stadium gebeurd dat Dellemijn daarmee in zijn oordeelvorming rekening heeft kunnen houden. Bij tussenvonnis is beslist dat door middel van een deskundigenonderzoek inzicht moest worden verschaft in de aard en ernst van de beperkingen die werkneemster vanaf haar uitval in maart 1998 heeft ondervonden en dat diende te worden vastgesteld of en in hoeverre die beperkingen arbeidsgerelateerd zijn. Dit betekent dat Dellemijn zijn onderzoeksoopdracht niet te buiten is gegaan. Bovendien staat de aansprakelijkheid van Oracle ingevolge artikel 7:658 BW jegens werkneemster vast. In dit geding is nog slechts de vraag naar het verband tussen die werkomstandigheden en (de omvang van) de schade aan de orde. Voorts volgt de kantonrechter de werkneemster niet in haar standpunt met betrekking tot de uitspraak van de Hoge Raad (HR 8 juni 2001, *NJ* 2001, 433), omdat mede op basis van de bevindingen van Dellemijn niet objectief kan worden vastgesteld dat de subjectieve klachten van werkneemster reëel, niet ingebeeld, niet voorgewend en niet overdreven zijn. Het voorgaande laat nog onbeantwoord de vraag over welke periode de eind 1997, begin 1998 ontstane klachten van werkneemster, en de daarmee samenhangende schade, aan Oracle is toe te rekenen. De toerekening dient weliswaar in beginsel ruim te geschieden, in die zin dat Oracle tevens heeft op te komen voor buiten de normale lijn der verwachting gelegen schade, maar toerekening strekt zich niet ook uit tot voortdurende schade die voortvloeit uit de omstandigheid dat werkneemster behandel mogelijkheden onbenut heeft gelaten die redelijkerwijs van haar wél mochten worden geleverd. Op grond van de in die tijd uitgebrachte rapportage concludeert Dellemijn 'dat zowel de Mensendiecktherapeut, de fysiotherapeut en de neuroloog de resterende klachten wijten aan stress'. Ook hebben onderzoekend psychologen gewezen op een mogelijke psychogene factor en is aan werkneemster een multidisciplinaire, gedragsmatige behandeling geadviseerd. Onder deze omstandigheden kan het voortbestaan van de klachten niet meer aan Oracle worden toegerekend. De kantonrechter oordeelt dat werkneemster niet later dan eind 2000 zoveel baat bij de aanbevolen behandeling zou hebben gehad dat verdere schade, derhalve die welke in de periode na 31 december 2000 zou zijn geleden, niet meer in zodanig verband staat met de schending door Oracle van haar zorgplicht ingevolge artikel 7:658 BW dat deze haar, gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de schade, niet meer als een gevolg daarvan kan worden toegerekend. Elke verdere beslissing wordt aangehouden.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 11-03-2015

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2015:9191

Zaaknummer: 819096 UC EXPL 12-9536 LH/1040

Rechters: J.J.M. De Laat

Advocaten: P.H. Burger, T.L. Cieremans en J.R. Wildeboer

Wetsartikelen: 7:658 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgever

Langdurig arbeidsongeschikte werknemer verzoekt ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Werkgever niet verplicht werknemer na twee jaar ziekte te ontslaan. In stand laten arbeidsovereenkomst is onfatsoenlijk, maar niet ernstig verwijtbaar. Geen transitievergoeding.

Werknemer is sinds 1993 in dienst als montagemedewerker. Sinds 26 augustus 2013 is hij arbeidsongeschikt. Werknemer ontvangt een WIA-uitkering. Het UWV heeft vastgesteld dat werknemer 65,85% arbeidsongeschikt is. Werknemer verzoekt ontbinding van de arbeidsovereenkomst, onder toekenning van een transitievergoeding. Hij voert aan dat hij bij werkgever niet meer aan het werk kan. Het ontstaan van een slapend dienstverband is een trucje om onder betaling van de transitievergoeding uit te komen. Aan werknemer is medegedeeld dat hij na 24 augustus 2015 wel in dienst zou blijven, maar dat werkgever hem wel van de loonlijst zou afvoeren. Volgens werknemer handelt werkgever ernstig verwijtbaar en in strijd met het goed werkgeverschap en is sprake van misbruik van recht. Subsidiair handelt werkgever in strijd met de billijkheidsnormen omdat de arbeidsovereenkomst door de insteek van werkgever inhoudsloos is geworden.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Het gaat hier om een werknemersverzoek waarbij bijzondere opzegverboden niet aan de orde zijn. Werkgever heeft geen geschikte werkzaamheden voorhanden en er is thans ook geen vooruitzicht om voor werkgever aangepast werk te verrichten. Op een werkgever rust geen verplichting om de arbeidsovereenkomst na twee jaar ziekte te beëindigen. Er geldt in Nederland geen ontslagplicht voor de werkgever. De stelling van werknemer dat hij van de loonlijst is afgevoerd is geen omstandigheid die duidt op slecht werkgeverschap. De loonlijst ziet veelal op werknemers die betaald worden en voor werknemer geldt na twee jaar ziekte geen loondoorbetalingsverplichting meer. Het in stand laten van de arbeidsovereenkomst is weliswaar als onfatsoenlijk te beschouwen, maar niet kan worden geconcludeerd dat werkgever misbruik maakt van recht of in strijd met het goed werkgeverschap handelt. Het handelen van werkgever is thans niet te kwalificeren als ernstig verwijtbaar handelen.

Instantie: Rechtbank Zeeland-West-Brabant

Datum uitspraak: 22-12-2015

Zaaknummer: 4560425 AZ VERZ 15-156

RECHTSPRAAK

werkgever/werknemer

Ontbinding wegens verstoorde arbeidsrelatie. Werkgeefster handelt ernstig verwijtbaar door werknemer minder uren in te roosteren en minder salaris uit te keren dan waarop hij aanspraak heeft. Billijke vergoeding € 3.000 en transitievergoeding € 6.181,42.

Werknemer is op 17 februari 2001 als oproepkracht in dienst getreden bij de rechtsvoorganger van werkgeefster in de functie van winkelmedewerker (bruto-uurloon bedraagt € 14,60). Werkgeefster verzoekt de arbeidsovereenkomst met werknemer te ontbinden op grond van artikel 7:669 lid 3 sub e dan wel sub g BW. Ter onderbouwing daarvan heeft werkgeefster het volgende naar voren gebracht. Sinds de overname van de zaak hebben zich meerdere incidenten voorgedaan. Zo was een verandering van werkdagen onbespreekbaar, hield werknemer stug vast aan zijn tijden en toonde hij zich niet bereid zijn werkgeefster te hulp te schieten. Van andere werkzaamheden dan de werkzaamheden achter de kassa wilde werknemer niets weten. Voorts werd in de periode dat werknemer achter de kassa zat regelmatig opgemerkt dat de kassa-inhoud niet sluitend was. Werknemer betwist met klem dat hij niet naar behoren functioneert. Voorts doet hij alle werkzaamheden die in de winkel moeten gebeuren. Onjuist is dat hij alleen achter de kassa zou willen werken. Via het onderhavige verzoekschrift neemt werknemer kennis van de onterechte beschuldiging dat er kastekorten zouden zijn als hij werkte. Voor zover de arbeidsovereenkomst wordt ontbonden, verzoekt werknemer een billijke vergoeding van € 50.212 en een transitievergoeding van € 10.760.

De kantonrechter oordeelt als volgt. De door werkgeefster naar voren gebrachte feiten en omstandigheden leveren geen redelijke grond voor ontbinding op, zoals bedoeld in artikel 7:669 lid 3 sub e BW. De blote stelling van werkgeefster dat een verandering van werkdagen onbespreekbaar was, dat werknemer stug vasthield aan zijn tijden en zich niet bereid toonde zijn werkgeefster te hulp te schieten is niet aannemelijk geworden. Evenmin is aannemelijk geworden dat werknemer niets wilde weten van andere werkzaamheden dan de werkzaamheden achter de kassa noch dat hij opdrachten niet opvolgde. Ook de stelling van werkgeefster dat in de periode dat werknemer achter de kassa zat, door werkgeefster

regelmatig werd opgemerkt dat de kassa-inhoud niet sluitend was, is niet nader onderbouwd. Voldoende is gebleken dat sprake is van een verstoorde arbeidsverhouding, zodanig dat van werkgeefster in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren, zoals bedoeld in artikel 7:669 lid 3 sub g BW. Uit de door partijen over en weer in hun correspondentie genoemde incidenten blijkt genoegzaam dat sprake is van conflicten op de werkvloer die het voor partijen onmogelijk maken nog op normale wijze met elkaar om te gaan en samen te werken. Herplaatsing ligt daarom niet in de rede. Daarbij is van belang dat werkgeefster een zeer kleine onderneming is met een gering aantal medewerkers.

Een billijke vergoeding is alleen op zijn plaats indien de ontbinding van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgeefster. Een dergelijke situatie doet zich hier voor. Werkgeefster heeft jegens werknemer haar verplichtingen als werkgeefster in belangrijke mate geschonden door werknemer kort na de overname in juli 2015, minder uren in te roosteren en minder salaris uit te keren dan waarop hij aanspraak heeft. Toen werknemer zich daartegen verzette, hebben de vennoten van werkgeefster zich niet bereid getoond om aan de geuite bezwaren tegemoet te komen, maar hebben zij het conflict tussen partijen laten escaleren, waardoor een onwerkbaar situatie is ontstaan. Hiermee heeft werkgeefster ernstig verwijtbaar gehandeld en bewust het risico genomen op een verstoorde arbeidsverhouding. Uitgaande van het voorgaande wordt de billijke vergoeding vastgesteld op € 3.000 bruto. Daarbij is in aanmerking genomen de mate van ernst van het verwijtbaar handelen, de geringe omvang van het bedrijf en de omstandigheid dat de vennoten nog in de opstartfase verkeren, nadat zij vanuit een arbeidsongeschiktheidssituatie met behulp van het UWV werkgeefster zijn gestart. Nu de arbeidsovereenkomst wordt ontbonden, zal de door werknemer verzochte transitievergoeding van € 6.181,42 bruto worden toegekend.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 15-12-2015

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2015:9244

Zaaknummer: 4597867 EA VERZ 15-1207

Rechters: F.J. Lourens

Advocaten: J. El Haddouchi en A.J. van Ommeren

Wetsartikelen: 7:669 lid 3 onderdeel e BW, 7:669 lid 3 onderdeel g BW, 7:671b BW en 7:671b lid 8 onderdeel c BW

ANNOTATIE

Een loodkeuring is volgens de rechter verplicht. Anders: de wetgever?

prof. mr. dr. W.L. Roozendaal

Een brandwacht weigert een bloedkeuring voorafgaand aan een weekdienst bij een klant van zijn werkgever, die dergelijke keuringen verplicht stelt. Omdat hij zodoende bij deze klant niet tewerkgesteld kan worden, wordt hij op staande voet ontslagen wegens werkweigering. Maar kunnen werknemers eigenlijk wel verplicht worden om een medische keuring te ondergaan? De uitgebreide wetgeving hierover wordt in deze zaak totaal genegeerd.

1. Feiten en procedure

De werknemer is sinds 2006 in dienst als brandwacht bij G4S Fire & Safety B.V. In januari 2009 wordt hij tewerkgesteld bij BP op een terminal waar tanks stonden die loodhoudende benzine bevatten. In de door BP opgestelde richtlijnen en voorschriften staat onder meer dat medewerkers verplicht zijn een nulmeting te ondergaan betreffende loodblootstelling alvorens werkzaamheden uitgevoerd kunnen worden. De werknemer heeft geweigerd zijn bloed te laten testen, waarna hij op non-actief is gesteld wegens werkweigering, en twee dagen later op staande voet ontslagen.

De werknemer vorderde een verklaring voor recht dat het ontslag nietig zou worden verklaard, alsmede achterstallig loon. De kantonrechter heeft de vordering afgewezen op de grond dat de werkweigering kon worden aangemerkt als dringende reden en hij onverwijld is ontslagen.

In hoger beroep stelde de werknemer onder andere dat de opzegging niet voldeed aan de voorwaarden van artikel 7:677 BW, nu de brief waarin hij op non-actief werd gesteld niet als opzegging kan gelden, de brief waarmee is opgezegd niet de werkweigering noemt als reden voor de opzegging, en er bovendien geen sprake was van werkweigering. Het Hof Den Bosch (10 juni 2014, ECLI:NL:GHSE:2014:1718) oordeelde dat het de werknemer al met al voldoende duidelijk kon zijn welke dringende reden ten grondslag lag aan het ontslag. Hij hoefde niet te worden gewaarschuwd dat zijn hardnekkige weigering om aan een opdracht te voldoen na de op non-actiefstelling ook kon leiden tot ontslag. Het gaat erom dat hij hardnekkig heeft

geweigerd om aan een opdracht te voldoen.

Daarnaast kwam de werknemer op tegen de overweging van de kantonrechter dat het recht van de werknemer op lichamelijke integriteit in casu niet prevaleerde boven de verplichting een bloedtest te ondergaan, en bestreed hij om die reden tevens dat de weigering een dringende reden oplevert. Het hof nam als maatstaf voor de beoordeling van deze stelling dat de belangen van de werkgever bij de loodkeuring moeten worden afgewogen tegen de belangen van de werknemer bij de weigering. Het hof bracht daarbij in herinnering dat enkel werkelijke bezwaren van de werknemer in stelling kunnen worden gebracht, terwijl de aanwezigheid daarvan nog niet betekent dat de opdracht niet redelijk zou zijn (HR 24 juni 1966, ECLI:NL:HR:1966:AC4673). Het belang van de werkgever in casu was dat hij met de opdracht voldeed aan een door zijn opdrachtgever BP gestelde eis, wiens belang was om bij het begin van de werkzaamheden de loodwaarde vast te kunnen stellen zodat latere veranderingen kunnen worden gemeten. De werknemer heeft van zijn kant zijn belangen niet toegelicht omdat hij deze strikt persoonlijk achtte. Daarom legden die belangen volgens het hof geen gewicht in de schaal. Daarbij kon volgens het hof in het midden blijven of de werknemer op grond van de arbeidsovereenkomst of op grond van de arbowetgeving gehouden was tot het ondergaan van een bloedtest, aangezien er immers sprake was van een redelijke opdracht.

In cassatie staat centraal de vraag of het hof terecht heeft geoordeeld dat het belang van de werkgever bij die test zwaarder weegt dan het belang van de werknemer. De werknemer beroept zich erop dat de opdracht om bloed af te staan strijdig is met het grondrecht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer en de onaantastbaarheid van het menselijk lichaam ingevolge artikel 11 Gw en artikel 8 EVRM. Afgaande op de conclusie van de A-G P. Vlas (HR 11 september 2015, ECLI:NL:PHR:2015:1881), is in cassatie onder andere gesteld dat het hof eerst het beroep op het grondrecht had behoren te onderzoeken, alvorens kan worden toegekomen aan de afweging tussen de belangen van de werkgever en de werknemer; dat het hof de maatstaven die door de Hoge Raad zijn aangelegd voor toetsing aan de bedoelde grondrechten in het Hyatt-arrest (HR 14 september 2007, *NJ* 2008/334) heeft miskend; en dat onbegrijpelijk is dat hem wordt verweten dat hij zijn belang bij de weigering niet heeft toegelicht, nu dit juist onderdeel is van zijn grondrecht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer. De conclusie van de A-G strekte tot verwerping van het beroep. De in het middel aangevoerde klachten kunnen volgens de Hoge Raad niet tot cassatie leiden. Dit behoeft volgens de Raad, 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.

2. Commentaar

In het navolgende ga ik in op de Nederlandse wetgeving inzake medische keuringen, en tracht ik een antwoord te vinden op de vraag wat de uitkomst van deze zaak was geweest als die wetgeving was toegepast. Daarna ga ik in op de toets die het Hof Den Bosch aanlegt, met een grondrechtelijke bril bekeken. Ten slotte zal ik nog wat zeggen over de vraag in hoeverre werknemers voortaan verplicht kunnen worden om zich medisch te laten keuren.

3. Een loodkeuring is een medische keuring

Het afnemen van bloed van werknemers om de aanwezigheid van gevaarlijke stoffen te testen valt onder het begrip medische keuring. De bij de keuring verkregen gegevens zijn gegevens betreffende de gezondheid. De mogelijkheden en grenzen van medische keuringen zijn in wetgeving vastgelegd, deels ter implementatie van Europese richtlijnen. Zo beperkt de Wet op de medische keuringen de mogelijkheden van werkgevers om de gezondheid van aspirant-werknemers te keuren. Ook bepaalt de Wet bescherming persoonsgegevens in artikel 16 dat het verwerken van gezondheidsgegevens verboden is, behoudens de uitzonderingen genoemd in artikel 21 en 23 Wbp. De werkgever kan een beroep doen op de uitzondering in artikel 21 onderdeel f Wbp voor het verwerken van gezondheidsgegevens ten behoeve van aanspraken die afhangen van de gezondheidstoestand van de betrokkene, en verwerking van gezondheidsgegevens die *noodzakelijk* zijn voor de re-integratie en de begeleiding van werknemers in verband met ziekte en arbeidsongeschiktheid. Het is denkbaar dat deze laatste uitzondering van toepassing was in de onderhavige zaak, mits de keuring noodzakelijk was. Onder begeleiding vallen ook de preventieve werkzaamheden van de arbodienst, zo leert de parlementaire geschiedenis van artikel 21 Wbp (*Kamerstukken II* 1997/98, 25892, 3, p. 114).

Ook al is de verwerking van gezondheidsgegevens toegestaan volgens de Wbp, dan wil dat nog niet zeggen dat de werknemer ook verplicht is om daaraan mee te werken. Een wettelijke grondslag voor die verplichting is lang niet altijd aanwezig. In artikel 18 Arbeidsomstandighedenwet wordt het aanbieden van preventieve medische arbeidsgezondheidskundige onderzoeken aan werknemers voor de werkgever verplicht gesteld. De werknemer wordt alleen in de gelegenheid gesteld om die onderzoeken te ondergaan, maar er rust op hem geen verplichting (zie ook art. 4.10a en 4.10b Arbeidsomstandighedenbesluit, inzake de blootstelling aan gevaarlijke stoffen, en art. 9 Arbeidsomstandighedenbesluit inzake de verplichtingen van de werknemer, waar de verplichting om zich te onderwerpen aan onderzoeken ontbreekt). De werkgever is volgens artikel 27 WOR gehouden om instemming van de OR te vragen voor keuring, voor zover die valt aan te merken als een regeling op het gebied van de arbeidsomstandigheden en een regeling omtrent het verwerken van persoonsgegevens. De instemming van de OR brengt (zoals gebruikelijk) echter niet mee dat werknemers individueel verplicht zijn om die gezondheidskeuring te ondergaan.

Voor bepaalde beroepen wordt de medische keuring soms toch in wetgeving verplicht gesteld. De Leidraad Verplichte Medische Keuringen van de NVAB (uit 2007) geeft een overzicht van de wetgeving waarin deze verplichtingen voorkomen, met soms nadere uitwerking in cao's. Het betreft onder andere beroepsgroepen in het vervoer, mijnbouw en offshore, en bewakingswerkzaamheden, zoals militairen, politie en brandweer. Krachtens artikel 6 lid 1 Besluit brandweerpersoneel dienen brandwachten in dienst van een gemeente of andere overheidsorganen een geneeskundig onderzoek te ondergaan waaruit moet blijken of ze in staat worden geacht de op te dragen werkzaamheden naar behoren te verrichten. Uit deze regels blijkt niet dat een dergelijke verplichting ook op particuliere brandwachten rust.

De keuring zelf is vervolgens onderworpen aan zorgvuldigheidseisen. De Wbp eist in het algemeen een zorgvuldige omgang met gegevens, waaronder passende geheimhoudingsverplichtingen. De Arbowet bevat in artikel 14 de voorwaarde dat de begeleiding van werknemers wordt verricht door een bedrijfsarts. De Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst (WGBO) stelt eisen aan een zorgvuldige omgang met de keuring door de betreffende arts. De bedrijfsartsen zijn via tuchtrecht gebonden aan de richtlijnen van hun beroepsorganisatie, de NVAB. Ook die stelt eisen aan keuringen. De al genoemde Leidraad Verplichte Medische Keuringen hanteert als uitgangspunt dat steeds eerst moet worden vastgesteld welke bijzondere functie-eisen bij de door de keuring uitgeoefende functie horen. Van bijzondere functie-eisen is bijvoorbeeld geen sprake als er generieke preventieve maatregelen mogelijk zijn om het risico te voorkomen. De keuring is er vervolgens op gericht om vast te stellen of de keuring (nog) in staat is om zijn werk te verrichten.

Al met al kan geconcludeerd worden dat de gezondheidskeuring in kwestie verplicht zou kunnen zijn als dit wettelijk bepaald zou zijn voor BP of voor de brandwacht in kwestie. In dat geval zou deze keuring eveneens 'noodzakelijk' zijn in de zin van artikel 21 onderdeel f Wbp. Of dat zo is, is niet vastgesteld. Stel dat de keuring verplicht was, dan zou deze gericht moeten zijn geweest op de vaststelling of de brandwacht fysiek en geestelijk in staat was de werkzaamheden bij BP te verrichten. Of deze loodkeuring daarop gericht was, is voor mij niet duidelijk. Het is namelijk ook mogelijk dat de nulmeting vooral een hulpmiddel was om de eventuele aansprakelijkheid van BP te beperken. Ten slotte is denkbaar dat niet alle generieke maatregelen tegen blootstelling aan lood genomen waren, zodat er (eigenlijk) geen bijzondere functie-eisen getoetst zouden kunnen worden.

4. De wet genegeerd

Het vreemde aan de onderhavige zaak is dat al deze wet- en regelgeving compleet wordt genegeerd. Zijdens de werknemer is nog wel een poging gedaan: de werknemer stelt dat er geen wettelijke of contractuele grondslag is voor de verplichte gezondheidskeuring. Maar

werkgever noch rechter reageren hier adequaat op. Er is door de werkgever niet gesteld en door de rechter niet onderzocht op grond waarvan de werkgever bevoegd zou zijn om werknemers bloed te laten keuren. Het hof meent zelfs dat dat in het midden kan worden gelaten; de instructie van de werkgever zou voldoende zijn. Dit is onbegrijpelijk in het licht van het feit dat de Arbeidsomstandighedenwet en daaraan verwante wetgeving zo duidelijk kiezen voor een systeem waar de keuringsplicht in beginsel bij de werkgever ligt, terwijl het voor de werknemer alleen een recht is, waar hij gebruik van kan maken. In dat systeem past in beginsel niet dat een werknemer opgedragen zou kunnen worden om zich te laten keuren enkel omdat de werkgever daarbij een redelijk belang heeft. Er is voorts niet nauwkeurig bekeken voor welke functie-eisen de keuring precies noodzakelijk was. De rechter heeft niet onderzocht of de keuring zelf wel door de nodige waarborgen was omgeven, zoals uitvoering onder gezag van een bedrijfsarts door iemand met een geheimhoudingsverplichting. Het hof legt zelfs in het nadeel van de werknemer uit dat hij niet heeft gevraagd om een arts of vertrouwenspersoon aan wie hij zijn bezwaren wilde medelen, en meent dat het niet aan de werknemer is om naar eigen inzicht te bepalen of een door zijn werkgever opgelegde verplichting om een bloedtest te ondergaan wel noodzakelijk is (r.o. 4.23 en 4.26). Terwijl het juist aan de werkgever is om aan te tonen dat een medisch onderzoek noodzakelijk is!

In plaats van de wet erbij te pakken, ruziën partijen voornamelijk over de onverwijld mededeling bij het ontslag op staande voet. De rechter maakt zich ervan af door een eenvoudige belangenafweging te verrichten tussen het belang van de werkgever, daarbij inbegrepen het belang van diens opdrachtgever om zijn aansprakelijkheid voor blootstelling aan lood te voorkomen, en het belang van de werknemer om de keuring te weigeren. Aangezien de werknemer zijn belang bij die weigering niet nader toe wil lichten, legt zijn belang het loodje. De A-G vindt het ook in het licht van een grondrechtelijke toets wel best zo, en de Hoge Raad legt zich erbij neer.

De besproken wetgeving kan beschouwd worden als een goed doordachte uitwerking door de werkgever van het beginsel van bescherming van het grondrecht op medische privacy in de arbeidsrelatie. Natuurlijk kan dat beginsel ook wel vagelijk worden betrokken in een afweging over het ontslag op staande voet, maar het ligt mijns inziens veel meer voor de hand om gewoon de wet erbij te pakken. Grondrechten zijn vaag, maar toch niet zo vaag dat de rechter de vrijheid mag nemen om zijn eigen afweging te maken zonder de wet te raadplegen?

5. Grondrechtelijke toets

Als dan toch aan artikel 8 EVRM getoetst wordt, dan heb ik ook nog wel wat wensen, net als overigens annotator Inge de Laat (JAR 2014/241). Zo zou ten eerste meer gewicht mogen toekomen aan de vraag of de inbreuk op de privacy wel was voorzien bij wet zoals vereist in

artikel 8 lid 2 EVRM. Het EHRM stelt weliswaar niet al te hoge eisen aan het begrip ‘wet’ in dit verband. Maar juist omdat de bovengenoemde wetgeving werknemers beschermt tegen willekeurige gezondheidsonderzoeken, moet om te voldoen aan het criterium ‘voorzien bij wet’ worden aangetoond dat de keuring onder een wettelijke keuringsplicht viel. Bij afwezigheid daarvan hoefde de werknemer immers niet te verwachten dat hij toch op grond van (slechts) de gezagsbevoegdheid van de werkgever verplicht was een keuring te ondergaan, ook niet in zijn beroep als brandwacht. De enkele stelling dat ‘brandwachten kunnen verwachten te worden gekeurd’ (zoals de kantonrechter aannam) kan in dat kader niet voldoende zijn.

Voorts is bij een grondrechtelijke toets van belang dat van de inbreuk makende partij mag worden gevraagd om aan te tonen dat er een zwaarwichtig doel gediend is met de inbreuk, en dat dat doel niet op een minder inbreuk makende manier kan worden bereikt. Aan het belang bij de inbreuk mogen bij medische privacy hoge eisen worden gesteld. Het EHRM heeft meer dan eens overwogen dat medische privacy een bijzonder gewichtig aspect van het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer betreft. Het gaat hier immers niet alleen om de bescherming van privacy als zodanig, maar ook om de bescherming van de volksgezondheid, die in het geding komt als mensen zich niet laten behandelen uit angst voor openbaring van hun gezondheidsgegevens. Daaruit volgt dat met deze gegevens bijzonder zorgvuldig moet worden omgegaan (o.a. EHRM 25 februari 1997, 22009/93 (Z. t. Finland); EHRM 27 augustus 1997, 20837/92 (M.S. t. Zweden)).

In het kader van het onderzoek naar het belang van de werkgever kon daarom niet worden volstaan met de constatering dat de werkgever nu eenmaal gebonden was aan de eisen die BP stelde. Er had kunnen worden onderzocht of de werknemer niet ergens anders tewerkgesteld kon worden. Ook had kunnen worden bekeken of er niet een minder ingrijpende manier was geweest om hetzij de loodkeuring uit te voeren, hetzij de werknemer op een andere manier te beschermen tegen blootstelling aan lood. De werknemer was wel bereid om urine te laten testen. Bekeken had moeten worden of dat niet voldoende was.

Al deze elementen kunnen op de een of andere manier wel worden teruggevonden in de overwegingen van het hof, zodat het in die zin verdedigbaar is dat de Hoge Raad zonder nadere motivering niet overging tot cassatie. Er is echter wel een cruciaal verschil tussen de manier waarop het hof al deze elementen op elkaar betreft, en de manier waarop dit volgens een grondrechtelijk toetsingskader zou gaan. Dit betreft de vraag op welk uitgangspunt een uitzondering bepleit moet worden. Je zou dat de ‘bewijslastverdeling’ kunnen noemen (het is dat niet echt omdat een werkgever bij het EVRM strikt genomen geen partij is en dus geen bewijslast heeft). Het hof neemt als uitgangspunt dat de werkgever vrij is om zijn onderneming naar eigen goeddunken in te richten, zodat de redelijkheid van een opdracht

door de rechter slechts marginaal kan worden getoetst. De werknemer moet aldus maar aannemelijk maken dat de opdracht in zijn geval niet redelijk was. In een grondrechtelijke toets staat de waarde van het grondrecht voorop, en moet de rechtvaardiging van de inbreuk worden aangetoond, in dit geval door de werkgever. Dat legt een veel zwaardere bewijslast op de werkgever voor de noodzaak van de keuring. Van de werknemer zou in dat geval niet onmiddellijk worden gevraagd om zijn eigen belang bij bescherming van zijn privacy toe te lichten. Toegegeven zij dat dat belang in de proportionaliteitstoets bij artikel 8 lid 2 EVRM wel een rol speelt, en dat ook het EVRM nog geen heldere oplossing heeft ontwikkeld voor de situatie waarin de klager dat belang het liefst geheim houdt (zie hierover mijn noot bij EHRM 18 april 2012, (Eternit/Frankrijk), AR Updates annotaties AR 2012-0513).

Is de uitspraak van het hof daarom in strijd met artikel 8 EVRM? Kan de weigerachtige brandwacht met succes de Nederlandse staat aansprakelijk stellen vanwege de schending van zijn grondrecht op medische privacy? Dat valt niet met zekerheid te zeggen. Het EHRM vergt niet van nationale rechters om hetzelfde toetsingskader te hanteren als het EHRM zelf. Een zorgvuldige belangenafweging kan genoeg zijn. In mijn ogen is de afweging van het hof echter niet zorgvuldig genoeg, zeker niet in het licht van de toepasselijke wetgeving.

6. Tot besluit

Deze uitspraak past in de trend zoals ingezet in het al genoemde Hyatt-arrest. Volgens deze trend heeft de werkgever al snel een voldoende gewichtig belang om inbreuk te maken op het grondrecht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer van een werknemer. Vanwege het feit dat in deze uitspraak het wettelijke kader bij een gezondheidskeuring niet wordt geraadpleegd, kan er mijns inziens echter nauwelijks precedentwerking aan worden toegekend.

RECHTSPRAAK

Stichting Samenwerkingsbestuur Primair Onderwijs 'Gearhing'/werkneemster

Ontbindingsverzoek (g-grond) toegewezen. Werkneemster erkent verstoorde arbeidsverhouding en de onmogelijkheid tot herplaatsing binnen een redelijke termijn. De door werkneemster naar voren gebrachte 'j-grond' bestaat niet.

Stichting Samenwerkingsbestuur primair onderwijs 'Gearhing' (hierna: de Stichting) verzoekt de kantonrechter ingevolge artikel 7:671b lid 1 onderdeel a BW de arbeidsovereenkomst met werkneemster te ontbinden. Aan dit verzoek legt de Stichting ten grondslag dat er tussen partijen verschil van inzicht bestaat over de uitoefening van de functie van leraar, waardoor er spanningen zijn ontstaan met als gevolg een verstoorde arbeidsverhouding als bedoeld in artikel 7:669 lid 3 onderdeel g BW. De Stichting voert voorts aan dat herplaatsing van werkneemster binnen een redelijke termijn niet meer mogelijk is en van enig opzegverbod is geen sprake. De Stichting verzoekt om ontbinding per 1 maart 2016, stellende dat daarmee de termijn voor opzegging als bedoeld in artikel 7:672 BW in acht is genomen.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Nu werkneemster heeft erkend dat de arbeidsverhouding verstoord is en partijen het erover eens zijn dat die verstoring onherstelbaar is, alsmede dat herplaatsing van werkneemster niet meer mogelijk moet worden geacht en dat geen sprake is van enig opzegverbod, zal de kantonrechter de arbeidsovereenkomst ontbinden. Gelet op de standpunten van partijen is immers sprake van een redelijke grond voor ontbinding als bedoeld in artikel 7:671b lid 1 onderdeel a BW in verbinding met artikel 7:669 lid 3 onderdeel g BW. Werkneemster voert weliswaar aan dat de Stichting ontbinding vordert op grond van het in artikel 7:669 lid 3 sub j BW bepaalde, maar nu lid 3 van dat artikel geen 'sub j' kent en werkneemster overigens het bestaan van de verstoorde arbeidsverhouding erkent, gaat de kantonrechter ervan uit dat werkneemster naar de 'g-grond' bedoelde te verwijzen. Partijen zijn het er voorts over eens dat bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst met ingang van 1 maart 2016 de opzegtermijn als bedoeld in artikel 7:672 BW in acht wordt genomen, zodat de arbeidsovereenkomst met toepassing van artikel 7:671b lid 8 onderdeel a BW zal worden

ontbonden per 1 maart 2016.

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 30-11-2015

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2015:5633

Zaaknummer: 4632578\AR VERZ 15-50

Rechters: E.T.M. Zwart-Sneek

Advocaten: S. Ideler-Ouwens en A.V. Willink

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

RECHTSPRAAK

Stichting Tjongerwerven, Christelijk Primair Onderwijs/werknemer

Geregelde ontbinding. Partijen zijn het eens over het disfunctioneren van werknemer. Nu de ontbinding van de arbeidsovereenkomst is verzocht op de 'd-grond' en niet op de 'g-grond', kan hetgeen omtrent de verstoorde arbeidsverhouding is aangevoerd buiten beschouwing worden gelaten.

Werkgever verzoekt de kantonrechter de arbeidsovereenkomst te ontbinden op grond van artikel 7:669 lid 3, onderdeel d, BW per 1 maart 2016. Aan dit verzoek legt werkgever ten grondslag dat het functioneren van werkneemster in de functie van leerkracht niet voldoet aan de eisen die daaraan door werkgever zijn gesteld. Herplaatsing is volgens werkgever niet mogelijk binnen een redelijke termijn. Bovendien stelt werkgever dat geen van partijen van de ontstane situatie een verwijt kan worden gemaakt. Werkgever voert voorts aan dat er op basis van het Besluit overgangsrecht transitievergoeding geen transitievergoeding verschuldigd is nu werkneemster op grond van de CAO Primair Onderwijs uitzicht heeft op een bovenwettelijke uitkering op grond van de bovenwettelijke uitkeringsregeling bij werkloosheid (WOPO). Werkneemster heeft niet weersproken dat haar vaardigheden om invulling en uitvoering te geven aan de functie van leerkracht niet overeenkomen met de eisen die werkgever aan deze functie stelt en mag stellen. Werkneemster erkent dat er geen mogelijkheden voor herplaatsing zijn. Tevens erkent werkneemster de stelling van werkgever dat er geen sprake is van een opzegverbod en dat bij een ontbinding per 1 maart 2016 de volledige opzegtermijn in acht wordt genomen. Voorts bestrijdt werkneemster niet dat geen transitievergoeding verschuldigd is. Werkneemster verzoekt de verzochte ontbinding toe te wijzen.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Nu partijen het erover eens zijn dat sprake is van disfunctioneren van werkneemster – en in haar functioneren hoewel zij daartoe in de gelegenheid is gesteld geen verbetering is gekomen – en dat herplaatsing van werkneemster niet meer mogelijk moet worden geacht en er geen sprake is van enig opzegverbod, zal de

kantonrechter de arbeidsovereenkomst ontbinden per 1 maart 2016. Gelet op de standpunten van partijen is immers sprake van een redelijke grond voor ontbinding als bedoeld in artikel 7:671b lid 1 onderdeel a BW, in verbinding met artikel 7:669 lid 3 onderdeel d BW, is er geen mogelijkheid tot herplaatsing van werknemer binnen een redelijke termijn en gelden geen opzegverboden als bedoeld in artikel 7:670 BW of met deze opzegverboden naar aard en strekking vergelijkbare opzegverboden in een ander wettig voorschrift, zodat aan de voorwaarden van artikel 7:671b lid 2 BW is voldaan. Werkgever voert voorts weliswaar aan dat de arbeidsverhouding is verstoord en dat die verstoring onherstelbaar is, waardoor een vruchtbare voortzetting van de arbeidsovereenkomst onmogelijk is, maar nu de ontbinding van de arbeidsovereenkomst is verzocht op de 'd-grond' en niet op de 'g-grond', kan hetgeen omtrent de verstoorde arbeidsverhouding is aangevoerd buiten beschouwing worden gelaten.

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 30-11-2015

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2015:5632

Zaaknummer: 4632699 \ AR VERZ 15-51

Rechters: E.T.M. Zwart-Sneek

Advocaten: M. de Vita en A.A. Duijn

Wetsartikelen: 7:669 lid 3 onderdeel d BW, 7:669 lid 3 onderdeel g BW en 7:671b lid 1 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgeefster

Ontslag op staande voet accountmanager wegens overschrijding grenzen jegens vrouwelijke collega. Werkgeefster wordt in gelegenheid gesteld getuigenbewijs te leveren. Voorwaardelijke ontbinding wegens verwijtbaar handelen.

Werknemer is sinds 2009 in dienst als accountmanager. Op 31 juli 2015 is hij op staande voet ontslagen. Uit de ontslagbrief volgt dat werknemer 'de grenzen van een vrouwelijke collega is overgegaan door haar meerdere keren aan te raken'. Ondanks herhaaldelijke verzoeken van zijn collega is werknemer hiermee doorgegaan, aldus werkgeefster. Werknemer verzoekt primair de opzegging te vernietigen. Hij betwist dat sprake is van een dringende reden. Werkgeefster verzoekt voorwaardelijke ontbinding, primair op grond van artikel 7:669 lid 3 sub e BW (verwijtbaar handelen).

De kantonrechter oordeelt als volgt. Voldoende is komen vast te staan dat werknemer zich op 28 juli 2015 niet heeft gedragen zoals van hem mocht worden verwacht. Werknemer heeft zich ongepast gedragen door – zoals hij zelf zegt – zijn vrouwelijke collega (hierna: X) op de werkplek te duwen en porren en gearmd met haar over de gang te lopen. Hij ontlokt bij een andere collega de opmerking 'let maar op dat Y het niet ziet' en voor weer een andere collega was het aanleiding om bij wijze van grap de woorden 'seksuele intimidatie' te laten vallen. Partijen verschillen echter van mening met betrekking tot de exacte toedracht van de gedragingen van werknemer en X en of er sprake is geweest van een zodanig wangedrag van werknemer dat het gegeven ontslag op staande voet wegens een dringende reden daardoor is gerechtvaardigd. In dit verband is van belang dat werknemer betwist dat de verweten gedragingen tegen de wil van X hebben plaatsgevonden en dat hij daarmee is doorgegaan nadat X hem meerdere malen te verstaan had gegeven dat hij daarmee moest ophouden. Het is aan werkgeefster om de door haar gestelde doch door werknemer betwiste stelling te bewijzen. Werkgeefster heeft hiervan getuigenbewijs aangeboden en zal daartoe worden toegelaten. De beslissing op de verzoeken van werknemer wordt aangehouden.

Het voorwaardelijk ontbindingsverzoek wordt toegewezen. Gelet op het ongepaste gedrag van

werknemer is sprake van verwijtbaar handelen. Naar aanleiding van een incident in 2012 wist werknemer dat dit gedrag niet werd getolereerd. Het verzoek om werknemer geen transitievergoeding toe te kennen, wordt afgewezen. Werknemer had weliswaar behoren te begrijpen dat zijn gedrag niet door de beugel kon, doch daar staat tegenover dat werkgeefster naar aanleiding van de door haar genoemde drie eerdere incidenten niet althans onvoldoende duidelijk stelling heeft genomen. Voorts is van belang dat werknemer zijn werkzaamheden kennelijk steeds goed heeft verricht. Werkgeefster heeft nog gesteld dat werknemer een gefixeerde schadevergoeding verschuldigd is en dat niet genoten vakantiedagen en vakantiegeld kunnen worden verrekend. De verzochte verklaring voor recht hieromtrent wordt afgewezen, omdat haar vordering, waarmee werkgeefster stelt te hebben verrekend, in het geheel niet vaststaat. De beslissing op het verzoek ten aanzien van de proceskostenveroordeling wordt aangehouden totdat in de over en weer gedane verzoeken eindbeschikking zal worden gegeven. De door werknemer gevorderde wedertewerkstelling en de loonvordering worden afgewezen.

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 18-11-2015

Zaaknummer: 4483175 / 15-85783