

Nieuwsbrief AR Updates - Nummer 06, 2015

Nummer 6, 2015

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

INHOUDSOPGAVE

Hof van Justitie van de Europese Unie

Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2015:60 05-02-2015

Grima Poclava/Jose Toledano

Hof

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2015:326 03-02-2015

Hotel Atlanta/werknemer

Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2015:79 03-02-2015

ABAB Groep/VLM Nederland

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2015:294 03-02-2015

Vereniging FNV Bondgenoten/Holding BV, Snacks BV, Grootverbruik BV, Logistiek BV

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2015:329 03-02-2015

Ambulante Thuiszorg/werkneemster

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2015:715 03-02-2015

Bos/De Wit

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2015:322 03-02-2015

werknemer/X Woningbureau en Assurantiekantoor B.V.

Rechtbank

Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2015:600 06-02-2015

Delta Pompen B.V./werknemer

Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2015:997 05-02-2015

Rockmart B.V./werknemer

Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2015:961 04-02-2015

werknemer/Suit Supply B.V.

Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2015:723 29-01-2015

werkgeefster/werknemer

Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2015:487 26-01-2015

Chipsoft B.V./werknemer

Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2015:552 21-01-2015

werknemer/Beuk Horeca B.V.

Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2015:93 14-01-2015

werknemer/Coöperatieve Centrale Raiffeisen Boerenleenbank B.A.

Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2014:10801 24-12-2014

BSO Zus en Zo B.V./werkneemster

Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2014:6750 18-11-2014

werknemer/Imtech Industry International B.V.

Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2014:8253 24-09-2014

werknemer/X c.s.

Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2014:7965 15-09-2014

werknemer/werkgever

Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2014:7959 15-09-2014

werkneemster/werkgeefster

Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2013:7222 18-12-2013

werkneemster/Coöperatieve vereniging Rabobank Utrecht e.o. u.a. c.s.

Antillen

Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba, ECLI:NL:OGHACMB:2014:94 15-12-2014

Caribbean Teleview Services N.V./de bemiddelaar, bedoeld in artikel 1 van de Arbeidsgeschillenlandsverordening

Annotatie

Is ontslag wegens vetzucht verboden?

prof. mr. dr. W.L. Roozendaal

ANNOTATIE

Is ontslag wegens vetzucht verboden?

prof. mr. dr. W.L. Roozendaal

1. Inleiding

Ontslag wegens zwaarlijvigheid voelt als discriminatie. De vraag is of elk discriminatoir ontslag wel verboden is. Volgens het recht van de Europese Unie is dat in ieder geval niet het geval. Als een werknemer heel dik is maar nog steeds prima in staat om zijn werk te doen, beschermt het Europese recht hem niet tegen een ontslag wegens zijn gewicht, zo blijkt uit het Kaltoft-arrest. Het Nederlandse recht biedt meer bescherming.

2. De feiten

Vanaf eind 1996 werkt Karsten Kaltoft voor de gemeente Billund in Denemarken als gastouder om in zijn woning op kinderen te passen. Al bij indiensttreding was Kaltoft 'zwaarlijvig' (ongeveer 160 kg). Kaltoft probeerde af te vallen, en de gemeente Billund heeft hem geholpen onder andere door mee te betalen aan fitnesscursussen. Kaltofts pogingen om gewicht te verliezen waren zo nu en dan succesvol, maar daarna kwam het er ook weer aan. Vanaf 2010 krijgt hij geregeld onaangekondigd bezoek van een ambtenaar die komt controleren hoe het met zijn gewicht gaat. Eveneens in 2010 krijgt Kaltoft minder kinderen toegewezen om op te passen (drie in plaats van vier). Vervolgens wordt hij uitgenodigd voor een gesprek over het voornemen van de gemeente om hem te ontslaan wegens de afnemende vraag naar gastouders. Kaltoft heeft tijdens dat gesprek gevraagd waarom hij de enige gastouder was in de gemeente die werd ontslagen om die reden. Tijdens deze bijeenkomst is zijn zwaarlijvigheid ter sprake gebracht. Kaltoft heeft bij brief van 10 november 2010 zijn vermoeden geuit dat zijn zwaarlijvigheid aan de grondslag lag van het voorgenomen ontslag. Bij brief van 22 november 2010 heeft de gemeente Billund hem ontslagen, waarbij zij te kennen gaf dat dit ontslag plaatsvond na 'een concrete beoordeling in verband met de vermindering van het aantal kinderen'. De gemeente Billund heeft geen enkele opmerking gemaakt over het door Kaltoft in zijn brief van 10 november 2010 geuite gevoel omtrent de werkelijke reden voor zijn ontslag.

3. De procedure

FOA, een vakbond die in rechte optreedt namens Kaltoft, heeft beroep ingesteld bij de rechtbank en daarbij betoogd dat Kaltoft bij zijn ontslag het slachtoffer was geweest van discriminatie op grond van zwaarlijvigheid en dat hij schadevergoeding moest krijgen wegens deze discriminatie. De rechtbank heeft het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing. Kort samengevat wilde de rechter ten eerste weten of discriminatie op grond van zwaarlijvigheid in strijd is met Unierecht, bijvoorbeeld artikel 6 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. Daarnaast vroeg de rechter of zwaarlijvigheid kan worden beschouwd als een handicap die binnen de bescherming van Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep valt, en, zo ja, welke criteria in een bepaald geval beslissend zijn bij de beoordeling of de zwaarlijvigheid van een persoon concreet tot gevolg heeft dat de betrokkene wordt beschermd door het verbod op discriminatie op grond van een handicap in deze richtlijn.

4. Beantwoording van de prejudiciële vragen

Op de eerste vraag antwoordt het Hof van Justitie dat het algemene beginsel van non-discriminatie behoort tot de grondrechten die deel uitmaken van de algemene beginselen van het Unierecht en dat dit beginsel dus de lidstaten bindt wanneer de nationale situatie die in het hoofdgeding aan de orde is, binnen de werkingssfeer van het Unierecht valt (zie in die zin arrest *Chacón Navas*, C-13/05, ECLI:EU:C:2006:456, punt 56). In dit verband dient te worden vastgesteld dat geen enkele bepaling van het VEU of VWEU een verbod op discriminatie op grond van zwaarlijvigheid als zodanig bevat. Met name verwijst artikel 10 VWEU noch artikel 19 VWEU naar zwaarlijvigheid. Ook vermeldt Richtlijn 2000/78 zwaarlijvigheid niet als discriminatiegrond. Volgens de rechtspraak van het Hof dient de werkingssfeer van Richtlijn 2000/78 niet naar analogie te worden uitgebreid tot andere discriminaties dan die gebaseerd op de in artikel 1 van deze richtlijn limitatief opgesomde gronden (zie arresten *Chacón Navas*, C-13/05, ECLI:EU:C:2006:456, punt 56, en *Coleman*, C-303/06, ECLI:EU:C:2008:415, punt 46). In casu bevat het aan het Hof overgelegde dossier geen enkel element dat het mogelijk maakt vast te stellen dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde situatie, voor zover zij betrekking heeft op een ontslag dat op zwaarlijvigheid als zodanig gebaseerd zou zijn, binnen de werkingssfeer van het Unierecht valt. In dit verband zijn de bepalingen van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie evenmin van toepassing op een dergelijke situatie (zie, in die zin, arrest *Åkerberg Fransson*, C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105, punten 21 en 22). Daarmee wordt de eerste vraag dus afwijzend beantwoord (en verliezen de tweede en derde prejudiciële vraag relevantie, zodat ik die verder onbesproken laat).

Het Hof beantwoordt vervolgens de vraag over de toepasselijkheid van het verbod op onderscheid wegens handicap. Daartoe herhaalt het Hof eerdere rechtspraak waaruit blijkt dat het begrip 'handicap' in de zin van Richtlijn 2000/78/EG moet worden opgevat als een

beperking die met name het gevolg is van langdurige lichamelijke, geestelijke of psychische aandoeningen die in wisselwerking met diverse drempels de betrokkene kunnen beletten volledig, daadwerkelijk en op voet van gelijkheid met andere werknemers aan het beroepsleven deel te nemen (zie arresten HK Danmark, C-335/11, ECLI:EU:C:2013:222, punten 37/39; Z., C-363/12, ECLI:EU:C:2014:159, punt 76, en Glatzel, C-356/12, ECLI:EU:C:2014:350, punt 45).

Dit begrip 'handicap' heeft niet enkel betrekking op de onmogelijkheid om een beroepsactiviteit uit te oefenen, maar ook op belemmeringen bij het uitoefenen van een dergelijke activiteit (zie arrest Z., C-363/12, ECLI:EU:C:2014:159, punt 77 en aldaar aangehaalde rechtspraak). De oorzaak van de handicap doet daarbij niet ter zake, ook niet de vraag in welke mate de betrokkene eventueel heeft bijgedragen tot het ontstaan van zijn handicap. Verder gaat de definitie van het begrip 'handicap' in de zin van artikel 1 van Richtlijn 2000/78 aan de vaststelling en de beoordeling van de passende maatregelen tot aanpassing als bedoeld in artikel 5 van deze richtlijn vooraf. Volgens punt 16 van de considerans van deze richtlijn beogen dergelijke maatregelen immers rekening te houden met de behoeften van personen met een handicap en derhalve zijn zij het gevolg en niet het wezenlijke bestanddeel van het begrip 'handicap' (zie in die zin arrest HK Danmark, C-335/11, ECLI:EU:C:2013:222, punten 45 en 46).

Toegepast op de onderhavige zaak betekent dit dat zwaarlijvigheid als zodanig geen 'handicap' vormt in de zin van Richtlijn 2000/78, omdat zij van nature niet noodzakelijk tot gevolg heeft dat er sprake is van een beperking. Daarentegen valt de zwaarlijvigheid van de betrokken werknemer onder het begrip 'handicap' in de zin van Richtlijn 2000/78 indien zij, gezien de omstandigheden, leidt tot een beperking die met name het gevolg is van lichamelijke, geestelijke of psychische aandoeningen die in wisselwerking met diverse drempels deze persoon kunnen beletten volledig, daadwerkelijk en op voet van gelijkheid met andere werknemers aan het beroepsleven deel te nemen, en die beperking langdurig is (zie in die zin arrest HK Danmark, C-335/11, ECLI:EU:C:2013:222, punt 41). Dat zou met name het geval zijn als de zwaarlijvigheid van de werknemer hem belet volledig, daadwerkelijk en op voet van gelijkheid met andere werknemers aan het beroepsleven deel te nemen als gevolg van een verminderde mobiliteit of van het feit dat zich bij deze persoon ziekteverschijnselen voordoen die hem beletten zijn werk te verrichten of hem belemmeren bij de uitoefening van zijn beroepsactiviteit.

In casu staat, zoals de verwijzende rechter heeft opgemerkt, vast dat Kaltoft zwaarlijvig was gedurende de volledige periode waarin hij door de gemeente Billund tewerkgesteld was, dat wil zeggen gedurende lange tijd. Het staat aan de verwijzende rechter na te gaan of in het hoofdgeding de zwaarlijvigheid van Kaltoft, ondanks het feit dat Kaltoft gedurende ongeveer

vijftien jaar zijn werk heeft verricht, heeft geleid tot een beperking die voldoet aan de in punt 53 van het onderhavige arrest bedoelde voorwaarden.

5. Commentaar

Interessant aan deze uitspraak is ten eerste het beroep op het algemene beginsel van non-discriminatie, dat besloten ligt in artikel 20 en 21 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. Ten tweede is uiteraard van belang de toepassing op deze zaak van het begrip 'handicap', in het bijzonder bij zwaarlijvigheid. Opvallend daaraan is het feit dat het Hof van Justitie de voorwaarde herhaalt dat een klager gehandicapt is als hij daadwerkelijk belemmerd wordt in de arbeidsverrichting, hetgeen bewezen moet worden door de klager in kwestie. Na de bespreking van deze twee aspecten komt aan de orde welke gevolgen deze uitspraak kan hebben voor de bescherming van zwaarlijvigen in Nederland.

5.1 Het algemene beginsel van non-discriminatie

Het beginsel van gelijke behandeling of non-discriminatie is een beginsel dat algemeen op steun kan rekenen in het recht. Onze grondwet opent ermee: 'Allen die zich in Nederland bevinden, worden in gelijke gevallen gelijk behandeld.' Door velen wordt het gelijkheidsbeginsel beschouwd als een van de belangrijkste, zo niet het belangrijkste grondrecht. Het algemene beginsel van gelijkheid kan worden beschouwd als een uitdrukking van een verbod op willekeur. Onderscheid maken is op zichzelf niet verboden, en dat kan ook niet, want regels differentiëren per definitie. Maar onderscheid maken op willekeurige, irrelevante gronden, is verboden. Dat betekent dat de wetgever moet kunnen rechtvaardigen op welke gronden onderscheid is gemaakt (E.M.H. Hirsch Ballin, 'Staatsrecht en bestuursrecht, art. 1 van de Grondwet als constitutionele norm', in: C.W. Maris (red.), *Gelijkheid en recht*, Deventer/Zwolle: Van Loghum Slaterus/W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 145). Om zekerheid te geven over wat in ieder geval irrelevante of verdachte gronden zijn, bevat artikel 1 Gw ook een aantal expliciet verboden gronden: discriminatie wegens godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras of geslacht is niet toegestaan. Maar het discriminatieverbod in de Grondwet gaat verder dan dat: discriminatie op welke grond dan ook is niet toegestaan. Ook artikel 26 IVBPR bevat geen limitatieve opsomming van verdachte gronden.

In deze casus ging het bij de eerste prejudiciële vraag zagezegd over 'discriminatie op welke grond dan ook'. Zwaarlijvigheid is op zichzelf niet aangemerkt als een verdachte grond in de Europese wetgeving. De vraag was of de verplichting om niet te discrimineren toch aan het Europese recht ontleend kon worden. Die vraag is niet vreemd omdat zwaarlijvigheid op zichzelf als reden voor ontslag in veel gevallen irrelevant lijkt. In de Europese Richtlijnen

wordt geen melding gemaakt van een discriminatieverbod op deze gronden, maar kan het dan toch niet in strijd zijn met het algemene recht op gelijke behandeling? Dezelfde vraag zou gesteld kunnen worden voor andere voorbeelden van op het eerste gezicht irrelevante gronden voor ontslag, zoals ontslag wegens een lelijk gezicht of een West-Fries accent.

In het recht van de Europese Unie is het gelijkheidsbeginsel prominent aanwezig. Artikel 2 VEU bepaalt: 'De waarden waarop de Unie berust, zijn eerbied voor (...) gelijkheid en eerbiediging van de mensenrechten, waaronder de rechten van personen die tot minderheden behoren.' Artikel 3 VEU verwoordt de ambitie om sociale uitsluiting en discriminatie te bestrijden. Artikel 20 van het Handvest voor de Grondrechten van de Europese Unie (HGEU) stelt: 'Eenieder is gelijk voor de wet.' Dit artikel komt blijkens de toelichting op het Handvest overeen met een algemeen rechtsbeginsel dat in alle Europese grondwetten is opgenomen en dat door het Hof is aangemerkt als een fundamenteel beginsel van het Gemeenschapsrecht.

In de nadere uitwerking van het gelijkheidsbeginsel in het Unierecht wordt echter steeds gerefereerd aan specifieke discriminatiegronden, die alsdan limitatief worden opgesomd. In artikel 10, 18 en 19 VWEU wordt alleen de bestrijding van discriminatie op specifieke verdachte gronden genoemd: geslacht, ras of etnische afkomst, godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd, seksuele gerichtheid en nationaliteit. Dit geldt ook voor artikel 21 HGEU. De Europese non-discriminatie-richtlijnen richten zich dan ook uitsluitend tegen discriminatie op deze gronden (zie m.n. de uitputtende opsomming in Richtlijn 2000/78).

De Deense rechter was er toch niet zeker van dat een ontslag op een willekeurige grond buiten deze verdachte gronden niet geraakt werd door het Europese recht. Blijkens het arrest heeft deze rechter de grondslag daarvoor gezocht in artikel 6 HGEU, dat ziet op rechtmatige detentie; vermoedelijk is bedoeld artikel 6 VEU, volgens welke de grondrechten uit het EVRM en uit de constitutionele tradities die de lidstaten gemeen hebben, als algemene beginselen deel uitmaken van het recht van de Unie. Daarnaast was mogelijk geweest een beroep op het eerder genoemde artikel 20 HGEU.

Ter beantwoording van de vraag bevestigt het Hof dat het algemene beginsel van non-discriminatie behoort tot de grondrechten die deel uitmaken van de algemene beginselen van het Unierecht. Echter, dit beginsel bindt de lidstaten slechts wanneer de nationale situatie die in het hoofdgeding aan de orde is, binnen de werkingssfeer van het Unierecht valt (zie in die zin arrest Chacón Navas, C-13/05, ECLI:EU:C:2006:456, punt 56). Volgens de rechtspraak van het Hof dient de werkingssfeer van Richtlijn 2000/78 niet naar analogie te worden uitgebreid tot andere discriminaties dan die gebaseerd op de in artikel 1 van deze richtlijn limitatief opgesomde gronden (zie arresten Chacón Navas, C-13/05, ECLI:EU:C:2006:456, punt 56, en Coleman, C-303/06, ECLI:EU:C:2008:415, punt 46). Aldus is er geen sprake van uitvoering van

het Unierecht, en kan dus ook geen beroep worden gedaan op algemene beginselen van Unierecht.

Het komt wat formalistisch over om zo stellig te poneren dat op onderscheid wegens zwaarlijvigheid geen Unierecht van toepassing is, omdat zwaarlijvigheid (in extreme vorm) zo dicht aanligt tegen handicap of chronische ziekte, en het Unierecht zich daar uiteraard wel mee bezighoudt. De toepasselijkheid daarvan wordt door het Hof echter, zoals we al zagen, bij de beantwoording van de volgende vraag onderzocht. De werking van het algemene gelijkheidsbeginsel wordt aldus terughoudend toegepast.

Met deze restrictieve benadering van de werking van algemene beginselen van Unierecht handelt het Hof conform de bedoeling van de opstellers van het HGEU. Om te voorkomen dat de Europese wetgever en Europese rechter meer bevoegdheden naar zich toe zouden trekken dan thans voorzien in het VEU en VWEU, is in artikel 51 lid 1 en artikel 52 lid 5 HGEU vastgelegd dat het Handvest, alsmede de algemene beginselen opgenomen in het Handvest uitsluitend van toepassing zijn wanneer uitvoering wordt gegeven aan het Unierecht (zie o.a. T. Barkhuysen en A.W Bos, 'De betekenis van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie voor het bestuursrecht: een actualisatie anno 2014', *JBPlus* 2014). Als daarvan wel sprake is, is het Hof minder terughoudend. Een voorbeeld is het geval van Glatzel (C-356/12, ECLI:EU:C:2014:350), wiens rijbewijs niet verlengd werd wegens een visuele handicap. Aangezien Richtlijn 2006/116 ziet op de harmonisering van voorschriften inzake het rijbewijs, paste het Hof in deze zaak wel artikel 20 en 21 HGEU toe. Aldus toetste het Hof of de betreffende voorwaarde aan de afgifte van een rijbewijs geen ongerechtvaardigde inbreuk maakte op het recht van gehandicapten om deel te nemen aan het verkeer. Het algemene gelijkheidsbeginsel heeft dus wel degelijk een meer dan symbolische werking in het Europese recht, maar pas wanneer is vastgesteld dat Unierecht van toepassing is.

5.2. Discriminatie op grond van zwaarlijvigheid

De tweede vraag die het Hof beantwoordt is de vraag of Kaltoft dan niet beschermd zou worden tegen ontslag wegens zwaarlijvigheid, omdat dit aangemerkt kan worden als een handicap.

In de zaak HK Danmark heeft het Hof, onder verwijzing naar het VN-Verdrag betreffende personen met een handicap, geoordeeld dat het begrip 'handicap' moet worden opgevat als een beperking die met name het gevolg is van langdurige lichamelijke, geestelijke of psychische aandoeningen die in wisselwerking met diverse drempels de betrokkene kunnen beletten volledig, daadwerkelijk en op voet van gelijkheid met andere werknemers aan het beroepsleven deel te nemen (arresten HK Danmark, C-335/11, ECLI:EU:C:2013:222, punten

37|39; zie hierover A.R. Houweling in AR_2013_0331; zie ook reeds arrest Chacón Navas, C-13/05, ECLI:EU:C:2006:456, JAR 2006/191). Thans benadrukt het Hof nog eens dat de omvang of oorzaak van de handicap daarbij niet ter zake doet, dus evenmin de vraag of iemand zelf heeft bijgedragen aan het ontstaan van zijn handicap. Ook is niet van belang of daadwerkelijk maatregelen zijn genomen door een werkgever om de gehandicapte tegemoet te komen. Wat echter wel van belang is, is dat er sprake moet zijn van een belemmering om aan het beroepsleven deel te nemen. Dat zou bij zwaarlijvigheid het geval kunnen zijn, bijvoorbeeld als gevolg van verminderde mobiliteit of ziekteverschijnselen.

Enerzijds kan deze uitspraak worden opgevat als een uitbreiding van de zorgplicht van werkgevers voor gehandicapten. Vast staat nu dat obesitas een handicap kan zijn, en dat betekent dat werkgevers verplicht zijn om naar gelang de behoefte doeltreffende aanpassingen te verrichten, tenzij deze voor hen een onevenredige belasting vormen (art. 2 WGBH/CZ resp. art. 5 Richtlijn 2000/78). Dit geldt ongeacht de oorzaak van de vetzucht. Werkgevers in Groot-Brittannië, waar de obesitas een ware epidemie dreigt te worden, klagen al dat zij nu werkplekken en taken moeten gaan aanpassen aan zwaarlijvigen (*The Guardian*, 18 december 2014).

Anderzijds laat de uitspraak echter een onverwacht gevolg zien van de gekozen omschrijving van het begrip handicap. Waddington en Gijzen merkten al in hun commentaar op Chacón Navas in 2006 op dat het Hof met zijn definitie kiest voor een 'medische' omschrijving van het begrip handicap (L.B. Waddington en M.H.S. Gijzen, '(Her)definitie van het begrip "handicap" in de EG en Nederlandse gelijke-behandelingswetgeving', *NTER* 2006/12). Een door hen geprefereerd alternatief daarvoor was geweest een 'maatschappelijke' benadering van het begrip 'handicap'. Het maatschappelijke model is gebaseerd op de gedachte dat het grootste probleem voor gehandicapten is het onvermogen van de maatschappelijke omgeving om zich aan te passen aan de mogelijkheden van de gehandicapte, hetgeen resulteert in vooroordelen, stigmatisering en uitsluiting van gehandicapten. Het nadeel van de medische benadering, constateerden zij reeds, is dat als de definitie is gebaseerd op de gezondheidstoestand van de individuele persoon, gehandicapten eerst moeten voldoen aan de criteria van de begripsomschrijving, voordat zij aanspraak kunnen maken op bescherming. Bleef dat toen wellicht een wat abstracte redenering, hier zien we precies het nadelige effect daarvan. Kaltoft moet namelijk eerst aantonen dat hij in zijn beroepsleven daadwerkelijk belemmerd werd door zijn zwaarlijvigheid, zoals een zekere vorm van disfunctioneren of uitval wegens zijn omvang. De nationale rechter moet nagaan of dat het geval was in het geval van Kaltoft. En dat zal niet makkelijk zijn, nu Kaltoft zelf nu juist van mening was dat zijn zwaarlijvigheid hem helemaal niet beperkte in zijn functioneren. Uit een interview met hem in *The Telegraph* op 18 December 2014 blijkt zijn strijd lust op dit punt:

‘Far from claiming disability, Mr Kaltoft has always insisted that he was perfectly able to do his job and hit back at reports that he was too fat to bend low enough to tie the shoelaces of the children in his care. “I took my case to court because when you get told you’re being fired because your weight is too high it hits you very personally. I don’t think that’s fair,” he told the Telegraph.’

Hoewel Kaltoft zelf deze uitspraak blijkens hetzelfde interview ervaarde als een overwinning, zal hij vermoedelijk na terugverwijzing in Denemarken het lid op de neus krijgen, juist omdat hij zelf niet als gehandicapte wil worden aangemerkt.

De benadering van het Hof heeft aldus het merkwaardige gevolg dat gehandicapten niet beschermd worden als zij worden gediscrimineerd op grond van louter onjuiste vooroordelen. Dit gevolg is onverwacht en wat mij betreft ongewenst. Een belangrijk doel van gelijkebehandelingswetgeving is juist de bescherming tegen onjuiste vooroordelen en stereotypering, en dat geldt uiteraard ook voor vooroordelen tegen dikke mensen (zie o.a. College voor de Rechten van de Mens, ‘De juiste persoon op de juiste plaats. De rol van stereotypering bij de toegang tot de arbeidsmarkt’, juli 2013, p. 20). Natuurlijk bestaat bij gehandicapten niet alleen behoefte aan bescherming tegen vooroordelen, maar ook aan een aanpassing van de werkplek zodat ze kunnen deelnemen aan de arbeid. Deze ‘materiële’ invulling van het gelijkheidsbeginsel wordt ook beoogd blijkens artikel 5 Richtlijn/artikel 2 WGBH/CZ inzake de aanpassingsverplichting. Maar dat betekent niet dat ze niet ook behoefte hebben aan bescherming tegen vooroordelen. Het Hof zou die bescherming gemakkelijk kunnen bieden door de personele werkingssfeer van het verbod van discriminatie op grond van handicap uit te breiden met personen van wie anderen verwachten dat zij vanwege een handicap een belemmering ervaren in het beroepsleven. Of het Hof had gebruik kunnen maken van de bewijslastverlichting van artikel 10 van de richtlijn, volgens welke personen die zich door niet-toepassing te hunnen aanzien van het beginsel van gelijke behandeling benadeeld achten, slechts feiten hoeven aanvoeren die directe of indirecte discriminatie kunnen doen vermoeden, waarna de verweerder dient te bewijzen dat het beginsel van gelijke behandeling niet werd geschonden. Deze casus leende zich goed voor deze benaderingen maar daar heeft het Hof helaas niet voor gekozen.

5.3. Gevolgen voor nationaal recht

De Commissie Gelijke Behandeling (CGB) heeft al meermalen aangenomen dat morbide obesitas *als zodanig* een chronische ziekte is (biv. oordelen 2010-131; 2011-78; 2014-158). Daarbij wordt door het College niet de eis gesteld dat de klager moet aantonen dat er sprake is van een daadwerkelijke belemmering voordat sprake is van een gehandicapte in de zin van de wet. Onder verwijzing naar het feit dat een van de doelstellingen van de WGBH/CZ nu juist is

om te voorkomen dat werkgevers zich bij hun aannamebeleid laten leiden door stereotype verwachtingen en vooronderstellingen, stelt het College zelfs dat het aan de werkgever is om onderzoek te doen naar de vraag in hoeverre veronderstelde beperkingen bestaan bij de obese persoon, en of deze kunnen worden opgeheven door doeltreffende aanpassingen te doen (Oordeel 2014-158). Aldus ligt de bewijslast bij de werkgever om aan te tonen dat hij geen onjuiste vooroordelen hanteert over de aanwezigheid en gevolgen van een handicap als obesitas, in plaats van dat de bewijslast bij de werknemer ligt om aan te tonen dat er sprake is van daadwerkelijke belemmeringen. Naar mijn mening kan het CRM deze lijn vasthouden ondanks de strengere benadering van het Hof van Justitie, aangezien het de wetgever is toegestaan om gunstiger bepalingen op te nemen dan zijn voorzien in Richtlijn 2000/78 (art. 8).

5.4. Ontbindingsbeschikkingen

In het nationale recht kennen we ook enkele casus uit de ontbindingsrechtspraak waarin een werknemer werd ontslagen mede wegens zwaarlijvigheid. In alle gevallen ging het daarbij om werknemers die daadwerkelijk belemmeringen ervoeren bij de uitoefening van de arbeid. Niet alle kantonrechters achtten zich in deze zaken gebonden aan de WGBH/CZ. Hoewel de obesitas in de meeste uitspraken wel als een chronische ziekte werd aangemerkt, behandelde de kantonrechter het daarbij horende discriminatieverbod soms slechts als een 'gezichtspunt', en maakte vervolgens zijn eigen afweging. Zie bijvoorbeeld de kantonrechter te Tilburg (23 september 2011, ECLI:NL:RBBRE:2011:BT6716, JAR 2011/289, m.nt. M.W. Koole), die overwoog: 'Nu de werkgever in de kern genomen de (terugkerende) arbeidsongeschiktheid aan de gewenste ontbinding ten grondslag legt, is artikel 4 WGBH/CZ van toepassing. Het feit dat de werkneemster zich kan beroepen op de aanwezigheid van dit bijzonder opzegverbod staat echter niet automatisch aan ontbinding van de arbeidsovereenkomst in de weg (...) Ontbinding kan plaatsvinden (...) indien een situatie ontstaat die niet langer werkbaar is, of die een onevenredige belasting voor werkgever vormt, hetzij door organisatorische problemen, hetzij door andere omstandigheden.'

De WGBH/CZ verbiedt elke beëindiging van de arbeidsovereenkomst wegens een handicap (art. 4 onder b), op straffe van vernietigbaarheid van de beëindiging (art. 9). Het vergewisgebod van artikel 7:685 lid 1 BW bindt de kantonrechter niet letterlijk aan dit opzegverbod, maar een richtlijnconforme interpretatie van artikel 3 lid 1 onder c Richtlijn 2000/78 (verbod van discriminatoir ontslag) brengt mijns inziens met zich dat de rechter alsdan moet onderzoeken of de beëindiging van de overeenkomst verboden is wegens strijd met het discriminatieverbod. Gaat het om indirecte discriminatie, dan kan de beëindiging gerechtvaardigd zijn, mits er sprake is van een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn. Gaat het om directe discriminatie, dan kan de

overeenkomst alleen beëindigd worden als de werknemer in kwestie niet meer voldoet aan een wezenlijk en bepalend beroepsvereiste, mits het doel legitiem en het vereiste evenredig aan dat doel is (art. 4 lid 1 Richtlijn 2000/78). Wel moet daarbij rekening worden gehouden met de verplichting om doeltreffende aanpassingen te doen (art. 5). In de Tilburgse zaak was er bij de doktersassistente geen sprake van ongeschiktheid voor een wezenlijk functievereiste. Er was (slechts) sprake van een zekere te verwachten uitval door geplande operaties, terwijl zij verder goed functioneerde. Met mij twijfelde annotator M.W. Koole of in dit geval wel gezegd kon worden dat het zoeken van vervanging tijdens haar afwezigheid in redelijkheid niet meer van de werkgever gevergd kon worden.

Ook de kantonrechter te Zwolle hanteerde zijn eigen toetsingskader bij ontslag wegens obesitas (Kantonrechter Zwolle 4 november 2011, *JAR* 2011/309). Het ontbindingsverzoek van de werkgever, productief in de verpakkingindustrie, met een obese werknemer, werd in deze zaak afgewezen omdat de werknemer niet duidelijk genoeg was gezegd dat hij gewicht diende te verliezen. Daarmee werd de werkgever in wezen afgerekend op het niet nakomen van een zorgplicht c.q. waarschuwingsplicht. Dit argument past niet goed bij het toetsingskader van de WGBH/CZ. De uitkomst is wel in overeenstemming daarmee aangezien de arbeidsovereenkomst niet beëindigd werd. De vraag is wat het gevolg zou zijn als de kantonrechter had geoordeeld dat de werknemer wel voldoende was gewaarschuwd, zodat de overeenkomst kon worden ontbonden. Van de obese werknemer die de bedongen arbeid nog gewoon kan verrichten kan mijns inziens niet gevraagd worden om zijn levensstijl aan te passen, omdat dat discriminatoir zou zijn – maar het Hof van Justitie zou in dat geval blijkens het Kaltoft-arrest zeggen dat hij niet gehandicapt is, zodat deze werknemer zijn bescherming niet aan het recht op gelijke behandeling kan ontnemen. In dat geval kan hij zijn bescherming wellicht ontnemen aan het recht op privacy (art. 8 EVRM), en de beperkte zeggenschap van de werkgever over zijn privéleven (zie hierover o.a. mijn dissertatie *Werk en privé* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2011, hoofdstuk 9).

In het geval er sprake is van uitval of veelvuldig ziekteverzuim als gevolg van obesitas, dan kan naar nationaal recht een andere route gevolgd worden, namelijk die van de reflexwerking van het opzegverbod bij ziekte (art. 7:670 lid 1 BW). Dat gebeurde in de uitspraak van de kantonrechter te Leiden (22 augustus 2012, *JAR* 2012/303) inzake een obese vorkheftruckchauffeur die geleidelijk aan steeds meer administratief werk was gaan doen. De kantonrechter oordeelde dat het (nog steeds) van de werkgever te vergen viel om de werknemer passende arbeid aan te bieden. Hoewel bij deze route niet expliciet acht werd geslagen op het toetsingskader van de WGBH/CZ, zal de toetsing aan artikel 7:670 lid 1 BW en de re-integratieverplichtingen bij ziekte mijns inziens doorgaans in overeenstemming zijn met de verplichtingen uit de WGBH/CZ. Bij de beoordeling of is voldaan aan re-

integratieverplichtingen wordt immers ook bekeken welke aanpassingen van de werkgever te vergen zijn, met inachtneming van de duur en de te verwachten uitkomst daarvan.

In een uitspraak van de kantonrechter te Groningen (28 mei 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:2793, JAR 2014/184) werd wel het stramien van de WGBH/CZ gevolgd. Het ging hier opvallend genoeg net als in het Kaltoft-arrest om een mannelijke medewerker die al sinds 1981 werkte als groepsleider bij een kinderdagcentrum met een BMI van > 69 (bijna het drievoud van hetgeen als een gezond gewicht wordt beschouwd). Niet betwist was dat er sprake was van chronische ziekte, maar volgens de kantonrechter voldeed de werknemer niet aan de wezenlijke beroepsvereisten, omdat hij niet meer in staat was om activiteiten met de kinderen in zijn groep te ondernemen. Nadat was vastgesteld dat een redelijke aanpassing aan deze omstandigheid ook niet mogelijk was, werd dit aangemerkt als een toereikende rechtvaardigingsgrond in de zin van artikel 3 lid 2 WGBH/CZ. Strikt genomen is artikel 3 lid 2 alleen van toepassing bij indirecte discriminatie, en niet bij directe zoals hier het geval was. De redenering van de kantonrechter had aldus eigenlijk moeten luiden dat er geen sprake was van directe discriminatie omdat de werknemer niet aan een wezenlijk beroepsvereiste voldeed.

5.5. Discriminatoire ontbinding in de Wwz

Per 1 juli 2015 zal als bekend de Wet werk en zekerheid (Wwz) in werking treden, waardoor de ontbindingspraktijk van artikel 7:685 BW zal verdwijnen. In de Wwz worden ontbindingsverzoeken als deze veel strakker ingekaderd door het vereiste dat de werkgever zijn verzoek op een van de limitatief opgesomde gronden van artikel 7:669 lid 3 BW dient te baseren (zie ook art. 7:671b BW). In het geval van de obese werknemer zal het dan moeten gaan om ofwel langdurige ziekte (onder b), veelvuldig ziekteverzuim (onder c), of ongeschiktheid anders dan door ziekte of gebreken (onder d). Aan de voorwaarden, in deze gronden gesteld, zal in ieder geval voldaan moeten worden. Het is blijkens het voorgaande goed mogelijk dat tegelijkertijd ook een opzegverbod wegens handicap van toepassing is. Artikel 7:671b lid 6 nieuw BW maakt het mogelijk de overeenkomst dan toch te ontbinden, indien het verzoek geen verband houdt met omstandigheden waarop die opzegverboden betrekking hebben, waarbij een billijke vergoeding kan worden toegekend bij ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever (lid 8 onder c). Onder omstandigheden kan ook een beroep op artikel 7:681 (nieuw) BW in de rede liggen, bijvoorbeeld bij opzegging op bedrijfseconomische gronden, waarvan de werknemer meent dat deze in strijd is met het opzegverbod op grond van de WGBH/CZ, zoals in de Deense casus het geval was. De werknemer kan in dat geval volgens artikel 7:681 lid 1 (nieuw) BW de kantonrechter verzoeken de opzegging te vernietigen of een billijke vergoeding toe te kennen. De regering noemde discriminatie als grond voor toekenning van een billijke vergoeding (*Kamerstukken II 2013/14*,

33818, 3, p. 34).

Deze bepalingen moeten in geval van toepasselijkheid van een Europeesrechtelijk discriminatieverbod, richtlijnconform geïnterpreteerd worden. Dat brengt mee dat de kantonrechter (ook) moet toetsen of de beëindiging van de arbeidsrelatie al dan niet in strijd is met een discriminatieverbod met behulp van het daarbij horende toetsingskader. Wordt de arbeidsrelatie beëindigd in strijd met een discriminatieverbod, dan moet de toegekende vergoeding een afschrikwekkend effect hebben (zie daarover mijn bedrage ‘Geen verlenging wegens zwangerschap, wat nu?’, *TAP* 2014/7). Obese werknemers kunnen aldus alleen ontslagen worden wegens obesitas als zij niet meer voldoen aan wezenlijke beroepsvereisten en redelijke aanpassingen van het werk of de werkplek niet meer mogelijk zijn, of als alternatief, als het ontslag met een voldoende afschrikwekkende vergoeding wordt gecompenseerd.

RECHTSPRAAK

Grima Poclava/Jose Toledano

Arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met proeftijd van een jaar valt niet onder het bereik van het EU-recht (Richtlijn 1999/70/EG) als verkapte arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd en bijgevolg is artikel 30 Handvest Grondrechten EU (bescherming tegen kennelijk onredelijk ontslag) niet van toepassing.

In het kader van de economische crisis heeft de Spaanse overheid een aantal maatregelen getroffen om baanzekerheid te realiseren. Een van die maatregelen is de regeling 'Voor onbepaalde tijd gesloten arbeidsovereenkomsten tot ondersteuning van ondernemers'. Deze regeling bepaalt onder meer dat – in afwijking van de reguliere wettelijke regeling – werknemers een proeftijd van een jaar krijgen bij een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd (normaliter is de proeftijd een paar maanden tot maximaal zes maanden). Poclava werkte als kokkin voor Toledano op basis van zo'n ondersteuning-voor-ondernemerscontract en is tijdens de proeftijd ontslagen. Volgens haar is sprake van onder meer schending van artikel 30 Handvest Grondrechten EU (bescherming tegen kennelijk onredelijk ontslag) en van artikel 5 Richtlijn 1999/70/EG. Volgens de verwijzende rechter zou er in strijd met Richtlijn 1999/70 en de raamovereenkomst sprake zijn van een nieuwe virtueel voor bepaalde tijd gesloten arbeidsovereenkomst waarbij minder gunstige arbeidsvoorwaarden gelden voor werknemers die met een werkgever een dergelijke arbeidsovereenkomst zijn aangegaan.

Het Hof van Justitie EU oordeelt als volgt. Met zijn vragen, die tezamen moeten worden behandeld, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 30 van het Handvest en Richtlijn 1999/70, en meer in het bijzonder de clausules 1 en 3 van de raamovereenkomst, aldus moeten worden uitgelegd dat deze bepalingen zich verzetten tegen een nationale wettelijke regeling als de Spaanse regeling die de voor onbepaalde tijd gesloten arbeidsovereenkomst tot ondersteuning van ondernemers instelt en regelt en in een proeftijd van één jaar voorziet. Nagegaan moet dus worden of bij de Spaanse wettelijke regeling die de voor onbepaalde tijd gesloten arbeidsovereenkomst tot ondersteuning van ondernemers instelt en regelt, sprake is van het ten uitvoer brengen van het Unierecht. Uit zowel de in clausule 3 van de raamovereenkomst opgenomen definitie van het begrip 'werknemer met een

arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd' als de in het hoofdgeding toepasselijke nationale wettelijke regeling volgt dat een arbeidsovereenkomst als die van Nisttahuz Poclava niet kan worden aangemerkt als een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. De proeftijd is immers hoofdzakelijk bedoeld om de geschiktheid en vaardigheden van de werknemer te beoordelen, terwijl de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd wordt gebruikt wanneer het einde van de arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding wordt bepaald door objectieve voorwaarden. In elk geval wordt de duur van een proeftijd zoals bedoeld in Wet 3/2012 niet geregeld in Richtlijn 1999/70. Geoordeeld moet dus worden dat een arbeidsovereenkomst zoals de in het Spaanse recht in het leven geroepen 'voor onbepaalde tijd gesloten arbeidsovereenkomst tot ondersteuning van ondernemers' geen onder Richtlijn 1999/70 vallende arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is. In de motivering van de verwijzingsbeslissing vermeldt de verwijzende rechter ook artikel 2 lid 2 onder b, en artikel 4 van het op 22 juni 1982 te Genève door de Internationale Arbeidsorganisatie aangenomen Verdrag betreffende de beëindiging van het dienstverband op initiatief van de werkgever (ILO-Verdrag nr. 158) en het op 18 oktober 1961 te Turijn ondertekende Europees Sociaal Handvest. Vastgesteld moet worden dat het Hof krachtens artikel 267 VWEU niet bevoegd is uitspraak te doen over de uitlegging van bepalingen van internationaal recht die de lidstaten binden buiten het kader van het Unierecht (zie arrest Vandeweghe e.a., C-130/73, ECLI:EU:C:1973:131, punt 2; arrest TNT Express Nederland, C-533/08, ECLI:EU:C:2010:243, punt 61; beschikking Corpul Național al Polițiștilor, C-134/12, ECLI:EU:C:2012:288, punt 14, en arrest Qurbani, C-481/13, ECLI:EU:C:2014:2101, punt 22). Gelet op al het voorgaande valt de in het hoofdgeding aan de orde zijnde situatie niet binnen de werkingssfeer van het Unierecht. Derhalve is het Hof niet bevoegd om de vragen van de verwijzende rechter te beantwoorden.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 05-02-2015

ECLI: ECLI:EU:C:2015:60

Zaaknummer: C-117/14

Rechters: A. Rosas, E. Juhász en C. Vajda

Wetsartikelen: 30 Handvest Grondrechten EU, Richtlijn 1999/70/EG en 7:668a BW

RECHTSPRAAK

werknemer/X Woningbureau en Assurantiekantoor B.V.

***Ontslag broer van werkgever kennelijk onredelijk.
Familieverhoudingen maken de arbeidsverhouding bijzonder.
Schadevergoeding gelijk aan tweeënhalf jaarsalaris. Opzegverbod
ziekte niet van toepassing wegens beëindiging bedrijf.***

Werknemer (geboren 1945) is sinds 1965 in dienst van (de rechtsvoorganger van) X Woningbureau en Assurantiekantoor B.V. Deze onderneming was in handen van zijn broer. Op enig moment heeft zijn broer een hersenbloeding gehad, waarna werknemer het feitelijke bestuur op zich heeft genomen. Nadat zijn broer op 84-jarige leeftijd is overleden, is de dochter van zijn broer aangetreden als bestuurder. Werknemer is per 4 april 2012 op non-actief gesteld. Tussen werknemer en de erven van zijn broer was ondertussen een moeizame discussie en onderhandeling gestart over de aandelen van zijn broer. X Woningbureau en Assurantiekantoor B.V. heeft met toestemming van UWV in 2012 getracht werknemer te ontslaan wegens bedrijfssluiting. Deze opzegging heeft werknemer met een beroep op artikel 7:670 BW vernietigd. Op 3 september 2012 heeft de dochter de administratie opgevraagd die over verschillende dataschijven en ruimtes verspreid was. Toen zij op 6 september 2012 opnieuw langskwam waren alle ruimtes ontruimd en data verdwenen. Werknemer is toen op staande voet ontslagen. De arbeidsovereenkomst is voorwaardelijk ontbonden onder toekenning van een vergoeding van € 325.000.

Het hof oordeelt als volgt. Tegen de achtergrond van de gebrouilleerde verhoudingen, waarbij bedacht dient te worden dat tevens sprake is van familieverhoudingen, en daarbij mede betrekkend dat werknemer zich tot dat moment had gedragen als ware hij bestuurder van werkgever, acht het hof het niet in strijd met het beginsel van goed werkgeverschap om werknemer op non-actief te stellen, nu dit met behoud van loon gebeurde. Dat daarvoor geen reden werd gegeven, doet daaraan – gelet op de bijzondere omstandigheden van dit geval – niet af. Hoezeer het hof de actie van werknemer om het kantoor van X Woningbureau en Assurantiekantoor geheel of gedeeltelijk te ontruimen (wat wel en wat niet is verwijderd acht het hof niet relevant), kwalijk en ongepast acht – zelfs indien er veronderstellenderwijs van uit zou worden gegaan dat werknemer de overeenkomst van bruikleen met betrekking tot het

meubilair op 17 april 2012 had opgezegd, zoals hij heeft aangevoerd –, rechtvaardigt dat naar het oordeel van het hof geen ontslag op staande voet. Tegen de achtergrond van de gebrouilleerde (familie)verhoudingen had X Woningbureau en Assurantiekantoor dienen te begrijpen dat het om een onbezonnen daad van werknemer ging (ook in reactie op de op-non-actiefstelling). Een ontslag op staande voet is een uiterst middel en niet valt in te zien waarom het niet mogelijk was om werknemer eerst te sommeren om het nog niet verstrekte deel van de administratie (bijv. binnen 24 uur) alsnog ter beschikking te stellen en de ontruiming terug te draaien. Gelet op de hiervoor geschetste voorgeschiedenis en (familie)omstandigheden, heeft werknemer terecht aangevoerd dat X Woningbureau en Assurantiekantoor eerst nog die gelegenheid aan werknemer had dienen te geven onder dreiging van een ontslag op staande voet.

Nu de opzegging plaatsvond wegens het sluiten van de onderneming, brengt artikel 7:670b BW met zich dat het opzegverbod niet geldt en de opzegging per 1 november 2012 rechtsgeldig is. Deze opzegging acht het hof evenwel kennelijk onredelijk, daar voor werknemer geen enkele voorziening is getroffen en kennelijk wel de bedoeling is geweest dat werknemer het ‘going concern’ van werkgever zou overnemen (als pensioen). Nu de schade niet kan worden begroot, zal het hof overgaan tot een schatting en deze vaststellen op € 75.000, zijnde ongeveer tweeënhalf jaarsalaris, als genoegdoening (in de woorden van de wetgever: ‘als pleister op de wonde’, vgl. *Kamerstukken II* 1951/52, 881, 6, p. 30).

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 03-02-2015

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2015:322

Zaaknummer: 200.133.203/01

Rechters: M. van Ham, I. Bouter en J.F.M. Pols

Advocaten: G.J.A. van Dinter en J.C. Broekman

Wetsartikelen: 7:681 BW, 7:677 BW en 7:670b BW

RECHTSPRAAK

Hotel Atlanta/werknemer

Uitleg horeca-cao met betrekking tot verrekening minuren en recht op prestatietoeslag en loonsverhoging.

Werknemer is van 19 november 2004 tot 1 november 2011 in dienst geweest bij werkgever, laatstelijk in de functie van zelfstandig werkend kok voor 42 uur per week tegen een loon van € 1.881,11 bruto per maand exclusief vakantiebijslag en overige emolumenten. Op de tussen partijen gesloten arbeidsovereenkomsten was de Cao voor het horeca- en aanverwante bedrijf van toepassing, laatstelijk en voor zover van belang voor de onderhavige vorderingen de versies geldend van 1 april 2008 tot en met 31 maart 2010 en van 1 april 2010 tot en met 31 maart 2012. Artikel 5 lid 5 aanhef en onder a cao luidt: 'Minuren zijn uren die zijn ontstaan doordat de werknemer op de einddatum van het dienstverband dan wel aan het einde van het kalenderjaar minder uren heeft gewerkt dan de uren die (gemiddeld) zijn overeengekomen. a. Indien het dienstverband lopende enig kalenderjaar eindigt door rechtsgeldige opzegging door de werknemer en de werknemer op de einddatum van het dienstverband minuren heeft terwijl de (gemiddeld) overeengekomen uren wel door de werkgever reeds zijn uitbetaald, is de werkgever gerechtigd het voor die minuren reeds uitbetaalde loon bij de eindafrekening met de werknemer te verrekenen.' Nadat partijen met wederzijds goedvinden de arbeidsovereenkomst hebben beëindigd is over de eindafrekening een geschil ontstaan. Volgens werknemer heeft hij nog recht op niet-genoten verlofuren en niet doorgevoerde loonsverhogingen.

Het hof oordeelt als volgt. Anders dan de kantonrechter heeft geoordeeld, is het verschil tussen het aantal genoten verlofuren versus opgebouwde verlofuren aanmerkelijk minder. Voorts mogen de minuren in dit geval niet verrekend worden. Voor zover het al zo zou zijn dat werknemer slecht functioneerde en zich niets van werkgever aantrok, had dat werkgever er niet van hoeven te weerhouden om een uniform beoordelingssysteem te hanteren of jaarlijks beoordelingsgesprekken met werknemer te voeren. Nu dat niet is gebeurd, verbindt artikel 11 lid 3 onder b van de cao daaraan de consequentie dat werknemer in beginsel aanspraak heeft op de prestatietoeslag.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 03-02-2015

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2015:326

Zaaknummer: HD 200.136.447/01

Rechters: C.M. Aarts, R.J.M. Cremers en E.F.A. van Buitenen

Advocaten: B.M. Sadza en R.J. Ruiter

Wetsartikelen: Cao voor het horeca- en aanverwante bedrijf

RECHTSPRAAK

ABAB Groep/VLM Nederland

ABAB Groep mocht er niet op vertrouwen dat de opdracht van de ondernemingsraad tot het maken van meeruren bevoegd (namens VLM) is gegeven. Geen 22 WOR-procedure.

ABAB heeft diverse malen de ondernemingsraad van VLM bijgestaan. In de onderhavige procedure staat de vraag centraal of ten aanzien van een aantal procedures, ABAB het gerechtvaardigd vertrouwen toekwam dat de ondernemingsraad bevoegd was haar deze opdracht te verstrekken.

Het hof oordeelt als volgt. Het hof stelt voorop dat het hier niet gaat om de vraag of VLM op grond van artikel 22 lid 1 en 2 WOR gehouden is de kosten voor het voeren van het kort geding te vergoeden. Dat dient – exclusief – in een procedure ex artikel 36 WOR, tussen de ondernemingsraad en VLM, te worden beoordeeld. In onderhavig geding gaat het – uitsluitend – om de vraag of ABAB erop mocht vertrouwen dat de opdracht van de ondernemingsraad tot het voeren van het kort geding bevoegd – dat wil zeggen: namens VLM – was gegeven. Met betrekking tot het voeren van een kort geding in november 2012, oordeelt het hof dat dit niet onder de opdracht van de adviesaanvraag uit februari 2012 valt te scharen, daar het voeren van rechtsgedingen geen onderdeel uitmaakte van het adviestraject. Ten aanzien van de meeruren in een OK-procedure, oordeelt het hof als volgt. Als gezegd, gaat het hier niet om de vraag of VLM op grond van artikel 22 lid 1 en 2 WOR gehouden is de meeruren te vergoeden, nu dit exclusief in een procedure ex artikel 36 WOR, tussen de ondernemingsraad en VLM, dient te worden beoordeeld. Het gaat hier om de vraag of ABAB erop mocht vertrouwen dat de opdracht van de ondernemingsraad tot het maken van de meeruren bevoegd – dat wil zeggen: namens VLM – was gegeven. Dat laatste is niet het geval gezien de expliciete weigering in reactie op de kostenmelding van 29 november 2012.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 03-02-2015

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2015:79

Zaaknummer: 200.145.368-01

Wetsartikelen: 22 WOR en 36 WOR

RECHTSPRAAK

**Vereniging FNV Bondgenoten/Holding BV, Snacks BV,
Grootverbruik BV, Logistiek BV**

Holding met vier bv's moet worden gezien als een 'onderneming' in de zin van de CAO voor de Gemaksvoedingsindustrie (en niet beperkt tot rechtspersonen). Gebondenheid een van de dochterondernemingen aan cao ex artikel 9 Wet CAO bindt andere rechtspersonen niet.

FNV vordert nakoming van de CAO voor de Gemaksvoedingsindustrie. Aan deze vordering heeft FNV, kort samengevat, het volgende ten grondslag gelegd. Met een tweetal andere vakbonden is FNV partij bij de CAO voor de Gemaksvoedingsindustrie. Holding B.V. is de enig aandeelhouder en bestuurder van de Snacks, Grootverbruik en Logistiek. Snacks en Grootverbruik houden zich bezig met de vervaardiging van bereide vlees- en vismaaltijden en de groothandel in snacks. Logistiek verleent diensten voor het vervoer over land en water ten behoeve van Snacks en Grootverbruik. Holding, Snacks, Grootverbruik en Logistiek vormen een fiscale eenheid. De vier vennootschappen vormen tezamen één onderneming. Binnen die onderneming wordt tenminste 50% van de verloonde arbeid besteed aan de productie van of groothandel in gemaksvoeding. In elk geval bedraagt de omzet van de gemaksvoeding ten minste 50% van de totale omzet. Om die reden is de cao op hen van toepassing. Ook indien zij niet ten minste 50% van de verloonde arbeid besteden aan de productie van of groothandel in gemaksvoeding is de cao van toepassing, omdat op de onderneming geen andere cao van toepassing is. In dat geval is de cao van toepassing op grond van artikel 1.3 van de cao. Holding c.s. voeren hiertegen verweer. De vier vennootschappen kunnen niet als één onderneming worden beschouwd. De cao definieert het begrip 'onderneming' niet, maar wel het begrip 'werkgever'. Voor de beoordeling wat moet worden verstaan onder de 'onderneming' dient daarom aansluiting te worden gezocht bij de definitie van het werkgeversbegrip. In dat geval dienen alle vier de gedaagden als aparte, zelfstandige ondernemingen te worden beschouwd. Zij zijn alle vier zelfstandige werkgevers. Van die vier is de cao alleen van toepassing op Snacks. De andere drie gedaagden zijn geen lid van de werkgeversorganisatie die bij de totstandkoming van de cao partij is (AKSV) en om die reden zijn zij niet gebonden aan de cao. Uitgaande van de werkzaamheden die worden verricht binnen Holding, Grootverbruik en

Logistiek vallen deze ook niet onder de werking van de cao.

Het hof oordeelt als volgt. Werkgever kende tot in ieder geval 1 januari 2013 een vennootschapsstructuur, waarbij ten minste vier vennootschappen actief waren (Holding, Logistiek, Grootverbruik en Snacks). Holding was daarbij enig aandeelhouder in de andere vennootschappen, terwijl als bestuurders in die andere vennootschappen telkens dezelfde personen optraden. In Holding waren de staf en allerlei de andere vennootschappen ondersteunende diensten (waaronder transport en verkoop) ondergebracht, terwijl Snacks zich met name richtte op het produceren van gemaksvuoding zelf en Grootverbruik op het verhandelen daarvan. In die zin zijn de activiteiten in de diverse vennootschappen (Holding, Snacks en Grootverbruik) complementair te achten. Daarbij is het naar het oordeel van het hof nauwelijks meer van belang dat al deze op zich te onderscheiden activiteiten in verschillende vennootschappen zijn/waren ondergebracht, nu de samenhang van deze activiteiten evident is en dit ook haar vertaling heeft gevonden in de wijze waarop deze activiteiten op elkaar zijn afgestemd. Productie en Groothandel zijn immers nauw met elkaar verbonden (waarbij het minder van belang is dat Grootverbruik ook andere producten verkoopt dan de door Snacks geproduceerde gemaksvuoding), terwijl beide onderdelen worden bediend door Holding. In Holding zijn alle hiervoor benodigde ondersteunende diensten ondergebracht evenals de centrale leiding van de 'groep X'. Aldus is er naar het oordeel van het hof sprake van een onderneming in de zin van de cao, die zich richt op productie én de groothandel in gemaksvuoding (art. 1.1 van de cao). Daarbij hebben de activiteiten van de Holding een afhankelijk karakter in die zin dat bij de toepassing van het hoofdzakelijkheids criterium (50% of meer) ook behoren te worden betrokken de arbeidsuren die in de onderneming worden gemaakt door anderen dan de werknemers die de in lid 1 onder 1 van de cao genoemde werkzaamheden verrichten, teneinde deze werknemers daartoe in staat te stellen of hun daartoe de noodzakelijke ondersteuning te bieden (vgl. ook HR 24 februari 2012, *JAR* 2012/94 (Vector)). Voor deze uitleg van het begrip onderneming in de zin van de cao geldt verder het volgende. De cao definieert het begrip 'onderneming' niet. Niet valt in te zien waarom 'onderneming' in de zin van de cao beperkt zou moeten blijven tot één rechtspersoon. Evengoed kan worden aangesloten bij hetgeen in het algemeen, naar spraakgebruik, onder 'onderneming' verstaan wordt, waaronder ook kan worden begrepen een organisatie van ondernemingen die een economische eenheid vormt. Het hof ziet daartoe mede aanleiding om de volgende reden. De ratio van (een) de werkingssfeerbepaling in de(ze) cao zou naar het oordeel van het hof geweld worden aangedaan, indien een dergelijke feitelijke samenhang van op elkaar afgestemde activiteiten binnen een groep of een concern met als gevolg de toepasselijkheid van een cao, zou kunnen worden doorbroken door de betreffende min of meer op elkaar afgestemde activiteiten onder te brengen in afzonderlijke vennootschappen, ook al vormen die vennootschappen telkens ieder voor zich een eigen juridische entiteit. Dat

deze entiteiten zich vervolgens al dan niet afzonderlijk lenen voor een activa- en passivatransactie, zoals in het onderhavige geval, maakt dat niet anders.

Met het oordeel dat werkgever is aan te merken als een onderneming in de zin van artikel 1.1 van de CAO voor de Gemaksv voedingsindustrie, doet zich de vraag voor wat het juridische gevolg is van de omstandigheid dat uitsluitend Snacks lid is van de Algemene Kokswaren en Snackproducenten Vereniging, die als zodanig partij was bij het tot stand komen van de (opvolgende) cao's. Nu een daaruit voortvloeiende directe gebondenheid van Snacks op grond van artikel 9 Wet CAO geldt, rijst immers de vraag of die directe gebondenheid in dit geval dan tevens geldt voor de gehele X groep. Wanneer dat laatste immers niet het geval is, zouden de werknemers in Holding, Grootverbruik en Logistiek slechts rechten kunnen ontlenen aan de betreffende cao's in de periode(s) van algemeenverbindendverklaring van de respectieve cao's. Het hof overweegt als volgt. Wanneer slechts één vennootschap binnen een onderneming, welke onderneming als zodanig en in haar geheel onder de werkingssfeer van een cao valt, lid is van een vereniging die de overeenkomst in de vorm van een cao is aangegaan en daarom ingevolge artikel 9 Wet CAO rechtstreeks is gebonden, levert een dergelijke omstandigheid in beginsel niet eveneens een soortgelijke binding op voor de overige onderdelen van die onderneming. Het betreft in dat laatste geval immers juridisch zelfstandige entiteiten, die zelf geen lid zijn van die vereniging. Wanneer anders zou worden aangenomen, zou een en ander leiden tot een vervaging van de uitdrukkelijk in artikel 9 Wet CAO neergelegde binding. De omstandigheid dat die andere entiteiten voor wat betreft de werkingssfeer van de cao samen met Snacks zijn te beschouwen als één onderneming doet daar niet aan af, ook al leidt dit mogelijk tot een ongelijke behandeling van werknemers binnen die onderneming als geheel. Van bijzondere omstandigheden die tot een ander oordeel zouden kunnen leiden is niet gebleken. De conclusie dient dan te zijn dat slechts in de periodes van algemeenverbindendverklaring van de CAO voor de Gemaksv voedingsindustrie Holding, Grootverbruik en Logistics gehouden waren de betreffende cao toe te passen, voor zover de bepalingen daarvan algemeen verbindend zijn verklaard. En uiteraard slechts tot het moment dat bij hen nog werknemers in dienst waren zo rond 1 januari 2013. Een meer precieze datum is op dit moment niet aan te geven gezien het ontbreken van meer exacte gegevens omtrent de datum van overgang van onderneming van de verschillende vennootschappen.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 03-02-2015

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2015:294

Zaaknummer: HD 200.129.191/01

Rechters: C.M. Aarts, M. van Ham en P.P.M. Rousseau

Advocaten: M.J.M. Postma en M.R. Meijer

Wetsartikelen: 9 Wet CAO, Algemene Kokswaren en Snackproducenten Vereniging en CAO voor de Gemaksvoedingsindustrie

RECHTSPRAAK

Ambulante Thuiszorg/werkneemster

Recht op tewerkstelling (Chelbi/Klene).

Werkneemster is bij ATZ op 1 augustus 2008 in dienst getreden voor 16 uur per week in de functie van OB-AB Begeleider op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd tot 1 augustus 2009. Daarna is een arbeidsovereenkomst gesloten van 1 augustus 2009 tot 1 februari 2010 en vervolgens van 1 februari 2010 tot 1 februari 2011, voor dezelfde functie en wederom met een werkweek van 16 uur. Werkneemster heeft de werkzaamheden na 1 februari 2011 voortgezet. Tussen partijen is een geschil ontstaan over de vraag of zij sinds 1 februari 2011 in dienst is voor 16 uur per week of op basis van een urencontract. De kantonrechter heeft geoordeeld dat sprake is van een dienstverband van 16 uur per week. In hoger beroep staat de vraag centraal of werkneemster ook recht heeft op tewerkstelling.

Het hof oordeelt als volgt. De toewijsbaarheid van een vordering van een werknemer om in de gelegenheid gesteld te worden de overeengekomen arbeid (of andere passende arbeid) te verrichten, moet worden beoordeeld aan de hand van de algemene maatstaf van artikel 7:611 BW, waarin is vastgelegd dat een werkgever verplicht is zich als een goed werkgever te gedragen. De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 12 mei 1989 (ECLI:NL:HR:1989:AC2497, NJ 1989/801 (Chelbi/Klene)) hieromtrent overwogen dat in het algemeen gesproken deze maatstaf voor een vordering tot tewerkstelling meebrengt dat de toewijsbaarheid afhangt van de aard van de dienstbetrekking, van de overeengekomen arbeid en van de bijzondere omstandigheden van het geval. De Hoge Raad heeft in zijn voornoemde arrest van 12 mei 1989 voorts overwogen dat een werkgever die zijn werknemer de gelegenheid tot het verrichten van arbeid ontnemt op een grond waarvan de juistheid door de werknemer wordt betwist, er in beginsel rekening mee moet houden dat deze werknemer niet alleen aanspraak zal kunnen maken op doorbetaling van loon, maar ook op hervatting van de arbeid. In beginsel zal daarom van de werkgever kunnen worden gevergd dat hij met het oog op een mogelijke gegrondheid van die aanspraak, de mogelijkheid van hervatting van de overeengekomen arbeid openhoudt. Het hof neemt tot uitgangspunt dat een werknemer in beginsel een zwaarwegend belang heeft bij het kunnen verrichten van de overeengekomen arbeid, aangezien arbeid een mogelijkheid biedt tot zelfontplooiing, sociale contacten, ontwikkeling van identiteit en

eigenwaarde en als vorm van maatschappelijke participatie (vgl. *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 1). Van een goed werkgever mag dan ook worden gevergd dat hij de werknemer de mogelijkheid biedt de overeengekomen arbeid te verrichten, tenzij er een redelijke en voldoende zwaarwegende grond is om de werknemer die mogelijkheid te onthouden.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 03-02-2015

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2015:329

Zaaknummer: HD 200.137.991_01

Advocaten: R.M.J. Schoonbrood en R.C. Breuls

Wetsartikelen: 7:611 BW

RECHTSPRAAK

Bos/De Wit

Proeftijd dient schriftelijk bij aangaan van de arbeidsovereenkomst te zijn overeengekomen. Tijdens de eerste weken van de arbeidsovereenkomst alsnog een cao incorporeren met een ruimere proeftijdregeling is niet rechtsgeldig.

De Wit is per 8 oktober 2012 in dienst getreden van Bos, in de functie van PR-manager. De arbeidsovereenkomst is aangegaan voor de duur van negen maanden. De schriftelijke overeenkomst die is gedateerd 8 oktober 2012, is op 26 of 29 november 2012 door werknemster ondertekend. Artikel 2.2 van deze overeenkomst bepaalt dat de eerste twee maanden als proeftijd gelden. Krachtens artikel 10 van de arbeidsovereenkomst is op de arbeidsovereenkomst de CAO Tuincentra van toepassing. In deze cao is bepaald dat ongeacht de duur van de arbeidsovereenkomst sprake is van een proeftijd van twee maanden. De Wit is op 29 november 2012 met een beroep op de proeftijd ontslagen. De centrale vraag is of het proeftijdbeding rechtsgeldig is overeengekomen.

Het hof oordeelt als volgt. Ingevolge artikel 7:652 lid 2 BW dient de proeftijd schriftelijk te worden overeengekomen en wel – krachtens artikel 7:652 leden 3 en 4 BW – bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst. Het vierde lid van artikel 7:652 BW bepaalt dat bij het aangaan van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd een proeftijd van ten hoogste één maand kan worden overeengekomen, indien de arbeidsovereenkomst is aangegaan voor minder dan twee jaren. Het zesde lid van deze bepaling bepaalt dat van het vierde lid slechts bij collectieve arbeidsovereenkomst of bij regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan kan worden afgeweken ten nadele van de werknemer. In dit geval gaat het om een overeengekomen proeftijd van twee maanden, met een proeftijdontslag in de tweede maand, bij een arbeidsovereenkomst met een looptijd van negen maanden. Aangezien tussen partijen vaststaat dat de schriftelijke arbeidsovereenkomst, die is gedateerd op 8 oktober 2012 en waar in artikel 2.2 een proeftijd van twee maanden is opgenomen, die niet eerder dan op 26 of 29 november 2012 door De Wit is ondertekend, is dit proeftijdbeding in strijd met de wet en niet binnen de proeftijd van een maand schriftelijk overeengekomen. Waar tevens tussen partijen vaststaat dat De Wit op 29 november 2012 is ontslagen, komt Bos geen beroep toe op voormeld

proeftijdbeding in artikel 2.2 van de arbeidsovereenkomst.

Bos heeft zich voorts beroepen op het proeftijdbeding uit de CAO Tuincentra (art. 2.3 van deze cao), welke cao krachtens artikel 10 van de arbeidsovereenkomst op de arbeidsovereenkomst van toepassing is. De volgende vraag die het hof dient te beantwoorden is of hier sprake is van de uitzondering van het zesde lid. De desbetreffende cao is niet algemeen verbindend verklaard noch zijn Bos of De Wit aan deze cao gebonden doordat zij lid zijn van een der cao-sluitende partijen. De cao is, ook naar partijen stellen, uitsluitend door incorporatie op de arbeidsovereenkomst van De Wit als Public Relations Manager van toepassing geworden. Ingevolge HR 20 december 2002, ECLI:NL:HR:2002:AF2166 (Bollemeijer/TPG) rechtvaardigt in beginsel ook een dergelijke door incorporatie toepasselijke cao dat de daarin vervatte afwijking van zogeheten drie kwart bindend recht, op de desbetreffende arbeidsovereenkomst van toepassing is. In dit geval is de arbeidsovereenkomst met het incorporatiebeding evenwel eerst op schrift gesteld nadat de termijn van één maand van artikel 7:652 lid 4 BW reeds was verstreken. Naar 's hofs oordeel kan in dit geval het alsnog van toepassing verklaren van de CAO Tuincentra op het punt van afwijkend beding voor de duur van een proeftijd niet meer ten nadele van de werknemer werken. Bos heeft nog aangevoerd dat ook de toepasselijkheid van de CAO Tuincentra reeds tevoren mondeling zou zijn overeengekomen. Naar 's hofs oordeel kan dit Bos evenwel niet baten. Vast staat immers dat in de volledige eerste maand waarin de arbeidsovereenkomst heeft geduurd er niets tussen partijen op papier stond, noch een proeftijdbeding noch een schriftelijke verwijzing naar de toepasselijkheid van de cao. Het schriftelijkheidsvereiste van artikel 7:652 lid 2 BW brengt met zich dat er ten minste enige schriftelijke neerslag van het proeftijdbeding aanwezig is, en bij een proeftijd die uitsluitend op een incorporatiebeding is gestoeld betekent dit dat het beding, om de hier aan de orde zijnde gelding als bedoeld in artikel 7:652 lid 6 BW te verkrijgen, schriftelijk moet zijn aangegaan opdat de werknemer duidelijk weet waar hij aan toe is (vgl. Hof Leeuwarden 9 november 2005, ECLI:NL:GHLEE:2005:AU5980). Het hof gaat derhalve aan de bewijsaanbiedingen zijdens Bos op dit punt voorbij als niet ter zaken dienend. De hiervoor gestelde vraag beantwoordt het hof dan ook in ontkennende zin. Een en ander brengt mee dat niet is voldaan aan het vereiste van een schriftelijk proeftijdbeding bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst, zodat Bos de met De Wit afgesloten arbeidsovereenkomst niet rechtsgeldig op 29 november 2012 met onmiddellijke ingang heeft opgezegd. Aldus is Bos ex artikel 7:677 lid 2 BW schadeplichtig geworden jegens De Wit en kan De Wit ex artikel 7:677 lid 4 BW recht doen gelden op betaling van gefixeerde schadevergoeding, zoals bepaald in artikel 7:680 BW. Zoals de kantonrechter met juistheid heeft overwogen bestaat deze schadevergoeding uit het loon voor de periode dat de arbeidsovereenkomst bij regelmatige opzegging had behoren voort te duren, in dit geval de periode vanaf 29 november 2012 tot 7 juli 2012. In beginsel dient Bos dan ook het loon over deze periode als gefixeerde

schadevergoeding aan De Wit te voldoen.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 03-02-2015

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2015:715

Zaaknummer: 200.136.842/01

Rechters: L. Groefsema, J.H. Kuiper en D.H. de Witte

Advocaten: P. van Lingen en G.E. van der Pijl-Groenestein

Wetsartikelen: 7:652 BW en 7:677 BW

RECHTSPRAAK

Caribbean Teleview Services N.V./de bemiddelaar, bedoeld in artikel 1 van de Arbeidsgeschillenlandsverordening

Geschil tussen werkgever en bemiddelaar inzake referendum welke vakvereniging bepaalde categorieën werknemers mag vertegenwoordigen.

Ingevolge artikel 14a lid 1 van de Arbeidsgeschillenlandsverordening, voor zover thans van belang, kan de bemiddelaar op verzoek van de werkgever of het bestuur van een vakvereniging van werknemers een referendum houden onder één of meer door hem te bepalen categorieën van werknemers in een bedrijf, teneinde vast te stellen, welke vakverenigingen door de meerderheid van die werknemers wordt aangewezen om hen bij de behartiging van hun arbeidsaangelegenheden te vertegenwoordigen. Ingevolge het derde lid deelt de bemiddelaar de werkgever en de desbetreffende vakverenigingen van werknemers de uitslag van het referendum zo spoedig mogelijk schriftelijk mede. Ingevolge het vierde lid is de werkgever verplicht omtrent het aangaan van een collectieve arbeidsovereenkomst te onderhandelen met het bestuur van de vakvereniging van werknemers die bij het referendum door de meerderheid van de werknemers werd aangewezen om hen bij de behartiging van hun arbeidsaangelegenheden te vertegenwoordigen.

Het Gemeenschappelijk Hof van Justitie Aruba c.s. oordeelt als volgt. Artikel 2 lid 3 van het Arbeidsvredebesluit III, noch enige andere wettelijke bepaling, verplicht de bemiddelaar om de door hem binnen een onderneming onderscheiden categorieën van werknemers bij afzonderlijke beschikking vast te stellen. Voor zover de werkgeefster beoogd heeft te betogen dat de bemiddelaar de groep werknemers, behorend tot het managementteam, ten onrechte niet als afzonderlijke categorie heeft erkend, faalt het betoog evenzeer. Tijdens op 27 maart 2013 tussen de bemiddelaar, de werkgeefster en de SMCU gevoerd overleg heeft de bemiddelaar de werkgeefster en de SMCU op de voet van artikel 2 lid 1 van het Arbeidsvredebesluit III gehoord over de vraag, welke categorie of categorieën van werknemers voor deelname aan het referendum in aanmerking komen. Blijkens het in zoverre niet weersproken verslag van dat overleg bestond tussen de bemiddelaar, de werkgeefster en SMCU overeenstemming dat onderscheiden moest worden tussen de categorieën

werknemers, managementteam en managers. Dat de bemiddelaar het managementteam als afzonderlijke categorie in aanmerking heeft genomen, blijkt uit de omstandigheid dat hij de werkgeefster, alvorens over deelname van die groep aan het referendum te beslissen, in de gelegenheid heeft gesteld haar standpunt daarover nader toe te lichten. Voorts blijkt de erkenning als afzonderlijke categorie uit de omstandigheid dat de bemiddelaar de beschikking, waarbij hij heeft bepaald dat die categorie voor deelname aan het referendum in aanmerking komt, afzonderlijk van die voor de categorie werknemers aan de werkgeefster heeft verzonden. De werkgeefster betoogt dat de bemiddelaar heeft beschikt in strijd met beginselen van ongeschreven recht, waaronder het materiële en formele zorgvuldigheidsbeginsel, door bij haar in eerste instantie de verwachting te wekken dat werknemers, behorend tot de categorie managementteam, niet tot deelname aan het referendum zouden worden toegelaten en daarop later, zonder daarover met haar te overleggen, terug te komen. Tijdens voormeld overleg op 27 maart 2013 werd geen overeenstemming bereikt over deelname aan het referendum door de categorie managementteam. SMCU stond op het standpunt dat alle werknemers, inclusief het managementteam, eraan moesten deelnemen, terwijl de werkgeefster die groep er niet aan wilde laten deelnemen. De bemiddelaar heeft vervolgens bij wijze van compromis voorgesteld dat alle werknemers aan het referendum zouden meedoen, maar dat twee stembussen zouden worden opgesteld: één voor werknemers behorend tot het managementteam, en één voor de overige werknemers. Mocht blijken dat een meerderheid van de kiezers uit het managementteam tegen SMCU stemde, dan zouden zij alsnog van de 'bargaining unit' worden uitgesloten. SMCU stemde direct met dit voorstel in, de werkgeefster wilde eerst overleg voeren op het hoofdkantoor. Voorts werd afgesproken dat de werkgeefster haar standpunt dienaangaande op 3 april 2013 aan de bemiddelaar zou mededelen. Dat de bemiddelaar de werkgeefster bij brief van 3 april 2013 op de hoogte stelde van deelname door de categorie werknemers, waarover tussen de werkgeefster en SMCU geen verschil van mening bestond, geeft onder die omstandigheden geen grond voor het oordeel dat de bemiddelaar bij de werkgeefster daarmee het rechtens te honoreren vertrouwen heeft gewekt dat de categorie managementteam niet aan het referendum zou deelnemen, nu dat in die brief niet was medegedeeld en de bemiddelaar voorts de werkgeefster bij brief van 4 april 2013, dat wil zeggen de dag, nadat hij haar standpunt inzake deelname van het managementteam aan het referendum ontving, heeft bericht omtrent de deelname van het managementteam. Ook anderszins geeft het aangevoerde daartoe geen grond. Reeds om die reden faalt het betoog.

Instantie: Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba

Datum uitspraak: 15-12-2014

ECLI: ECLI:NL:OGHACMB:2014:94

Zaaknummer: HLAR 68062/13

Rechters: E.J. van der Poel, R.W.L. Loeb en J.E.M. Polak

Advocaten: J.G. Bloem en A.A. Kraaijeveld

Wetsartikelen: 1 Arbeidsgeschillenlandsverordening en Arbeidsvredesbesluit

RECHTSPRAAK

Delta Pompen B.V./werknemer

Nu in arbeidsovereenkomst geen relatie- en concurrentiebeding is overeengekomen, kan werkgever daar niet op terugkomen door in kort geding te vorderen dat het werknemer wordt verboden werkgever concurrentie aan te doen en relaties van werkgever te benaderen.

Werknemer is op 20 april 2004 in dienst getreden bij Delta Pompen. Hij was onder meer verantwoordelijk voor de acquisitie, verkoop van de producten (prijnsbeleid), de automatisering en het klantcontact. Delta Pompen exploiteert een onderneming die zich onder meer bezighoudt met de (groot)handel in pompen. In de tussen partijen gesloten arbeidsovereenkomst is noch een non-concurrentiebeding noch een relatiebeding opgenomen. In 2014 is Delta Pompen in contact gekomen met een nieuwe relatie: Derek Lane. Werknemer heeft zijn arbeidsovereenkomst per 1 januari 2015 opgezegd. Op 22 december 2014 is werknemer op staande voet ontslagen. Als reden wordt vermeld dat werknemer contact heeft opgenomen met Derek Lane en heeft aangeboden de order van Delta Pompen uit het systeem te halen en vanuit zijn nieuwe onderneming dezelfde pompen tegen betere condities te leveren. Delta Pompen vordert werknemer te verbieden om gedurende een periode van één jaar direct of indirect via een derde klanten van Delta Pompen te benaderen, gebruik of misbruik te maken van informatie opgedaan bij Delta Pompen en Delta Pompen op onrechtmatige wijze concurrentie aan te doen.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Partijen hebben bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst geen aanleiding gezien een concurrentie- en/of relatiebeding overeen te komen. In dat geval geldt als uitgangspunt dat het een werknemer vrijstaat zijn voormalig werkgever te beconcurreren. Dit geldt ongeacht of dit direct (met een eigen onderneming) of indirect (in dienst van een andere onderneming) gebeurt. Met haar vorderingen komt Delta Pompen in feite op haar keuzes terug. De aard van een kortgedingprocedure brengt met zich dat in een dergelijke procedure geen, althans niet opnieuw, rechten en verplichtingen ten principale tussen partijen kunnen worden vastgesteld. De vorderingen van Delta Pompen worden afgewezen. Met betrekking tot de door werknemer gevorderde gefixeerde schadevergoeding, beroept Delta Pompen zich op verrekening met haar vordering uit hoofde

van de wettelijke schadevergoeding, waarop zij recht heeft nu werknemer haar een dringende reden heeft gegeven voor een ontslag op staande voet. Over de door werknemer gevorderde gefixeerde schadevergoeding (en de dringende reden) zal in een bodemprocedure moeten worden geoordeeld, zodat ook deze vordering wordt afgewezen.

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 06-02-2015

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2015:600

Zaaknummer: 3744580 CV EXPL 15-96

Rechters: H.R.K. Valk

Advocaten: R. Kroon en A. Kalatozova

Wetsartikelen: 7:653 BW, 7:677 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Rockmart B.V./werknemer

Ontbinding arbeidsovereenkomst per 1 april 2015 wegens verstoorde arbeidsrelatie. Er wordt geen vergoeding toegekend, omdat werknemer al sedert medio december 2014 met behoud van loon is vrijgesteld van arbeid.

Werknemer is sinds 1 januari 2013 bij Rockmart in dienst (per 7 juli 2014 voor onbepaalde tijd) als algemene hulpkracht. Rockmart verzoekt de arbeidsovereenkomst tussen partijen te ontbinden, waaraan zij – na wijziging ter zitting – ten grondslag heeft gelegd gewijzigde omstandigheden, te weten een verschil van inzicht over het uitoefenen van de functie, waardoor de arbeidsrelatie zodanig is verstoord dat van een vruchtbare samenwerking geen sprake meer kan zijn, hetgeen een voortzetting van het dienstverband onmogelijk maakt. Werknemer verzet zich gemotiveerd tegen inwilliging van dit verzoek, maar onderkent niettemin ter zitting de noodzaak het dienstverband wegens voormelde reden te beëindigen.

De kantonrechter is van oordeel dat aannemelijk is geworden dat de arbeidsverhouding tussen partijen inmiddels dusdanig verstoord is geraakt, dat zinvolle voortzetting daarvan onmogelijk is geworden. Al hetgeen partijen over en weer hebben gesteld rechtvaardigt de conclusie dat er een verandering in de omstandigheden is, zonder dat partijen elkaar daarvan een verwijt maken, maar die wel van dien aard is dat de arbeidsovereenkomst behoort te eindigen. De kantonrechter zal de arbeidsovereenkomst ontbinden met ingang van 1 april 2015, zonder dat daarbij aan werknemer een vergoeding zal worden toegekend, nu hij al sedert medio december 2014 met behoud van loon is vrijgesteld van arbeid.

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 05-02-2015

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2015:997

Zaaknummer: 3827669 AZ VERZ 15-19

Rechters: I.M. Etman

Advocaten: D.D.J.M. Gulpers en C.M. de Wijs

Wetsartikelen: 7:685 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Suit Supply B.V.

Artikel 7:610b BW is van toepassing op oproepovereenkomst met uitgestelde prestatieplicht. Afwijkende referteperiode van een jaar.

Werknemer is sinds 2009 in dienst van Suit Supply (hierna: Su Su). Hij is werkzaam op basis van een oproepovereenkomst met uitgestelde prestatieplicht. Werknemer vordert met een beroep op artikel 7:610 BW dat voor recht wordt verklaard dat de arbeidsovereenkomst vanaf 1 augustus 2013 een feitelijke omvang heeft van 152 'daadwerkelijk gewerkte' uren per maand. Hij vordert betaling van achterstallig loon.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Anders dan Su Su verdedigt, pleit weinig voor haar opvatting dat het contract van werknemer (en kennelijk evenzeer van 63 andere werknemers in haar dienst) zo specifiek op flexibele inzet afgestemd is (naar opzet én uitvoering), dat artikel 7:610b BW zich niet voor toepassing op de onderhavige rechtsverhouding leent. Juist in een arbeidsverhouding die bestendigheid in de tewerkstelling laat zien, komt er een moment dat de werknemerspartij die van de werkgever geen duidelijkheid krijgt over de periodieke omvang van de tewerkstelling (althans het aanbod daartoe), daarover meer zekerheid verlangt. Het voorschrift van artikel 7:655 BW dat de werkgever de werknemer schriftelijk informeert over een aantal belangrijke elementen van overeenkomst en tewerkstelling omvat niet voor niets 'de gebruikelijke arbeidsduur per dag of per week'. Zie in dit verband ook het arrest van Gerechtshof Amsterdam 5 augustus 2014 (*JAR* 2014/223, m.nt. Bruyninckx) en de daar aangehaalde alleszeggende wetsgeschiedenis.

De door Su Su voorgestane referteperiode van drie maanden wordt niet gevolgd. Werknemer heeft begin 2013 zijn beroep op artikel 7:610b BW vooraangekondigd, waarna gesprekken hebben plaatsgevonden. Vanaf oktober 2013 zijn de gewerkte uren sterk verminderd. Su Su was na de zomer van 2013 in alle opzichten voorbereid op een claim van werknemer en kon daar vanuit haar gezagspositie op anticiperen om de 'schade' te beperken. Daargelaten of zij dit (om die reden) gedaan heeft, is het billijk het tijdvak 1 oktober 2013 tot 2 januari 2014 niet in de referentieperiode te betrekken. Ook de keuze van werknemer echter kan niet leiden tot een in het licht van de gehele feitelijke constellatie in voldoende mate representatief beeld van de gemiddelde tewerkstelling. Werknemer doet namelijk exact het tegengestelde van Su Su:

hij kiest als referentieperiode bij uitstek de zes maanden waarin de arbeidsinzet in vergelijking met de maanden daarvoor en die daarna naar verhouding extra hoog was. Wel aanvaardbaar komt het de kantonrechter daarom voor om met 1 oktober 2013 als peildatum (wegens het terugvallen van het werk in die maand én het feit dat werknemer voor Su Su na september 2013 niet meer 'onmisbaar' was als invalkracht) een heel jaar als referentieperiode te nemen: 1 oktober 2012 tot 1 oktober 2013. De optelsommen leiden tot urenaantallen van gemiddeld 109,26 zuivere uren respectievelijk 128,65 verloonde uren per maand. Een uitkomst die lager ligt dan werknemer vordert, maar tegelijkertijd de subsidiaire stellingname van Su Su aanmerkelijk overtreft. Deze uitkomst kan heel wel voor recht verklaard worden als de situatie per 1 oktober 2013, maar daarmee is de arbeidsovereenkomst nog niet op ieder (later) moment gefixeerd. In die kennelijk door werknemer voor de toekomst verlangde vorm valt geen verklaring van recht af te geven. Artikel 7:610b BW geeft immers een richtsnoer voor de omvang van de bedongen arbeid (en dus het loon) 'in enige maand', zodat strikt genomen van maand tot maand een nieuw gemiddelde (met een verschuivende referentieperiode) bepaald zou moeten worden. De beste weg zou dan ook zijn dat partijen zich naar aanleiding van dit vonnis (alsnog/wederom) beraden over de aan dit oordeel te verbinden consequenties voor wat betreft de actuele inhoud van de arbeidsovereenkomst. Wel komt werknemer per 1 oktober 2013 een loonvordering toe die overeenstemt met bovenvermelde vaststelling van het gemiddelde arbeidspatroon zoals dat zich tot deze datum ontwikkeld had. De wettelijke verhoging wordt gematigd en gefixeerd.

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 04-02-2015

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2015:961

Zaaknummer: 3062585 CV EXPL 14-5699

Rechters: H.W.M.A. Staal

Advocaten: A.L.W.G. Houtakkers en A.J.C. Theunissen

Wetsartikelen: 7:610b BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Beuk Horeca B.V.

Werkgever handelt onzorgvuldig door werknemer te degraderen, hem onterecht op staande voet te ontslaan en re-integratieverplichtingen onvoldoende na te leven en is op grond van artikel 7:611 BW aansprakelijk voor (im)materiële schade (ernstige psychische klachten) werknemer.

Werknemer is sinds 1998 in dienst van Beuk Horeca als chef. Op 21 maart 2008 is werknemer intern overgeplaatst. Werknemer heeft zich die dag ziek gemeld. De bedrijfsarts heeft vastgesteld dat werknemer psychische klachten heeft. Op dinsdag 27 mei 2008 is werknemer op staande voet ontslagen, omdat de directeur van Beuk Horeca in een telefoongesprek door werknemer is bedreigd, althans zich bedreigd gevoeld heeft. De kantonrechter heeft op 15 juli 2009 geoordeeld dat het gegeven ontslag geen stand kon houden. Op 30 november 2010 heeft het Gerechtshof Amsterdam dit vonnis bekrachtigd. Na het veroordelend vonnis heeft Beuk Horeca het (achterstallig) loon betaald en de verzuimbegeleiding hervat. De loondoorbetaling is na 104 weken gestopt. Er is geen formele procedure gevoerd, gericht op de beëindiging van de arbeidsovereenkomst, zodat de arbeidsrelatie formeel nog bestaat. Werknemer vordert een verklaring voor recht, inhoudende dat Beuk Horeca aansprakelijk is voor alle schade die voortvloeit en nog zal voortvloeien uit de op non-actiefstelling, het onterecht gegeven ontslag en de onvoldoende re-integratie-inspanningen van Beuk Horeca. Voorts vordert hij betaling van € 45.654,85 ter zake van inkomstenderving en € 8.000 ter zake van immateriële schade. Werknemer grondt de aansprakelijkheid op de arbeidsovereenkomst dan wel een onrechtmatige daad van Beuk Horeca.

De kantonrechter oordeelt als volgt. In de kern verwijt werknemer Beuk Horeca gedragingen binnen de arbeidsovereenkomst, alsmede het onterecht gegeven ontslag op staande voet, waardoor bij werknemer tot op heden voortdurende psychische klachten zijn ontstaan. Met Beuk Horeca gaat de kantonrechter ervan uit dat werknemer heeft beoogd de vordering in te stellen op grond van artikel 7:611 BW. Dit artikel legt op de werkgever de verplichting om zich als goed werkgever te gedragen. Zowel de kantonrechter als het hof hebben in de loonvordering, na het beluisteren van de opname van dit telefoongesprek, geoordeeld dat

werknemer daarin niet bedreigend overkwam en dat er geen reden was om hem op staande voet te ontslaan. Beuk Horeca was bekend met de psychische klachten die werknemer inmiddels ontwikkeld had. De degradatie en het ontslag op staande voet kunnen noch naar inhoud noch naar de wijze van totstandkoming als zorgvuldig worden gezien. Daarnaast is Beuk Horeca tekortgeschoten in de re-integratieverplichtingen. Deze elkaar opvolgende onzorgvuldige gedragingen van Beuk Horeca rechtvaardigen een schadevergoeding op grond van schending van artikel 7:611 BW.

Enige psychische decompensatie bij de degradatie was te voorzien. Door het onterechte ontslag op staande voet was verdere en ernstigere decompensatie eveneens te verwachten. De aard van de overtreden norm rechtvaardigt in het licht van de voorzienbare schade slechts toerekening van een beperkt deel van de schade en niet de gehele. Het niet correct naleven van de re-integratieverplichtingen (tot aan het vonnis van de rechtbank) maakt wel dat toerekening over een ruimere periode plaats moet vinden. De totale periode waarover toerekening van inkomensschade kan plaatsvinden stelt de kantonrechter op vier jaar. Nog ruimere toerekening is niet op zijn plaats, ook omdat uit de rapportages van behandelend psychiater volgt dat het tijdens de behandeling *aanvankelijk* vooral over het probleem met Beuk Horeca ging, maar dat er ook andere stressoren waren, zoals huisvestingsproblemen en familiale omstandigheden. Bij de toekenning van de aangevraagde WIA-uitkering was het uitgangspunt dat een meer dan geringe kans op herstel bestond, hetgeen ook iets zegt over de voorzienbaarheid van de schade en de mate waarin toerekening kan plaatsvinden. Alles afwegende wordt de materiële schade becijferd over een periode van vier jaar aan het handelen van Beuk Horeca toegerekend. Daarnaast wordt een bedrag van € 5.000 aan immateriële schade toegewezen. Voor wat betreft de materiele schade moet uitgegaan worden van het verschil tussen het inkomen dat werknemer verdiende en het inkomen dat werknemer feitelijk gegenereerd heeft. De zaak wordt aangehouden, zodat partijen zich kunnen uitlaten over de inkomensschade van werknemer.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 21-01-2015

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2015:552

Zaaknummer: 3327362 UC EXPL 14-12913

Rechters: J.O. Zuurmond

Advocaten: M.J. Hoogendoorn en H.C.W. Geffroy

Wetsartikelen: 7:611 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Coöperatieve Centrale Raiffeisen Boerenleenbank B.A.

Werknemer stelt centrale Rabobank op grond van onrechtmatige daad aansprakelijk wegens het bieden van onvoldoende bescherming op grond van de klokkenluidersregeling. Centrale Rabobank is geen werkgever en onzorgvuldig handelen vertrouwenscommissie is onvoldoende onderbouwd. Afwijzing vorderingen. Baijngsleer.

Werknemer is met ingang van 15 april 1991 bij de rechtsvoorganger van Rabobank Noord-Kennemerland in dienst getreden in de functie van adviseur verzekeringen. Op 30 maart 2007 is de arbeidsovereenkomst ontbonden onder toekenning van een vergoeding van € 35.000 bruto. Geoordeeld is dat niet aannemelijk is geworden dat werknemer – zoals hij heeft gesteld maar door de Rabobank is weersproken – dient te worden aangemerkt als een klokkenluider. Per 1 mei 2007 is werknemer in dienst getreden bij de Rabobank Midden West-Friesland. Dit is de Rabobank Noord-Kennemerland eerst later ter ore gekomen. De kantonrechter heeft de ontbindingsbeschikking op het punt van de vergoeding herzien, omdat werknemer niet heeft gemeld dat hij een nieuwe baan heeft. De vergoeding is vastgesteld op € 17.500 bruto. De arbeidsovereenkomst tussen werknemer en de Rabobank Midden West-Friesland is per 1 november 2013 geëindigd. Werknemer stelt in de onderhavige procedure dat de centrale Rabobank onrechtmatig jegens hem heeft gehandeld. De centrale Rabobank heeft met name niet gezorgd voor de bescherming waarop werknemer recht had op grond van de klokkenluidersregeling en de 'Rolbeschrijving Vertrouwenspersoon'. Hij vordert vergoeding van materiële en immateriële schade.

De rechtbank oordeelt als volgt. Van een onrechtmatige daad of tekortschieten door de centrale Rabobank jegens werknemer is geen sprake. De klokkenluidersregeling vermeldt dat 'de werkgever' er zorg voor draagt dat de medewerker als gevolg van de melding van een misstand op geen enkele wijze in zijn positie bij de werkgever zal worden benadeeld, voor zover hij te goeder trouw handelt. Onder 'de werkgever' dient in dit verband te worden verstaan de Rabobank Noord-Kennemerland, en niet de centrale Rabobank. In de

klokkenluidersregeling heeft de centrale bank zich echter wel verplicht een Vertrouwenscommissie in het leven te roepen en in stand te houden, welke commissie is ingesteld teneinde meldingen van misstanden te onderzoeken. Werknemer stelt in dit verband dat de werkwijze van de commissie zeer onzorgvuldig is geweest. Hij heeft echter ten onrechte volstaan met een algemene opsomming van de activiteiten van de commissie. Het had op zijn weg gelegen aan te geven op welke punten de commissie niet heeft gehandeld overeenkomstig de taakomschrijving in de klokkenluidersregeling en/of anderszins zeer onzorgvuldig is geweest. De vordering van werknemer is overigens evenmin toewijsbaar omdat het causaal verband tussen de door hem gestelde schade en het handelen van de commissie ontbreekt. Voor zover werknemer schade heeft geleden doordat de arbeidsovereenkomst is ontbonden, is die schade niet veroorzaakt door (het uitblijven van bescherming tegen) zijn melding en/of zijn optreden als vertrouwenspersoon. De kantonrechter heeft immers expliciet overwogen dat niet aannemelijk is geworden dat werknemer als klokkenluider dient te worden aangemerkt. Op die grond is de arbeidsovereenkomst dus niet (mede) ontbonden.

Werknemer vordert in de kantonzaak na wijziging van de eis dezelfde veroordeling van de Rabobank als hij in de handelszaak tegen de centrale Rabobank heeft gevorderd. Ook deze vorderingen worden afgewezen. Onder verwijzing naar de Baijingsleer (HR 24 oktober 1997, JAR 1997/248) wordt geoordeeld dat de kantonrechter bij het bepalen van de ontbindingsvergoeding het beroep van werknemer op de klokkenluidersregeling heeft meegewogen. Ook de gevorderde immateriële schadevergoeding wordt afgewezen, omdat werknemer in de ontbindingsprocedure uitgebreid uiteen heeft gezet hoe hij de bejegening door de Rabobank heeft ervaren. Er moet dus van worden uitgegaan dat de kantonrechter met die omstandigheid bij de bepaling van ontbindingsvergoeding rekening heeft gehouden.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 14-01-2015

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2015:93

Zaaknummer: C/16/348110 / HA ZA 13-524

Rechters: P. Krepel

Advocaten: R.H. Edens en F.W.G. Ambagtsheer

Wetsartikelen: 6:162 BW en 7:685 BW

RECHTSPRAAK

BSO Zus en Zo B.V./werkneemster

Afwijzing verzoek ontbinding arbeidsovereenkomst 60-jarige pedagogisch medewerkster. Hoewel werkneemster niet naar behoren functioneert, is niet komen vast te staan dat een verbetertraject is doorlopen.

Werkneemster (60 jaar) is op 11 december 2008 in dienst getreden van de BSO in de functie van pedagogisch medewerker/groepsleider. De BSO houdt zich bezig met buitenschoolse opvang van kinderen in de leeftijd van 4 tot 13 jaar. BSO verzoekt ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens disfunctioneren en voert daartoe het volgende aan. Er hebben zich in de afgelopen jaren enkele incidenten rondom het functioneren en het handelen van werkneemster voorgedaan. Zij schiet tekort in haar functioneren. De rode lijn daarin is dat zij moeite heeft met hectiek/stress, grenzen stellen, overzicht en overzicht hebben op de groep, duidelijk en consequent zijn omtrent de regels en kunnen improviseren als een onvoorziene gebeurtenis daar om vraagt. Het werken met (een groep) kinderen vereist snelheid en alertheid. Werkneemster is traag in haar handelen en niet alert genoeg om in te grijpen voordat er een incident gebeurt. Het is voor de BSO zelfs zo ernstig dat zij thans geen groep kinderen meer durft toe te vertrouwen aan werkneemster, terwijl het zelfstandig en alleen in de groep staan het werk van de groepsleider is. Een tweede groepsleider in de groep is simpelweg financieel niet haalbaar.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Vast is komen te staan dat werkneemster niet naar behoren functioneert, ook niet nadat zij is overgeplaatst naar een kleinere groep, op een andere locatie. In het bijzonder is gebleken dat werkneemster moeite heeft om leiding/gezag in een groep te hebben en voldoende overzicht te houden, daar waar er in die groep een zorgkindje om extra aandacht vraagt, naast de andere kinderen in de groep. Die conclusie rechtvaardigt niet zonder meer ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Van de BSO mag in de gegeven omstandigheden, in het bijzonder gelet op de relatief hoge leeftijd van werkneemster, worden verwacht dat zij haar werknemer daarin steun en begeleiding biedt, zo nodig met behulp van een coach. Ter zitting heeft de BSO aangegeven dat zij coachinggesprekken met werkneemster heeft gevoerd. Werkneemster heeft dat gemotiveerd

weersproken. De kantonrechter heeft uit de door de BSO in het geding gebrachte stukken niet kunnen vaststellen dat dergelijke coachinggesprekken zijn gevoerd. Uit niets blijkt dat de BSO anderszins heeft ingegrepen om het tij te keren, bijvoorbeeld door een verbeterplan op te stellen en werkneemster te begeleiden daarin, terwijl een dergelijk initiatief van haar, als goed werkgever, toch mocht worden verlangd. Volgt afwijzing van het ontbindingsverzoek.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 24-12-2014

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2014:10801

Zaaknummer: 3541193 VZ VERZ 14-13903

Rechters: L.J. van Die

Advocaten: J.F.M.J.H. van Aken

Wetsartikelen: 7:685 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Imtech Industry International B.V.

Voor non-actiefstelling werknemer wegens declaratiegedrag bestaat onvoldoende grond. Niet aannemelijk dat werknemer werkgever bewust heeft trachten te benadelen. Kenbare regels over ter beschikking gestelde gelden ontbreken. Toewijzing gevorderde wedertewerkstelling

Werknemer is in dienst van Imtech, laatstelijk in de functie van Projectleider. Vanwege zijn declaratiegedrag gedurende de periode dat hij als expat aan een project heeft gewerkt is hij op non-actief gesteld. Werknemer stelt dat hij ten onrechte op non-actief is gesteld en voert het volgende aan. Imtech heeft aanvankelijk weliswaar aangegeven dat er iets mis zou zijn met het declaratiegedrag, maar zij heeft toen nagelaten om aan te geven wat er precies mis was en waarom bepaalde door werknemer gedeclareerde bedragen uit zijn declaraties zijn geschrapt. Nadien heeft Imtech zich opeens op het standpunt gesteld dat sprake is van oneigenlijk gebruik van financiële middelen door werknemer, hetgeen hij uitdrukkelijk betwist. Ook de gestelde vertrouwensbreuk is door Imtech niet aannemelijk gemaakt, aldus werknemer. Werknemer dient, zodra hij weer arbeidsgeschikt is, onverwijld tot zijn werkzaamheden te worden toegelaten dan wel, indien de bedrijfsarts dat bevorderlijk acht voor zijn herstel, in staat te worden gesteld om binnen Imtech te re-integreren.

Naar het oordeel van de kantonrechter heeft Imtech werknemer op non-actief gesteld zonder dat daarvoor een redelijke grond aanwezig was. Niet aannemelijk is gemaakt dat werknemer bewust gelden heeft besteed op een andere wijze dan de bedoeling was. Tussen partijen is niet in geschil dat tijdens Imtech aan werknemer een budget is toegekend voor de kosten van huishoudelijke hulp tijdens zijn verblijf in plaats X. Indien werknemer dit budget volledig aan huishoudelijke hulp had besteed, dan was het ter beschikking gestelde bedrag daarmee geheel opgesoupeerd en was er van de kant van Imtech hoogstwaarschijnlijk geen enkel bezwaar geuit tegen de(ze) besteding van het budget. In dit geval staat vast dat er van het voor huishoudelijke hulp aan werknemer ter beschikking gestelde bedrag maandelijks een bedrag overbleef. Aan Imtech kan worden toegegeven dat werknemer zich over de besteding van dit overschot had moeten verstaan met (zijn leidinggevend(en) bij) Imtech, met de vraag of het

hem vrijstond dit overschot naar eigen inzicht te besteden. Dat is in dit geval niet gebeurd. Dit verzuim van werknemer – dat qua financiële omvang ook vrij beperkt was – rechtvaardigde echter niet het opleggen van een zwaarwegende maatregel als het op non-actief stellen van werknemer. Mede tegen de achtergrond van het langdurige dienstverband en diens – naar mag worden aangenomen, nu het tegendeel niet is gesteld – behoorlijke functioneren in al die jaren, had van Imtech mogen worden verwacht dat zij deze kwestie op een andere manier had opgelost, bijvoorbeeld door ‘een goed gesprek’ en/of zo nodig door werknemer een waarschuwing te geven. Tevens weegt mee dat niet gebleken is van kenbare regels binnen de organisatie van Imtech over de besteding van aan expats ter beschikking gestelde gelden. Imtech heeft ook niet aannemelijk weten te maken welk zwaarwegend belang gediend was met het verlengen van de non-actiefstelling. Nieuwe onvolkomenheden waren, zoals Imtech zelf stelt, niet gebleken, terwijl werknemer na zijn op non-actiefstelling nota bene heeft aangeboden om het bedrag waarvoor Imtech zich kennelijk benadeeld acht, voor zijn rekening te nemen. De door werknemer gevorderde wedertewerkstelling wordt toegewezen.

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 18-11-2014

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2014:6750

Zaaknummer: 3482054 \ VV EXPL 14-110

Rechters: G.J.J. Smits

Advocaten: G. Berghuis en R. van der Stap

Wetsartikelen: 7:611 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/X c.s.

Aan werknemer kan niet worden tegengeworpen dat met uitgetreden vennoot de afspraak is gemaakt dat hij verantwoordelijk blijft voor de helft van het loon van werknemer. Werkgever (VOF) dient volledige loon te betalen.

Werknemer is voor onbepaalde tijd in dienst. Hij is met ingang van 9 oktober 2013 arbeidsongeschikt als gevolg van ziekte. X is een vennootschap onder firma. De vennoten waren aanvankelijk Y en de heer A. A is uitgetreden en zijn plaats is ingenomen door de heer B. Over de maand juli 2014 heeft werknemer slechts de helft van zijn loon ontvangen, over de maand augustus 2014 heeft hij helemaal geen betaling ontvangen. Werknemer vordert betaling van achterstallig loon.

De kantonrechter oordeelt als volgt. X en Y hebben als verweer gevoerd dat, toen A zich terugtrok als vennoot binnen de VOF, tussen deze en Y de afspraak is gemaakt dat A voor de helft verantwoordelijk zou blijven voor de betaling van het loon van werknemer. De kantonrechter is van oordeel dat, wat er van deze gestelde afspraak ook moge zijn, dit niets afdoet aan de verplichting van X als werkgever om het loon aan werknemer tijdig en volledig te betalen en aan de verplichting van Y om, als vennoot van X in te staan voor de nakoming van de verplichtingen van X. Indien X c.s. menen dat A op basis van gemaakte afspraken verantwoordelijk is voor de betaling van de helft van dit loon, is dat een afspraak tussen de voormalige vennoten van X waar werknemer geen deel van uitmaakt. X is dan ook, tot het moment waarop de arbeidsovereenkomst rechtsgeldig is beëindigd, gehouden het volledige loon aan werknemer te betalen. X c.s. worden veroordeeld om aan werknemer te betalen de helft van het loon over de maand juli 2014 ten bedrage van € 344,97 netto en € 689,44 netto over de maand augustus 2014 tot het moment dat de arbeidsovereenkomst tussen partijen rechtsgeldig is beëindigd, te vermeerderen met de wettelijke verhoging ex artikel 7:625 BW ad 50% over het te laat betaalde loon.

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 24-09-2014

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2014:8253

Zaaknummer: 3367886 CV EXPL 14-9332

Rechters: B.R.M. de Bruijn

Advocaten: G. Nymeijer

Wetsartikelen: 7:628 BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/werkgeefster

Niet-tijdige loonbetaling doordat accountant – die in het kader van de afwikkeling van de beëindigingsovereenkomst opdracht had gekregen alle financiële zaken met werkneemster af te handelen – hier niet aan is toegekomen, komt voor rekening werkgeefster. Geen matiging wettelijke verhoging.

Werkneemster is sinds 1 juli 2008 in dienst in de functie van pedagogisch medewerker. Op 31 juli 2014 is een beëindigingsovereenkomst gesloten, inhoudende dat de arbeidsovereenkomst met ingang van 1 oktober 2014 eindigt. Werkneemster behoudt over de periode 1 augustus 2014 tot en met 30 september 2014 aanspraak op loon, maar is vrijgesteld van haar werkzaamheden. Als uiterste betaaldatum van het loon over een maand heeft te gelden de eerste dag van de volgende maand. Het loon over de maand juli 2014 heeft werkgeefster eerst bij betaling van 4 september 2014 voldaan. Werkneemster vordert betaling van een bedrag van € 1.985 aan achterstallig loon.

De kantonrechter stelt vast dat ter zitting is gebleken dat werkgeefster het nog verschuldigd zijnde loon over de maanden juli, augustus en september 2014, alsmede het opgebouwde vakantiegeld aan werkneemster heeft voldaan. Thans resteren nog de betalingen die zien op de vergoeding van de wettelijke verhoging van 50% over het te laat betaalde loon, de wettelijke rente, de buitengerechtigde incassokosten, alsmede de proceskosten. Werkgeefster heeft niet betwist dat zij over juli 2014 loon is verschuldigd aan werkneemster en dat zij dit niet tijdig – dat wil zeggen uiterlijk op 1 augustus 2014 – heeft betaald. De wettelijke verhoging wordt tot 4 september 2014 toegewezen over het brutoloon ad € 1.958 met inachtneming van het bepaalde in artikel 7:625 lid 1 BW. Als reden voor de niet-tijdige betaling is naar voren gebracht dat de accountant, die in het kader van de afwikkeling van de beëindigingsovereenkomst opdracht had gekregen alle financiële zaken met werkneemster af te handelen voor 31 augustus 2014, dit vanwege persoonlijke omstandigheden niet heeft gered. Dit komt voor rekening en risico van werkgeefster. Voor matiging van de wettelijke verhoging wordt geen aanleiding gezien. De wettelijke rente wordt vanaf 1 augustus 2014 tot aan 4 september 2014 toegewezen. De wettelijke rente over de wettelijke verhoging wordt toegewezen vanaf de dag van dagvaarding,

omdat gesteld noch gebleken is dat ten aanzien van dit bedrag op een eerder tijdstip het verzuim is ingetreden.

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 15-09-2014

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2014:7959

Zaaknummer: 3368113 CV EXPL 14-9333

Rechters: B.R.M. de Bruijn

Advocaten: D.J.B. Loo en M.C. Lahaije

Wetsartikelen: 7:625 BW en 7:628 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgever

Herhaaldelijke schending van controlevoorschriften wordt gekwalificeerd als ‘bijkomende omstandigheden’ als bedoeld in het arrest Vixia/Gerrits. Ontslag op staande voet rechtsgeldig.

Werknemer is sinds 20 november 2011 krachtens een mondelinge arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd in dienst in de functie van barman. Hij is sinds november 2012 arbeidsongeschikt. Per 16 april 2014 heeft werkgever de loonbetaling opgeschort. Bij brief van 26 juni 2014 is werknemer op staande voet ontslagen wegens herhaaldelijke schending van controlevoorschriften tijdens ziekte. Werknemer heeft zich op de vernietigbaarheid van het ontslag beroepen. Hij heeft een loonvordering ingesteld.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Vraag in dit geschil is of op terechte gronden het loon van werknemer vanaf 16 april 2014 tot 26 juni 2014 (de dag van het ontslag op staande voet) is opgeschort en of het ontslag op staande voet rechtsgeldig is. Voldoende aannemelijk is dat werknemer de controlevoorschriften heeft geschonden. Hij is ondanks waarschuwing herhaaldelijk niet op het spreekuur van de bedrijfsarts verschenen. Waarschijnlijk zal de rechter in een eventuele bodemprocedure tot het oordeel komen dat werkgever het loon van werknemer mocht opschorten. Werkgever heeft werknemer conform het bepaalde in artikel 7:629 lid 7 BW in kennis gesteld van (de grond van) het opschorten van de loonbetaling. De loonvordering over de periode 16 april 2014 tot 26 juni 2014 wordt afgewezen.

Ten aanzien van het ontslag op staande voet en de loonvordering vanaf 26 juni 2014 wordt als volgt geoordeeld. Voor het niet-naleven van controlevoorschriften is in beginsel opschorting van het loon de aangewezen sanctie. Echter de Hoge Raad (HR 8 oktober 2004, JAR 2004/259 (Vixia/Gerrits)) heeft ook bepaald dat dit niet uitsluit dat de niet-naleving van de bedoelde voorschriften gepaard gaat met andere feiten en omstandigheden die, in onderlinge samenhang, wél het oordeel wettigen dat een zodanige dringende reden aanwezig is. In het onderhavige geval is sprake van dergelijke bijkomende omstandigheden. Werknemer is stelselmatig zonder bericht niet op het spreekuur van de bedrijfsarts verschenen. De werknemer is daarbij herhaalde malen gewaarschuwd dat hij zich aan de regels diende te

houden en hij is gewezen op de gevolgen (loonopschorting en eventueel ontslag) wanneer hij dat niet zou doen. De waarschuwingen, de mededelingen dat bij niet-naleving van de voorschriften opschorting van het loon zal plaatsvinden, het daadwerkelijk overgaan tot het opschorten van het loon, alsmede het dreigen met ontslag hebben alle niet het gewenste effect gehad. Daarnaast is werknemer ook enkele malen niet bereikbaar geweest voor zijn werkgever. Volgt afwijzing van de vorderingen.

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 15-09-2014

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2014:7965

Zaaknummer: 3275179 Cv EXPL 14-8351

Rechters: W.J.J. Beurskens

Advocaten: R.H.I. Degens

Wetsartikelen: 7:629 BW, 7:660a BW, 7:677 BW en 7:678 BW

RECHTSPRAAK

**werkneemster/Coöperatieve vereniging Rabobank Utrecht
e.o. u.a. c.s.**

***Schadeberekening na onjuist gebruik gegevens integriteitsonderzoek
door werkgever.***

(Vervolg tussenvonnis.) Het gaat in deze zaak om een schadeberekening na onjuist gebruik van gegevens van een integriteitsonderzoek door Rabobank. De kantonrechter komt tot het oordeel dat voor het vaststellen van de schade van werkneemster het tweede rapport van de rekenkundige als uitgangspunt moet worden genomen. Reeds in het tussenvonnis van 29 augustus 2012 is overwogen dat diens benadering een juiste is. In haar akte na genoemd tussenvonnis heeft werkneemster daartegenover een bruto berekening ingebracht, die door haar (raadsman) is opgesteld, maar die niet steeds helder is. Dit is tijdens de comparitie van partijen ook besproken, waarbij de berekening minutieus is nagelopen. Daar komt nog bij dat de rekenkundige tijdens de comparitie van partijen heeft meegedeeld dat hij op basis van de berekeningen van werkneemster tot een iets lager totaal schadebedrag zou komen. Deze berekening van werkneemster zal dan ook niet tot uitgangspunt in de nu te nemen beslissing worden genomen. Het voorgaande leidt tot het eindoordeel dat de inkomensschade van werkneemster over de perioden waarover Rabobank aansprakelijk is wordt vastgesteld op € 61.624,37. Dit bedrag dient vermeerderd te worden met de wettelijke rente. De wettelijke rente moet berekend worden vanaf de vervaldata van de diverse loonbetalingen vanaf 1 augustus 2006 tot en met 31 januari 2009 en vanaf 1 september 2009 tot en met 31 maart 2012. De pensioenschade wordt vastgesteld op € 71.988,28.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 18-12-2013

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2013:7222

Zaaknummer: 720765 UC EXPL 10-18343

Rechters: A.S. Penders

Advocaten: M.F.J. Martens en M.C. van Deventer

RECHTSPRAAK

werkgeefster/werknemer

Monteur verricht tijdens arbeidsongeschiktheid en in strijd met arbeidsovereenkomst concurrerende werkzaamheden bij een ander garagebedrijf. Ontbinding zonder toekenning vergoeding.

Werknemer is sinds 1 oktober 2007 bij werkgeefster in dienst. Hij is werkzaam in de functie van 1e monteur. Op 14 november 2012 heeft hij zich ziek gemeld naar aanleiding van een auto-ongeval. Blijkens het 'Actueel oordeel bij de probleemanalyse WIA' van het UWV van 3 juli 2014 was werknemer op dat moment nog voor 100% arbeidsongeschikt, waren er geen arbeidsmogelijkheden binnen spoor 1 en spoor 2, en zou hij 'binnen kort voor WIA keuring' gaan. Met ingang van 12 november 2014 is aan werknemer een loongerelateerde WGA-uitkering toegekend. Blijkens een rapport van het door werkgeefster ingeschakelde bureau RBZ Recherche (hierna: RBZ) van 8 november 2014 heeft RBZ op 17, 22 en 29 oktober 2014 observaties verricht, waarbij – kort gezegd – bij de eerste twee observaties is geconstateerd dat werknemer werkzaamheden uitvoerde bij garagebedrijf BPNW. Werkgeefster verzoekt om ontbinding van de arbeidsovereenkomst zonder toekenning van een vergoeding. Volgens werkgeefster had werknemer het sleutelen bij BPNW bij haar en de bedrijfsarts moeten melden. Door de handelwijze van werknemer en zijn leugenachtige opstelling is het vertrouwen van werkgeefster in werknemer onherstelbaar en duurzaam geschaad.

De kantonrechter is van oordeel dat werkgeefster niet in strijd met het goed werkgeverschap heeft gehandeld door, nadat zij van werknemers te horen heeft gekregen dat werknemer werkzaamheden verricht bij BPNW, recherchebureau RBZ in te schakelen teneinde de situatie te laten onderzoeken alvorens werknemer hierop aan te spreken. De door werkgeefster gevolgde procedure getuigt van zorgvuldigheid, nu zij werknemer niet heeft aangesproken naar aanleiding van uitlatingen 'van horen zeggen', maar zij de uitlatingen eerst op waarheid heeft willen (laten) onderzoeken. Voorts mocht van werknemer worden verwacht dat, zodra dat hij meermaals dagen verbleef bij garagebedrijf BPNW en hij daar enige activiteiten ontplooië (al dan niet enkel 'voor zichzelf'), hij dit direct zou meedelen aan zowel werkgeefster als de bedrijfsarts. Werknemer heeft hierover gezwegen en aldus relevante informatie achtergehouden. Van een arbeidsongeschikte medewerker mag worden verwacht

dat hij alles in het werk stelt om (zo snel mogelijk) terug te keren in zijn eigen functie en daar past het door werknemer tentoongespreide gedrag niet in. Voldoende aannemelijk is geworden dat werknemer tijdens zijn arbeidsongeschiktheid en in strijd met zijn arbeidsovereenkomst concurrerende werkzaamheden bij een ander garagebedrijf heeft uitgevoerd. Werknemer heeft zijn verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst dusdanig ernstig geschonden, dat van werkgeefster niet langer kan worden gevergd het dienstverband te laten voortduren. Volgt ontbinding zonder toekenning van een vergoeding.

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 29-01-2015

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2015:723

Zaaknummer: 3681307 AZ VERZ 14-268

Rechters: J.F.W. Huinen

Advocaten: R.S. Paulus en S.X.J. Zuidema

Wetsartikelen: 7:611 BW en 7:685 BW

RECHTSPRAAK

Chipsoft B.V./werknemer

Gokverslaafde werknemer belt ruim 10.000 keer met zakelijke telefoon naar betaalnummer, hetgeen is aan te merken als onrechtmatige daad. Ontslag op staande voet niet onverwijld gegeven. Dringende reden ontbreekt, omdat werknemer zijn gedrag vanwege de gokverslaving niet kan worden verweten.

Werknemer is in dienst van Chipsoft. Op 8 november 2013 heeft werknemer gemeld dat hij met de door Chipsoft ter beschikking gestelde mobiele telefoon had gegokt en dat hij in verband daarmee ten laste van het bedrijf aanzienlijke telefoonkosten had veroorzaakt. Op 18 november 2013 heeft werknemer zich ziek gemeld en aan Chipsoft bericht dat hij zich zou laten opnemen in een verslavingskliniek. Op 15 januari 2014 is werknemer op staande voet ontslagen op de grond dat hij op grove wijze misbruik heeft gemaakt van de ter beschikking gestelde telefoon, door daarmee ook tijdens kantoortijden duizenden keren te bellen naar een betaalnummer met het doel daarmee zelf geld te winnen ten koste van Chipsoft. Werknemer heeft zich op de vernietigbaarheid van het ontslag beroepen. De arbeidsovereenkomst is op 10 maart 2014 voorwaardelijk ontbonden, zonder toekenning van een vergoeding. Chipsoft vordert dat werknemer veroordeeld zal worden tot betaling van € 11.806,78 voor vergoeding telefoonkosten, € 6.792,58 wegens gefixeerde schadevergoeding, € 4.253,74 aan studiekosten en € 545 wegens proceskosten in de ontbindingsprocedure.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Vaststaat dat werknemer op rekening van Chipsoft op oneigenlijke wijze gebruik heeft gemaakt van de door Chipsoft ter beschikking gestelde mobiele telefoon en overige communicatiefaciliteiten. Dit is aan te merken als een onrechtmatige daad. Voor de toerekening is opzet of schuld aan de kant van werknemer niet vereist. Nu vaststaat dat de telefoonkosten zijn gemaakt, is de enkele suggestie van werknemer dat Chipsoft deze uiteindelijk niet hoeft te vergoeden aan haar provider onvoldoende om aan te nemen dat deze schade niet daadwerkelijk door Chipsoft is geleden. De vordering tot betaling van de door werknemer veroorzaakte telefoonkosten wordt toegewezen.

Ten aanzien van de geldigheid van het ontslag op staande voet wordt geoordeeld dat het ontslag niet onverwijld is gegeven. Blijkens haar eigen stellingen had Chipsoft op 18 december 2014 (na ontvangst van de brief van T-Mobile van 16 december 2014) voldoende inzicht in de door werknemer veroorzaakte schade. Van dat inzicht heeft Chipsoft naar eigen zeggen met name de te nemen maatregel afhankelijk gesteld. Na 18 december 2013 heeft Chipsoft echter nog vier weken gewacht met het geven van het ontslag. Die termijn is te lang om nog van een onverwijldde maatregel te kunnen spreken. Voorts wordt geoordeeld dat er voldoende reden is om aan te nemen dat werknemer indertijd zodanig onder invloed was van zijn verslaving, dat zijn gedrag hem niet verweten kan worden. Een indicatie is het ongelofelijke aantal van 10.000 keer dat hij heeft gebeld. Een dergelijk aantal wijst zonder meer in de richting van dwang. Deze opvatting wordt ook ondersteund door het oordeel van de verzekeringsarts van 8 juli 2014. Dat zijn gedraging werknemer niet valt te verwijten leidt ertoe dat, onder de geschetste omstandigheden, niet van een dringende reden kan worden gesproken. De gevorderde gefixeerde schadevergoeding wordt afgewezen. Nu de dringende reden ontbreekt, dient op de vordering van de betaling van de telefoonkosten het tot 10 maart 2014 ingehouden salaris in mindering te worden gebracht. De vordering tot terugbetaling van de studiekosten wordt door werknemer niet betwist, zodat deze toewijsbaar is. De vordering tot betaling van de proceskosten in de ontbindingsprocedure wordt afgewezen, aangezien deze veroordeling kan worden geëxecuteerd met de gegeven beschikking.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 26-01-2015

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2015:487

Zaaknummer: 3148083 \ CV EXPL 14-16636

Rechters: T.M.A. van Löben Sels

Advocaten: R.M. Berendsen en C.J. de Lange

Wetsartikelen: 6:162 BW, 7:677 BW en 7:678 BW