

Nieuwsbrief AR Updates - Nummer 40, 2016

Nummer 40, 2016

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

Hoge Raad

Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2016:2224 30-09-2016

werkgever/werknemer

Hoge Raad, ECLI:NL:PHR:2016:917 30-09-2016

Europese Octrooi Organisatie/Vakbondsunie van het Europees Octrooibureau en Staff
Union of the European Patent Office

Hof

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2016:4313 29-09-2016

werknemers/Flex en curator

Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2016:2754 27-09-2016

werknemer/werkgever

Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2016:2699 27-09-2016

werkgever VOF/werknemer

Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2016:2716 27-09-2016

werknemer/Shell International B.V.

Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2016:2667 20-09-2016

werknemer/Stichting Geestelijke Gezondheidszorg Delfland

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2016:3734 13-09-2016

SOOB/X

Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2016:2721 13-09-2016

werknemer/Via Mio 's-Gravenhage BV

Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2016:2590 06-09-2016

werkneemster/Stichting Islamitisch Primair Onderwijs Rijnmond

Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2016:2722 24-08-2016

werknemer/werkgever

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2016:3426 23-08-2016

werkgever/werknemer

Rechtbank

[Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2016:8473](#) 29-09-2016

werkneemster/werkgever

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2016:5183](#) 28-09-2016

werknemer/werkgever

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:ROVE:2016:3728](#) 27-09-2016

Symbol B.V./werknemer

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2016:7329](#) 26-09-2016

Stichting TriviumLindenhof/werkneemster

[Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2016:8284](#) 26-09-2016

M.K.L. Holding B.V./werknemer

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2016:5141](#) 23-09-2016

werkgever/werknemer

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2016:7322](#) 23-09-2016

werkneemster/werkgeefster

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2016:5172](#) 21-09-2016

werknemer/Proact Netherlands B.V.

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2016:10561](#) 09-09-2016

werkneemster/Stichting Lucas Onderwijs

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2016:6037](#) 06-09-2016

werknemer/Securitas Kantoorpersoneel B.V.

[Rechtbank Zeeland-West-Brabant, ECLI:NL:RBZWB:2016:5936](#) 29-07-2016

werknemer/Odyssey Hotel Breda B.V.

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2016:6811](#) 13-07-2016

Tata Steel IJmuiden B.V./werkneemster

[Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2016:3248](#) 12-07-2016

werkneemster/Primera de Weiart

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2016:6762](#) 18-05-2016

Federatie Nederlandse Vakbeweging c.s./Nationale Stichting tot Exploitatie van Casinospelen in Nederland

Centrale Raad van Beroep

[Centrale Raad van Beroep, ECLI:NL:CRVB:2016:3508](#) 21-09-2016

[Centrale Raad van Beroep, ECLI:NL:CRVB:2016:3509](#) 21-09-2016

[Centrale Raad van Beroep, ECLI:NL:CRVB:2016:3511](#) 21-09-2016

[Centrale Raad van Beroep, ECLI:NL:CRVB:2016:3512](#) 21-09-2016

[Centrale Raad van Beroep, ECLI:NL:CRVB:2016:3493](#) 21-09-2016

Uitspraken zonder ECLI

[College voor de Rechten van de Mens](#) 27-09-2016

werknemer/Koninklijke Luchtvaart Maatschappij N.V. c.s.

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

[Rechtbank Oost-Brabant](#) 27-09-2016

werkgeefster/werknemer

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

- onbekend -

werknemster/Stichting Zorgorganisatie Het Hoge Veer

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Annotatie

[Rustig loon](#)

prof. mr. dr. A.R. Houweling

Annotatie

[Arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd naast een al eerder bestaande arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd leidt tóch tot twee privaatrechtelijke dienstbetrekkingen.](#)

mr. dr. E. van Vliet

Annotatie

[Rustig loon](#)

prof. mr. dr. A.R. Houweling

RECHTSPRAAK

**Europese Octrooi Organisatie/Vakbondsunie van het
Europees Octrooibureau en Staff Union of the European
Patent Office**

***Conclusie A-G: Europese Octrooi Organisatie komt beroep op
immunitet jegens vakbond wel toe. Geen schending van artikel 6
EVRM nu individuele rechtsgang bij commissie ILO openstaat.***

(Cassatieberoep van AR 2015-0307.) Europese Octrooi Organisatie (EOO) is een internationale publiekrechtelijke organisatie met 38 deelnemende lidstaten ('Verdragsluitende Staten'). EOO is in 1973 opgericht bij het Verdrag inzake de verlening van Europese octrooien (hierna: EOv) en heeft haar zetel te München. Eén van de organen van EOO, het Europees Octrooibureau, is gevestigd in München en heeft een onderdeel in Rijswijk. EOO heeft nieuwe regels uitgevaardigd waarin onder meer het recht op staken (onder condities) en de loonbetaling tijdens staken (inhoudingen) worden geregeld. In deze zaak over dit zogenoemde sociaal beleid binnen EOO staat de vraag centraal of het eventueel honoreren van een beroep op het aan EOO toekomende voorrecht van immunitet van jurisdictie een ontoelaatbare beperking van het recht op toegang tot de rechter in de zin van artikel 6 EVRM oplevert.

De advocaat-generaal (Vlas) concludeert als volgt. Uit de rechtspraak van het EHRM volgt dat het verlenen van immunitet van jurisdictie aan internationale organisaties in het kader van de beperking van het recht op toegang tot de rechter in de zin van artikel 6 EVRM, een legitiem doel dient (EHRM 18 februari 1999, 26083/94, r.o. 63 (Waite & Kennedy/Duitsland)). Bij de beantwoording van de vraag of toekenning van immunitet van jurisdictie aan een internationale organisatie in het kader van een geding bij de overheidsrechter is geoorloofd, acht het EHRM van belang ('a material factor') of de rechtzoekende beschikt over redelijke alternatieve middelen om de door het EVRM aan hem toegekende rechten effectief te kunnen beschermen ('whether the applicants had available to them reasonable alternative means to protect effectively their rights under the Convention'; r.o. 68 (Waite & Kennedy/Duitsland)) en komt het erop aan of, gelet op die alternatieve middelen, de immunitet van jurisdictie het

wezen van iemands recht op toegang tot de rechter aantast ('the limitation on their access to (...) courts (...) impaired the essence of their "right to a court"'); r.o. 73 (Waite & Kennedy/Duitsland)). Deze maatstaf is door het EHRM onder meer herhaald in zijn uitspraak in de zaak Klausecker/Duitsland (EHRM 29 januari 2015, 415/07, r.o. 62-64). In de zaak die thans in cassatie aan de orde is, rijst de vraag of sprake is van 'reasonable alternative means' voor VEOB en SUEPO om hun rechten onder het EVRM voldoende te waarborgen. Het gaat met name om het in artikel 11 EVRM gewaarborgde recht inzake de vrijheid van vereniging en het recht een vakvereniging op te richten. Het is vaste rechtspraak van het EHRM dat een vakbond in bepaalde situaties een beroep kan doen op artikel 11 EVRM. Hieruit volgt dat vakbonden ook een recht op toegang tot de rechter toekomt, zodat het recht voortvloeiend uit artikel 11 EVRM kan worden vastgesteld. De A-G merkt in dit verband nog op dat de door artikel 6 en 11 EVRM beschermde rechten individuele rechten zijn en geen collectieve rechten die niet door individuen zouden kunnen worden ingeroepen. Artikel 13 EOv en het Dienstreglement van EOO voorzien in een regeling van geschillen die zijn ontstaan tussen EOO en personeel of voormalig personeel van EOO. Uiteindelijk kan na het doorlopen van een interne procedure, ingevolge artikel 13 EOv beroep worden aangetekend bij ILOAT. Uit de rechtspraak van ILOAT volgt dat bij dit tribunaal door personeelsvertegenwoordigers die in die hoedanigheid optreden, een beroep kan worden gedaan op collectieve rechten en belangen van de gezamenlijke werknemers. Uiteraard kunnen ook de individuele werknemers voor hun rechten en belangen bij ILOAT opkomen en daarmee ook voor het recht van vakvereniging van artikel 11 EVRM. Weliswaar kunnen VEOB en SUEPO zelf niet bij ILOAT terecht – dit moet in cassatie als vaststaand worden aangenomen –, maar dit neemt niet weg dat de rechtsgang van ILOAT openstaat voor leden van de vakbonden en voor gekozen personeelsvertegenwoordigers, zodat 'reasonable alternative means' beschikbaar zijn om de door artikel 6 en 11 EVRM gegarandeerde rechten in de onderhavige situatie te beschermen. De A-G wijst in dit verband op de beslissing van het Arbeitsgericht München van 13 januari 2015 in een soortgelijke zaak tegen EOO als thans in cassatie aan de orde is en waarin het Duitse gerecht immuniteit van EOO heeft aanvaard. Het is voor de toets of de kern van het recht op toegang tot de rechter in de zin van artikel 6 lid 1 EVRM wordt aangetast, niet beslissend of de vakbonden zelf bij ILOAT terecht kunnen. Het recht op toegang tot de rechter dient te worden geplaatst in het licht van de omstandigheid dat anderen (individuele leden en gekozen personeelsvertegenwoordigers) voor hun onder artikel 11 EVRM gewaarborgde recht bij ILOAT kunnen opkomen, waarmee is gewaarborgd dat hun materiële rechten (en daarvan afgeleid die van VEOB en SUEPO) kunnen worden vastgesteld. In het onderhavige geval wordt de kern van het recht op toegang tot de rechter niet aangetast door het toekennen van immuniteit van jurisdictie aan EOO. Het honoreren van een beroep op immuniteit door EOO dient een legitiem doel gelet op haar functionele noodzaak en is niet disproportioneel. Dit

geldt ongeacht de vraag of aan VEOB en SUEPO zelfstandig rechten toekomen die onder het EVRM zijn gewaarborgd of dat zij optreden namens hun leden als belangenvertegenwoordiger. Ook in het eerste geval zijn er blijkens de toepasselijke beoordelingsmaatstaf van het EHRM voldoende middelen beschikbaar om hun materiële rechten onder het EVRM voldoende te waarborgen via de rechtsgang die bij ILOAT openstaat voor leden van VEOB en SUEPO en voor gekozen personeelsvertegenwoordigers. De A-G meent derhalve dat het middel in zoverre slaagt en dat het hof ten onrechte aan EOO geen immuniteit van jurisdictie heeft toegekend.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 30-09-2016

ECLI: ECLI:NL:PHR:2016:917

Zaaknummer: 15/02186

Wetsartikelen: 6 EVRM

RECHTSPRAAK

werkgever/werknemer

In strijd met de cao niet schriftelijk verlengen leidt tot arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd (en niet tot stilzwijgend verlengde tijdelijke arbeidsovereenkomst).

(Hoger beroep van AR 2015-0263.) Werknemer is op 1 november 2010 op basis van een schriftelijke arbeidsovereenkomst voor de tijd van twaalf maanden in dienst getreden van Philip Invest in de functie van Hoofd Financiën en Organisatie, tegen een brutosalaris van laatstelijk € 4.613,33. Op de arbeidsovereenkomst is middels incorporatie de CAO voor het Technisch Installatiebedrijf van toepassing. In de arbeidsovereenkomst is voorts bepaald dat de arbeidsovereenkomst na een jaar bij gebleken geschiktheid zal worden omgezet in één voor onbepaalde tijd. Op 9 oktober 2012 heeft werknemer zich ziek gemeld met vermoeidheidsverschijnselen. Bij brief van 10 oktober 2012 heeft Philip Invest aan werknemer bericht dat zijn contract per 31 oktober 2012 is afgelopen. Volgens het hof blijkt uit het feit dat de arbeidsovereenkomst na 31 oktober 2012 is voortgezet dat de arbeidsovereenkomst tussen partijen na 1 november 2011 voor onbepaalde tijd is voortgezet. Gegeven dit vermoeden was het aan Philip Invest om er tegenover werknemer duidelijk over te zijn dat de arbeidsovereenkomst met hem na 1 november 2011 niet voor onbepaalde tijd zou worden voortgezet, maar (slechts) voor de bepaalde duur van één jaar. Onduidelijkheid mag niet ten nadele van werknemer als werknemer komen. Naar het oordeel van het hof heeft Philip Invest aan werknemer deze duidelijkheid niet verschaft. Een schriftelijke door beide partijen ondertekende arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is niet opgemaakt. Het hof is bovendien, kort gezegd, van oordeel dat op grond van artikel 14 lid 1 cao een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd altijd schriftelijk moet worden gesloten, dat van een schriftelijke overeenkomst na 31 oktober 2011 in het onderhavige geval geen sprake is en dat de tussen partijen bestaande arbeidsovereenkomst na 31 oktober 2011 dus voor onbepaalde tijd is voortgezet. Een eventueel gestuurde e-mail kan, ook als deze, zoals Philip Invest betoogt, zou worden uitgeprint, niet worden aangemerkt als een op schrift gestelde arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 14 cao. Tegen dit oordeel keert Philip Invest zich in cassatie.

De advocaat-generaal (De Bock) concludeert als volgt. Uit de toezegging in artikel 3 van de arbeidsovereenkomst (bij gebleken geschiktheid volgt een vast dienstverband) mocht het hof terecht afleiden dat partijen de voortzetting als één voor onbepaalde tijd hadden bedoeld. Volgens de A-G volgt bovendien niet uit de cao-tekst dat er een onderscheid geldt tussen aangaan en voortzetten van het bepaaldetijdscontract. Voor beide momenten geldt 'schriftelijkheid'. Voor wat betreft de strekking van artikel 14 lid 1 cao is het volgende van belang. Blijkens artikel 13 cao is in de cao tot uitgangspunt genomen dat een dienstbetrekking wordt aangegaan voor onbepaalde tijd. Het artikel bepaalt immers dat 'de dienstbetrekking geacht [wordt] te zijn aangegaan voor onbepaalde tijd'. Dat verduidelijkt hetgeen in artikel 14 lid 1 cao is opgenomen, namelijk dat – in afwijking van het in artikel 13 bepaalde – een dienstbetrekking voor bepaalde tijd uitsluitend schriftelijk kan worden aangegaan. Uit beide bepalingen, in samenhang gezien, vloeit voort dat als partijen over de aard van de dienstbetrekking niets schriftelijk vastleggen, sprake is van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. De strekking van beide bepalingen is dan ook om duidelijkheid te verschaffen over de vraag of partijen een dienstbetrekking voor bepaalde of voor onbepaalde tijd zijn aangegaan. Die duidelijkheid strekt bovendien, zoals ook het hof heeft overwogen (r.o. 7.6.5 en 7.6.11) ten voordele van de werknemer, omdat wordt aangenomen dat bij het ontbreken van een schriftelijke arbeidsovereenkomst, sprake is van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Bescherming van de werknemer ligt derhalve eveneens besloten in de strekking van beide bepalingen.

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

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 30-09-2016

ECLI: ECLI:NL:HR:2016:2224

Zaaknummer: 15/03031

Rechters: E.J. Numann, C.A. Streefkerk, G. de Groot, M.V. Polak en C.E. Du Perron

Advocaten: K. Teuben en R.A.A. Duk

Wetsartikelen: 7:668 (oud) BW en 7:667 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Shell International B.V.

Per e-mail bereikte overeenstemming door niet noemen van voorbehoud.

Werknemer en Shell zijn uit elkaar gegaan. De centrale vraag is of tussen de gemachtigden van partijen per e-mail overeenstemming is bereikt over een onderdeel van de eindafrekening. De kantonrechter heeft geoordeeld dat partijen overeenstemming hebben bereikt over een 'correcte eindafrekening' in de e-mailcorrespondentie en dat het bedrag van die afrekening € 78.150,06 belooft. Dat deze afrekening achteraf beschouwd anders had moeten zijn naar aanleiding van nieuwe jurisprudentie over de wijze van berekening van vakantiedagen, zoals werknemer heeft gesteld, deed er naar het oordeel van de kantonrechter niet aan af dat partijen tot een vergelijk waren gekomen.

Het hof oordeelt als volgt. Naar het oordeel van het hof blijkt uit de e-mail van mr. X van 6 september 2010 onmiskenbaar dat – ook naar de mening van werknemer – overeenstemming was bereikt over een beëindigingsregeling. Van enig voorbehoud van rechten – waarin mr. X in de e-mailwisseling tot en met juni 2010 geregeld volhardde – is in deze e-mail van mr. X geen sprake (meer). Nu na de als geruststellend bedoelde inhoud van de e-mail van mr. Y van de zijde van werknemer kennelijk niet meer terug is gekomen op de kwestie van de finale kwijting, mocht Shell erop vertrouwen dat ook over dat beding overeenstemming was bereikt. Volgen verder nog wat passages over wettelijke rente over uitgekeerde ontslagvergoedingen.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 27-09-2016

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2016:2716

Zaaknummer: 200.169.563/01

Rechters: C.J. Frikkee, H.J. Vetter en A.J.P. van Beurden

Advocaten: I.I. Feenstra en S.F. Sagel

Wetsartikelen: 6:217 BW

RECHTSPRAAK

werkgever VOF/werknemer

Stilzwijgende voortzetting van de arbeidsovereenkomst. Voorwaardelijk ontslag op staande voet niet onverwijld verleend.

Werknemer is op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd in dienst getreden van de VOF. Deze arbeidsovereenkomst is stilzwijgend verlengd tot 1 januari 2013. Werknemer heeft zich in december 2012 ziek gemeld. De centrale vraag is of de arbeidsovereenkomst met werknemer stilzwijgend is voortgezet per 1 januari 2013, en indien ja of deze overeenkomst middels een voorwaardelijk ontslag op staande voet is geëindigd. Als reden voor het ontslag op staande voet wordt aangevoerd dat werknemer niet heeft gemeld dat er loonbeslagen waren betekend.

Het hof oordeelt als volgt. Uit de whatsappconversatie in januari 2013 leidt het hof af dat werknemer nog diverse werkzaamheden voor de VOF heeft verricht. Uit niets blijkt dat sprake is van enige tegenspraak (zie ook HR 19 oktober 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA6755). Dat de VOF niet de bedoeling had de arbeidsovereenkomst voort te zetten, doet hieraan niet af.

Wat het ontslag op staande voet betreft, oordeelt het hof dat werkgever reeds in januari 2013 bekend was met de loonbeslagen, maar eerst in februari de arbeidsovereenkomst voorwaardelijk heeft opgezegd. Dit is in strijd met de eis van onverwijld opzegging.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 27-09-2016

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2016:2699

Zaaknummer: 200.158.488/01

Rechters: R.S. van Coevorden, C.J. Frikkee en M. Flipse

Advocaten: A. Bosveld en L.P. Quist

Wetsartikelen: 7:667 BW, 7:668 BW en 7:677 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgever

Billijke vergoeding (art. 7:683 BW) is gemis aan loondoorbetaling gedurende de normaliter door werkgever te doorlopen ontbindingsprocedure tot aan de beëindigingsdatum. Geen recht op onregelmatige-opzeggingsvergoeding omdat artikel 7:683 BW hierin reeds voorziet.

Als onderdeel van een grote herstructurering en aandelenverkoop binnen het concern, treedt werknemer op 1 januari 2015 in dienst van MSFP. Op 4 september 2015 wordt werknemer op staande voet ontslagen omdat hij – zonder daartoe bevoegd te zijn – allerlei bestuurshandelingen zou hebben verricht (aangaan van leningen, aankoop van goederen, wegnemen van domeinnaam werkgever). Werknemer verzocht in eerste aanleg vernietiging van de opzegging. De kantonrechter overwoog evenwel dat geen sprake was van een gezagsverhouding en daardoor geen sprake kon zijn van een arbeidsovereenkomst. In hoger beroep verzoekt werknemer een billijke vergoeding ex artikel 7:683 BW.

Het hof oordeelt als volgt. Er is een schriftelijke overeenkomst. De enkele omstandigheid dat de loonbetalingen zijn verricht door een aan werkgever gelieerde vennootschap, namelijk door X Products, doet niet af aan het karakter van de betalingen: ook een derde kan de schuld van de debiteur immers voldoen (art. 6:30 lid 1 BW). Eveneens is sprake van een gezagsverhouding. Het kan zijn, zoals werkgever aanvoert, dat het – in het algemeen of in de Chinese gemeenschap in het bijzonder – niet aannemelijk is dat een dochter van 23 (of 25) jaar haar eigen vader als werknemer ‘aanstuurt’. Waar het echter om gaat is of de werkgever de bevoegdheid had om werknemer aanwijzingen te geven over de wijze waarop hij zijn werkzaamheden zou dienen te verrichten.

Vergoeding

De kantonrechter heeft – op basis van het onjuist gebleken oordeel dat er geen arbeidsovereenkomst bestond – het verzoek van werknemer tot vernietiging van het ontslag op staande voet ten onrechte afgewezen. Werknemer kiest ervoor geen herstel van de

arbeidsovereenkomst te verlangen maar vraagt toekenning van een billijke vergoeding. Hieruit volgt dat aan (een van) de voorwaarden waaronder werkgever haar tegenverzoek (voorwaardelijke ontbinding) heeft gedaan niet wordt voldaan, zodat ook het hof aan beoordeling van dat verzoek niet toekomt. De door werknemer gevorderde billijke vergoeding is toewijsbaar. Voor toewijzing van een vergoeding wegens onregelmatige opzegging bestaat geen grond nu de vergoeding van artikel 7:683 lid 3 BW een alternatief is voor herstel van de arbeidsovereenkomst. Het loon over de in acht te nemen opzegtermijn wordt verdisconteerd in de billijke vergoeding. Het verzoek tot veroordeling van werkgever tot betaling van het achterstallige loon, verhoogd met vakantietoeslag, namelijk van 1 juni 2015 tot 4 september 2015 is toewijsbaar. Het komt niet voor risico van werknemer dat hij vanaf eind juni tot 4 september 2015 geen werkzaamheden heeft kunnen verrichten doordat hem de toegang tot de onderneming werd ontzegd. Bij de bepaling van de hoogte van de billijke vergoeding neemt het hof het navolgende in aanmerking. Werknemer is in dienst getreden van werkgever nadat, (mede) door zijn tussenkomst, de aandelen X door koop/verkoop in handen waren gekomen van Z. Werknemer is dan wel zelf in december 2014 geen (indirect) aandeelhouder of (indirect) bestuurder geworden van werkgever, maar hij is evident wel betrokken bij de aandeelhouder. Werknemer is werknemer van werkgever gebleven nadat door de verkopers van de aandelen een beroep was gedaan op een ontbindende voorwaarde, waardoor de aandelen weer bij hen terugkeerden. Of dat beroep op de voorwaarde terecht was of niet en of het voor de hand lag dat het beroep op de ontbindende voorwaarde alsnog terug zou worden gedraaid, is in dit geding niet aan de orde. Duidelijk is wel dat het zeer voor de hand zou liggen de arbeidsovereenkomst met werknemer te beëindigen als door het beroep op de ontbindende voorwaarde de aandelenverkoop aan Z definitief teruggedraaid wordt. Het hof is van oordeel dat de billijke vergoeding het gemis aan loondoorbetaling gedurende de normaliter door werkgever te doorlopen ontbindingsprocedure tot aan de beëindigingsdatum behoort te compenseren. Uitgaande van de start van een ontbindingsprocedure op 4 september 2015 en een gebruikelijk verloop van die procedure, zou de arbeidsovereenkomst, met inachtneming van de wettelijke opzegtermijn van een maand, naar alle waarschijnlijkheid met ingang van 1 december 2015 beëindigd zijn. Het hof komt dan uit op een compensatie van (afgerond) € 8000 bruto. Voor een verdere compensatie ziet het hof, gezien de omstandigheid dat de arbeidsovereenkomst is ontstaan tegen de achtergrond van de aandelentransactie, geen aanleiding.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 27-09-2016

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2016:2754

Zaaknummer: 200.187.682/01

Rechters: M.J. van der Ven, H.J. Vetter en I. Zaal

Advocaten: M.L. Kruit en L.M. Baeten-Verkooijen

Wetsartikelen: 7:683 BW, 7:677 BW en 7:610 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgever

Richtlijnconforme uitleg van artikel 9a lid 2 Waadi brengt mee dat het belemmeringsverbod ook voor werknemers met een overeenkomst voor onbepaalde tijd geldt. Overeengekomen relatiebeding nietig.

Werknemer is op 1 februari 2013 voor onbepaalde tijd in dienst getreden van werkgever in de functie van Project & Change Manager. In de tussen partijen gesloten arbeidsovereenkomst is een relatiebeding opgenomen. Werknemer is sinds 27 oktober 2014 bij FrieslandCampina Nederland Holding B.V. (hierna: FrieslandCampina) gedetacheerd op basis van een tussen werkgever en FrieslandCampina gesloten inzetovereenkomst. In april 2016 heeft FrieslandCampina aan werkgever kenbaar gemaakt werknemer in dienst te willen nemen. Werkgever heeft hier niet mee ingestemd. Werknemer vordert gehele of gedeeltelijke schorsing van het relatiebeding in die zin, dat het werknemer is toegestaan om na afloop van zijn detachering bij FrieslandCampina in loondienst werkzaamheden te verrichten voor FrieslandCampina Nederland Holding B.V. en haar dochterondernemingen, zonder dat hij de overeengekomen boete verschuldigd is. Werknemer legt onder meer aan zijn vordering ten grondslag dat het relatiebeding in strijd is met het belemmeringsverbod van artikel 9a lid 1 Waadi en dat dit beding daarom nietig is (art. 9a lid 2 Waadi).

De kantonrechter oordeelt als volgt. Vastgesteld wordt dat werknemer in beginsel onder het toepassingsbereik van de Waadi valt. Vervolgens dient te worden beoordeeld of het in artikel 9a Waadi opgenomen belemmeringsverbod op werknemer van toepassing is. Volgens werkgever is dit niet het geval, nu werknemer reeds over vast werk beschikt (doordat hij voor onbepaalde tijd in dienst is). Artikel 9a Waadi is de implementatie van artikel 6 lid 2 Richtlijn 2008/104/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 november 2008 betreffende uitzendarbeid (hierna ook: de Uitzendrichtlijn). Blijkens de preambule van deze richtlijn heeft deze onder meer tot doel de opwaartse aanpassing van de arbeidsvoorwaarden van de werkenden in de Europese Gemeenschap betreffende uitzendarbeid (punt 2), de bevordering van flexibiliteit in combinatie met arbeidszekerheid (punt 8) en het stellen van een beschermingskader voor uitzendkrachten dat niet-discriminerend, transparant een evenredig is (punt 12). De kantonrechter leidt uit een en ander af dat de doelstelling van de

Uitzendrichtlijn is met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden een minimumbescherming aan uitzendkrachten te bieden. In de preambule is hierbij geen onderscheid gemaakt tussen uitzendkrachten met een overeenkomst voor bepaalde tijd respectievelijk voor onbepaalde tijd, behalve dat ten aanzien van uitzendkrachten met een overeenkomst voor onbepaalde tijd, gelet op hun sterkere rechtspositie, mag worden afgeweken van de regels die binnen de inlenende onderneming gelden. Voor het overige wordt in de preambule noch in de Uitzendrichtlijn zelf onderscheid gemaakt tussen uitzendkrachten met een overeenkomst voor onbepaalde tijd dan wel bepaalde tijd. Weliswaar heeft de Commissie in haar voorstel van 20 maart 2002 voor de Uitzendrichtlijn aangegeven dat doel van de richtlijn is dat de toegang tot vast werk voor uitzendkrachten moet verbeteren, maar naar het voorlopig oordeel van de kantonrechter had het voor de hand gelegen dat in het geval het belemmeringsverbod in het geheel niet zou gelden voor uitzendkrachten met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, dit expliciet in de richtlijn zou zijn opgenomen. Voor een restrictieve interpretatie van de beschermende bepalingen in de richtlijn is geen plaats. De kantonrechter leidt uit het voorgaande af dat de strekking van de Uitzendrichtlijn is dat het belemmeringsverbod voor alle uitzendkrachten dient te gelden. Nu noch in de parlementaire geschiedenis van de (wijziging in 2012 van de) Waadi, noch in de tekst zelf van artikel 9a lid 2 Waadi wordt vermeld dat het belemmeringsverbod niet geldt voor uitzendkrachten met een overeenkomst voor onbepaalde tijd, brengt een richtlijnconforme uitleg van artikel 9a lid 2 Waadi mee, dat het belemmeringsverbod ook voor laatstbedoelde werknemers geldt. Naar het voorlopig oordeel van de kantonrechter is het relatiebeding in de arbeidsovereenkomst tussen partijen daarom nietig en kan werkgever zich daar tegenover werknemer niet op beroepen. Bij de gevorderde schorsing heeft werknemer dus geen belang.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 28-09-2016

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2016:5183

Zaaknummer: 5262765 AV EXPL 16-44 JH/1050

Rechters: P. Krepel

Advocaten: M.J.W. Kruyskamp en M.A.T. Schroots

Wetsartikelen: 9a Waadi en 6 lid 2 Richtlijn 2008/104/EG

RECHTSPRAAK

Symbol B.V./werknemer

Ontbindingsverzoek toegewezen (e-grond). Werknemer heeft voorafgaand aan het sluiten van de arbeidsovereenkomst onjuiste informatie verschaft over het al dan niet zijn van Master Black Belt.

Werknemer is op 1 mei 2016 in dienst getreden bij Symbol B.V. (hierna: Symbol) voor de duur van 12 maanden. De functie die werknemer vervulde is die van Senior Consultant/Master Black Belt. Symbol verzoekt de arbeidsovereenkomst met werknemer te ontbinden op de e-grond, dan wel de d-grond, dan wel de g-grond. Symbol legt aan dit verzoek ten grondslag dat werknemer voorafgaand aan het sluiten van de arbeidsovereenkomst onjuiste informatie zou hebben verschaft over het al dan niet zijn van Master Black Belt (MBB). Werknemer verzoekt, voor zover de arbeidsovereenkomst wordt ontbonden, om toekenning van een billijke vergoeding, alsmede om vernietiging van het tussen partijen overeengekomen concurrentie-/relatiebeding.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Het eerste punt dat partijen verdeeld houdt betreft de vraag of in de arbeidsovereenkomst een tussentijds opzegbeding is opgenomen. De kantonrechter is van oordeel dat hetgeen in de arbeidsovereenkomst onder 1 is vermeld, niet anders kan worden uitgelegd dan dat in de door partijen ondertekende arbeidsovereenkomst een tussentijds opzegbeding is opgenomen. In de tweede alinea is immers bepaald dat indien, na ommekomst van de proeftijd de werknemer of de werkgever de overeenkomst tot een einde wil brengen, daarbij in elk geval een opzegtermijn van één maand in acht genomen dient te worden. Symbol voert voor haar primaire grond tot ontbinding aan dat werknemer onjuiste informatie heeft verstrekt over het al dan niet zijn van MBB. Werknemer betwist dat hij onjuiste informatie heeft verstrekt voorafgaand aan het sluiten van de arbeidsovereenkomst; hij stelt aan de hoofdaannemer van het eerste project waar werknemer werd ingezet te hebben meegedeeld geen MBB te zijn. Op basis van de gedingstukken en het verhandelde tijdens de mondelinge behandeling is de kantonrechter van oordeel dat werknemer aan Symbol onjuiste informatie heeft verstrekt over het al dan niet zijn van MBB. In ieder geval heeft werknemer de indruk gewekt MBB te zijn waar het op zijn weg had gelegen hierover duidelijkheid te geven. Het is niet aannemelijk geworden dat werknemer

voorafgaand aan de totstandkoming van de arbeidsovereenkomst aan Symbol heeft meegedeeld geen MBB te zijn, zoals door hem is gesteld tijdens de mondelinge behandeling. De kantonrechter overweegt daartoe het volgende. In de arbeidsovereenkomst is opgenomen dat werknemer in dienst zal treden in de functie van Consultant/MBB en staat vermeld dat werknemer onder meer trainingen (open en in-company) gaat verzorgen op het gebied van organisatieontwikkeling, procesverbetering en kwaliteitsmanagement. In de tussen partijen overeengekomen bonusregeling is opgenomen dat werknemer 5 van de 15 dagen van het project management MBB-programma doceert. Werknemer heeft hierover weliswaar gesteld dat hij heeft bedongen dat hij geen statistiek gaat doceren bij de uitvoering van de Black Belt- en Green Belt-trainingen, maar hieruit kan naar het oordeel van de kantonrechter niet worden afgeleid dat Symbol wist of had moeten begrijpen dat werknemer geen MBB is. In de door Symbol overgelegde profielschets van werknemer die werknemer bij e-mailbericht van 30 april 2016 aan Symbol heeft toegestuurd, staat niet alleen vermeld dat hij Lean Six Sigma MBB is, maar ook staat onder het kopje 'diploma's/certificaten' vermeld dat hij het Six Sigma Master Black Belt-certificaat heeft. Weliswaar staat hierachter 'Philips' vermeld, maar hieruit blijkt niet dat het voor Symbol duidelijk had kunnen en moeten zijn dat dit niet de MBB is die bedoeld wordt binnen de consultancy als men een Lean Six Sigma MBB bedoelt. De conclusie is dat de kantonrechter het verzoek van Symbol toewijst. Toewijzing van het ontbindingsverzoek op de e-grond betekent dat er geen grondslag is voor toewijzing van de door werknemer verzochte billijke vergoeding.

Werknemer verzocht verder om het tussen Symbol en hem overeengekomen concurrentie- en relatiebeding te vernietigen. De kantonrechter constateert dat in de tussen partijen gesloten arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd geen motivering is opgenomen zoals bedoeld in het tweede lid van artikel 7:653 BW. Dit betekent dat het hierin opgenomen beding niet geldig is.

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 27-09-2016

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2016:3728

Zaaknummer: 5306055 EJ VERZ 16-302 en 5361358 EJ VERZ 16-335

Rechters: A.M.S. Kuipers

Advocaten: J.C. Bender en S.M.W. Cox

Wetsartikelen: 7:653 BW, 7:669 lid 3 onderdeel e BW en 7:671b BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Koninklijke Luchtvaart Maatschappij N.V. c.s.

Luchtvaartmaatschappij maakt geen verboden onderscheid op grond van leeftijd door in de nieuwe cao een (overgangs)regeling op te nemen die inhoudt dat de pensioenontslagleeftijd voor werknemer gehandhaafd blijft op 56 jaar, terwijl die voor jongere collega's wordt verhoogd.

Werknemer is sinds 1984 in dienst bij Koninklijke Luchtvaart Maatschappij N.V. (hierna: KLM), laatstelijk als vlieger. Op grond van de cao voor KLM-vliegers op vleugelvliegtuigen was de pensioenontslagleeftijd voor vliegers met een voltijds dienstverband 56 jaar. Deze cao gold tot 1 januari 2015. Werknemer werkt in deeltijd. Op grond van voornoemde cao kon een vlieger vanaf bepaalde leeftijden in deeltijd gaan vliegen, waardoor tot maximaal 58 jaar kon worden doorgevoegen. Op grond van deze regeling is de pensioendatum van werknemer 31 oktober 2016. In het cao-akkoord 2015-2017 is overeengekomen dat de verplichte pensioenontslagleeftijd voor vliegers met een voltijds dienstverband stapsgewijs wordt verhoogd naar 58 jaar. De nieuwe cao (hierna: de cao) is per 1 januari 2015 in werking getreden. In de cao is een overgangsregeling opgenomen. Voor werknemer verandert de pensioenontslagleeftijd niet, terwijl deze voor jongere collega's wel verandert. Werknemer stelt zich op het standpunt dat jegens hem verboden onderscheid op grond van leeftijd is gemaakt door een overgangsregeling in te voeren, waarin is bepaald dat de pensioenleeftijd stapsgewijs zal worden verhoogd. Op grond hiervan wordt werknemer uitgesloten van de mogelijkheid om langer door te vliegen, terwijl hij dit wel zou willen. KLM c.s. stellen dat in de overgangsregeling onderscheid naar leeftijd wordt gemaakt, maar dat dit onderscheid objectief is gerechtvaardigd.

Het College voor de Rechten van de Mens oordeelt als volgt. Gedurende een periode van vier jaar wordt de pensioenleeftijd verhoogd van 56 naar 58 jaar. De mate van de verhoging van de pensioenleeftijd hangt af van de geboortedatum van de vlieger. Vast staat dat voor werknemer, die is geboren voor 1 juli 1960, de pensioenleeftijd niet verandert. KLM c.s. maken daarom jegens werknemer direct onderscheid op grond van leeftijd bij de beëindiging van de arbeidsverhouding. Leeftijdsonderscheid is verboden, tenzij daarvoor een objectieve

rechtvaardiging bestaat (art. 7 WGBL). Het College toetst de overgangsregeling terughoudend. KLM c.s. hebben voor het gemaakte onderscheid twee doelen aangevoerd, te weten het voorkomen van stagnatie bij jongere vliegers (indien een vlieger niet met pensioen gaat, wordt de doorstroming van vijf tot zes vliegers belemmerd) en het loonoffer pensioentechnisch mogelijk maken op een wijze die zo min mogelijk belastend is voor de vliegers (volgens KLM c.s. zorgt de overgangsregeling ervoor dat de stijging van de pensioenleeftijd gelijke tred houdt met het inleveren van pensioenpremietoeelage over de periode van vier jaar). Het College overweegt dat deze doelen voldoen aan een werkelijke behoefte van KLM c.s. en niet discriminerend zijn. Het College acht deze doelen dan ook legitiem. Ook acht het College het middel om beide doelen te bereiken, de overgangsregeling, geschikt. Werknemer heeft twee, in zijn ogen minder bezwaarlijke, alternatieven naar voren gebracht. Het College is echter van oordeel dat er geen alternatief middel bestaat dat niet of minder onderscheidmakend is. Het College is voorts van oordeel dat de overgangsregeling niet disproportioneel is. Het College betreft hierbij dat de overgangsregeling een collectief gemaakte en breed gedragen afspraak is, waarbij KLM c.s. de belangen van alle vliegers tegen elkaar hebben afgewogen om onevenredige benadeling van bepaalde vliegers te voorkomen. De consequentie van de overgangsregeling is wel dat werknemer (substantieel) minder inkomsten heeft dan als hij wel had mogen doorvliegen. Volgens werknemer gaat hij er vier ton op achteruit. Dit neemt echter niet weg dat de overgangsregeling in het geheel genomen en na afweging van alle belangen, niet disproportioneel is. De arbeidsvoorwaarden van werknemer zijn niet gewijzigd, hij heeft € 10.000 gekregen als forfaitaire vergoeding en hij hoeft het loonoffer niet te brengen. Het College concludeert dat KLM c.s. geen verboden onderscheid maken op grond van leeftijd.

Instantie: College voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 27-09-2016

Zaaknummer: 2016-0116 en 2016-0158

RECHTSPRAAK

M.K.L. Holding B.V./werknemer

Werknemer treedt als contactpersoon op voor bedrijf van echtgenote ter zake e-mailcontacten met klanten/leveranciers van (voormalig) werkgever. Werknemer dient geheimhouding te betrachten en het wordt hem verboden om binnen een jaar met klanten van werkgever in zakelijk contact te treden.

Werknemer is op 10 augustus 2015 in dienst getreden bij M.K.L. Holding B.V. (hierna: MKL) en aangesteld als directeur van Hose & Reel Products B.V. (dochtervennootschap van MKL, hierna: HRP). MKL houdt zich bezig met het ontwerpen, importeren, samenstellen en exporteren van slanghaspels. Per 1 mei 2016 is de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden beëindigd. De wijze van beëindiging is vastgelegd in een vaststellingsovereenkomst d.d. 31 maart 2016. In de arbeidsovereenkomst is een geheimhoudingsbepaling en een bepaling over nevenwerkzaamheden opgenomen. Werknemer is als contactpersoon opgetreden voor het bedrijf van zijn echtgenote ter zake e-mailcontacten met bedrijven die klanten c.q. leveranciers zijn van MKL en HRP. MKL c.s. vordert (a) werknemer te verbieden om voor de duur van één jaar – kort gezegd – concurrerende activiteiten te verrichten en (b) werknemer te gebieden om al wat hem uit hoofde van de uitvoering van zijn werkzaamheden tijdens zijn dienstverband bij MKL c.s. bekend is geworden strikt geheim te houden, een en ander op straffe van een dwangsom. Voorts vordert MKL c.s. (c) werknemer en zijn echtgenote te verbieden om gedurende de periode van één jaar met klanten/relaties van MKL c.s. in zakelijk contact te treden, een en ander op straffe van een dwangsom.

De voorzieningenrechter oordeelt als volgt. De finale kwijting, zoals die is vastgelegd in de vaststellingsovereenkomst, is niet ongeclausuleerd en onbeperkt. Ter zitting is vast komen te staan dat niet over alle aspecten van concurrentie is gesproken in het kader van de vaststellingsovereenkomst. Werknemer heeft verklaard dat hij MKL en HRP niet op de hoogte heeft gesteld van het feit dat zijn echtgenote reeds een aanvang had gemaakt met het omvormen van haar bedrijf van een detailhandel in tuinbeelden, decoraties en bronzen beelden naar een groothandel in industriële slanghaspels. Het beweerdelijk onrechtmatig

optreden van werknemer kan door MKL en HRP als grondslag dienen voor de vorderingen. Vervolgens oordeelt de voorzieningenrechter dat het werknemer uitdrukkelijk verboden was en is om (in)direct in welke vorm dan ook mededelingen te doen aan derden. MKL en HRP hebben voldoende aannemelijk gemaakt dat de echtgenote van werknemer gebruik heeft gemaakt van de kennis van werknemer over HRP. Voldoende aannemelijk is ook dat het delen van kennis reeds plaatsvond voor de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Met MKL en HRP is de voorzieningenrechter voorts van oordeel dat het zeer onwaarschijnlijk is dat de echtgenote in zeer korte tijd zonder hulp en uit het niets een bedrijf opzet in slanghaspels. De vordering ter zake de geheimhouding (ad b) zal dan ook worden toegewezen. De voorzieningenrechter stelt in het kader van de eerste vordering (ad a) van MKL c.s. voorop dat het opzetten of deelnemen aan of werken bij een concurrerend bedrijf op zichzelf niet ongeoorloofd is. Onder omstandigheden kan evenwel ook zónder concurrentiebeding een gewezen werknemer zijn voormalige werkgever ontoelaatbaar concurrentie aandoen. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat het systematisch bewerken van de klantenkring teneinde klanten te bewegen de relatie te verbreken een onrechtmatige daad kan opleveren (HR 9 december 1955 (Boogaard/Vesta)). De formulering van de vordering sluit echter niet aan bij deze toetsnorm van de Hoge Raad: het zeer breed geformuleerde petitum waarin wordt gevraagd werknemer een algeheel verbod op te leggen voor de duur van een jaar om te concurreren met MKL en HRP zal dan ook worden afgewezen. Voorts heeft de voorzieningenrechter onvoldoende aanknopingspunten om te kunnen oordelen dat werknemer stelselmatig en substantieel het duurzame bedrijfsdebet van MKL en HRP heeft afgebroken met hulpmiddelen/kennis van zijn voormalige werkgever. Niet is gebleken dat er klanten ‘afhandig’ zijn gemaakt, niet is gebleken dat er voordelige aanbiedingen zijn gedaan. Er is sprake van concurrentie en niet uitgesloten is dat werknemer tijdens zijn schorsing reeds activiteiten heeft verricht voor een toekomstige concurrerende onderneming, maar er is nog niet gebleken van onrechtmatige werknemersconcurrentie. De voorzieningenrechter heeft daarentegen wel voldoende aanknopingspunten voor het oordeel dat de echtgenote van werknemer gebruik maakt van kennis en kunde van werknemer over MKL en HRP, terwijl werknemer gehouden is aan de geheimhoudingsplicht. Zij maakt gebruik van de schending van de geheimhoudingsplicht door werknemer. Dat is onrechtmatig jegens MKL en HRP. Dit betekent dat de vordering met betrekking tot het verbieden van het in zakelijk contact treden met relaties/klanten (ad c) van MKL en HRP wordt toegewezen.

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 26-09-2016

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2016:8284

Zaaknummer: C/03/224843 / KG ZA 16-432

Rechters: I.M. Etman

Advocaten: J.G.C. Scheurink en L.H.W. Golsteijn

Wetsartikelen: 6:162 BW en 7:611 BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/werkgeefster

Werkgeefster dient bedrag aan openstaande vakantiedagen aan werkneemster uit te keren. Transitievergoeding verschuldigd. Nettoresultaat in drie boekjaren voorafgaand aan het boekjaar waarin het verzoek om toestemming bij het UWV is ingediend, is kleiner dan nul. Beroep werkgeefster op artikel 7:673d BW slaagt.

Werkneemster is op 7 februari 1994 in dienst getreden bij werkgeefster. Op 29 juni 2015 is het personeel van werkgeefster ervan op de hoogte gebracht dat de exploitatie van de winkel (een drogisterij en parfumerie) niet langer rendabel was en dat de winkel zou worden gesloten. Vanaf 1 augustus 2015 heeft werkneemster niet meer gewerkt. Op 19 februari 2016 heeft het UWV toestemming gegeven de arbeidsovereenkomst met werkneemster op te zeggen wegens bedrijfsbeëindiging. De arbeidsovereenkomst is bij brief van 24 februari 2016 opgezegd. Werkneemster verzoekt werkgeefster te veroordelen aan haar te betalen een bedrag aan openstaande niet-genoten vakantiedagen en de transitievergoeding.

De kantonrechter oordeelt als volgt. De arbeidsovereenkomst is geëindigd op 1 juli 2016. Werkneemster heeft in de periode van 1 augustus 2015 tot 1 juli 2016 voor de volledig overeengekomen arbeidsduur van 20,4 uur per week recht op loon gehad. Het loon is ook uitbetaald. Op de voet van artikel 7:634 lid 1 BW heeft zij in die periode tevens aanspraak op vakantie gehouden en verworven. Werkgeefster voert aan dat bij de bijeenkomst met het personeel op 29 juni 2015 is afgesproken dat niet-gewerkte dagen na 1 augustus 2015 in mindering zouden strekken op de opgebouwde en op te bouwen vakantiedagen. Echter, als dit al zo is medegedeeld tijdens de bijeenkomst, hetgeen niet vaststaat, dan kan uit de omstandigheid dat er niet tegen geprotesteerd is nog niet worden afgeleid dat er sprake is geweest van instemming met het voorstel door de medewerkers. Zonder nadere onderbouwing door middel van een ondubbelzinnige verklaring van werkneemster zelf waaruit blijkt van instemming met voormelde wijze van omgaan met de vakantiedagen, welke ontbreekt, kan niet worden aangenomen dat hiermee is ingestemd. Deze vordering zal dan ook worden toegewezen.

Niet is in geschil dat werkgeefster een transitievergoeding verschuldigd is aan werkneemster. Het geschil draait om de hoogte van die vergoeding. Werkneemster stelt dat de transitievergoeding € 10.873 bruto bedraagt. Werkgeefster voert met een beroep op artikel 7:673d BW aan dat deze vergoeding het inmiddels aan werkneemster betaalde bedrag van € 1.009,02 bruto betreft. Het partijdebat over artikel 7:673d BW spitst zich toe op de vraag of het nettoresultaat van werkgeefster over de drie boekjaren voorafgaand aan het boekjaar waarin het verzoek om toestemming bij het UWV is ingediend kleiner is geweest dan nul. In het bijzonder gaat het daarbij om de vraag of het nettoresultaat in 2013 kleiner is geweest dan nul, want niet in geschil is dat dat het geval is geweest in de boekjaren 2014 en 2015. Voor de vaststelling of het nettoresultaat in een boekjaar kleiner is dan nul, mag rekening gehouden worden met een bedrag van € 44.000 per eigenaar, indien in het boekjaar aan de eigenaar van de onderneming geen loon is toegekend. Dat er aan de drie eigenaars van werkgeefster loon is uitbetaald in 2013 blijkt niet uit de balans en verlies-en-winstrekening over dat jaar en de bijhorende financiële stukken die werkgeefster in het geding heeft gebracht. Wel blijkt daaruit dat er in 2013 door de drie vennoten privéonttrekkingen zijn gedaan ten laste van het vermogen van de onderneming, maar dat is niet hetzelfde als uitbetaling van loon aan hen. Het betreft voorschotten op het uiteindelijk te verdelen resultaat in dat jaar. Dat resultaat bedroeg € 85.927. Als daarop € 132.000 (drie maal € 44.000) in mindering wordt gebracht, resteert een negatief bedrag. Het nettoresultaat van werkgeefster is over het boekjaar 2013 dan ook kleiner geweest dan nul. Gelet op het vorenstaande voldoet werkgeefster dus aan alle voorwaarden voor de toepasselijkheid van artikel 7:673d BW. Tegen de hoogte van het op grond daarvan vastgestelde bedrag van € 1.009,02 bruto aan transitievergoeding heeft werkneemster geen bezwaar gemaakt. Erkend is dat dit bedrag aan haar is uitbetaald. Daarom komt geen bedrag aan transitievergoeding voor vergoeding in aanmerking. Het deel van het verzoek dat hierop ziet wordt afgewezen. Gelet op de omstandigheid dat gedurende lange tijd loon is uitbetaald aan werkneemster, terwijl daar van haar kant geen prestatie tegenover heeft gestaan, alsmede gezien de precaire financiële situatie van werkgeefster wordt er reden gezien om de wettelijke verhoging te matigen tot nihil.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 23-09-2016

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2016:7322

Zaaknummer: KTN-5217853_23092016

Rechters: P. Vlaswinkel

Advocaten: M. Berkhuijsen en H. ten Kortenaar

Wetsartikelen: 7:634 BW, 7:673 BW, 7:673d BW en 24 Ontslagregeling

RECHTSPRAAK

werknemer/Odyssey Hotel Breda B.V.

Ontslag op staande voet van hotelmanager onterecht. Niet voldaan aan onverwijldheidsvereiste en geen sprake van een dringende reden. Billijke vergoeding van € 18.000 toegekend.

Werknemer is bij Odyssey Hotel Breda B.V. (hierna: Odyssey) in dienst getreden als General Manager Hotel Nassau Breda. In de arbeidsovereenkomst is een verbod op nevenactiviteiten opgenomen. Op 19 mei 2016 is werknemer op staande voet ontslagen. Odyssey legt aan het ontslag onder meer ten grondslag dat werknemer de schoonmaakcrew uit het hotel heeft gezet, bovenmatig alcohol heeft gebruikt tijdens het openingsfeest van het hotel, dat werknemer een laatdunkende houding heeft met betrekking tot twee aandeelhouders, dat medewerkers issues met werknemer zouden hebben en dat werknemer het verbod op nevenwerkzaamheden overtreedt. Werknemer verzoekt een verklaring voor recht dat het ontslag op staande voet niet voldoet aan de eisen van artikel 7:677 lid 1 BW en onregelmatig heeft plaatsgevonden, toekenning van een billijke vergoeding van € 92.000 bruto en een vergoeding wegens onregelmatige opzegging, alsmede veroordeling van Odyssey om aan werknemer loon te betalen tot en met 19 mei 2016.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Krachtens vaste rechtspraak moet het ontslag op staande voet worden gegeven zo spoedig mogelijk nadat de dringende reden zich heeft voorgedaan. Wanneer de hiervoor ontwikkelde uitgangspunten worden toegepast op de feiten in deze zaak dan constateert de kantonrechter allereerst dat Odyssey werknemer op 3 mei 2016 op non-actief heeft gesteld. Odyssey was toen al op de hoogte van het feit dat werknemer het schoonmaakbedrijf (tijdelijk) heeft moeten vervangen door een ander schoonmaakbedrijf. Daarnaast stelt Odyssey op de zitting dat zij op 3 mei 2016 ook al wist van het door haar gestelde bovenmatige alcoholgebruik van werknemer tijdens het openingsfeest van Hotel Nassau op 30 april 2016, alsmede van de verstoorde relatie met de twee aandeelhouders. Gesteld noch gebleken is dat in de periode tussen 3 mei 2016 en/of in ieder geval na 10 mei 2016 nog nader onderzoek is verricht. Ook ten aanzien van de overige redenen die aan het ontslag op staande voet ten grondslag zijn gelegd is gesteld noch gebleken dat die eerst na 2 mei 2016 bekend waren dan wel dat Odyssey er na 2 mei 2016 uitgebreid onderzoek naar heeft

gedaan. De kantonrechter is daarom van oordeel dat aan het vereiste van onverwijld opzegging niet is voldaan, zodat alleen al op basis van deze formele grond geoordeeld moet worden dat het ontslag op staande voet rechtskracht ontbeert. Overigens kunnen ook de aan het ontslag ten grondslag gelegde redenen het ontslag op staande voet niet dragen. De kantonrechter geeft de gevorderde verklaring voor recht dan ook af. Werknemer berust in de beëindiging van het dienstverband. Aan de orde is of werknemer aanspraak kan maken op loon over de periode vanaf 1 mei 2016 tot en met 19 mei 2016, alsmede op een vergoeding wegens onregelmatige opzegging ex artikel 7:672 lid 10 BW en een billijke vergoeding ex artikel 7:681 BW. De op non-actiefstelling komt in dit geval in redelijkheid voor rekening van Odyssey. Dit betekent dat het achterstallig loon over de periode 1 tot en met 19 mei 2016 zal worden toegewezen. Ook de vergoeding wegens onregelmatige opzegging wordt toegewezen. Op grond van artikel 7:672 lid 10 BW is Odyssey die vergoeding verschuldigd aan werknemer, omdat is opgezegd tegen een eerdere dag dan die tussen partijen geldt. Ook het verzoek om toekenning van een billijke vergoeding wordt toegewezen. Een ontslag op staande voet dat niet rechtsgeldig wordt geacht, is als zodanig al ernstig verwijtbaar, omdat dan is opgezegd in strijd met artikel 7:671 BW. De kantonrechter zal de billijke vergoeding vaststellen op een bedrag van € 18.000 bruto. Daarbij neemt zij in aanmerking dat Odyssey verwijtbaar heeft gehandeld door het geven van het ontslag op staande voet. Ook houdt de kantonrechter rekening met het feit dat werknemer, gelet op de korte duur van het dienstverband, niet in aanmerking komt voor een transitievergoeding en daarom niet op die manier voor de gevolgen van het ontslag wordt gecompenseerd en werknemer op de zitting heeft gezegd nog geen andere baan te hebben.

Instantie: Rechtbank Zeeland-West-Brabant

Datum uitspraak: 29-07-2016

ECLI: ECLI:NL:RBZWB:2016:5936

Zaaknummer: 5161726 AZ VERZ 16-124, 5180723 AZ VERZ 16-130, 5180737 AZ VERZ 16-131 en 5180758 AZ VERZ 16-132

Rechters: M.P. Tilman-Knoester

Advocaten: R.J.C. Brouwer en S. Wouters

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

RECHTSPRAAK

Tata Steel IJmuiden B.V./werkneemster

Toewijzing ontbindingsverzoek (g-grond). Werkneemster is meermalen aangesproken op haar gedrag, is overgeplaatst naar andere functies en heeft tevens een verbetertraject doorlopen. Geen sprake van verbetering. Werkneemster is, gezien haar houding en gedrag, ongeschikt gebleken.

Werkneemster is op 18 juni 2009 in dienst getreden bij Tata Steel IJmuiden B.V. (hierna: Tata Steel) in de functie van Medewerker B Service Center in de Warmband-walserij (WBW). Op 22 juli 2010 is werkneemster aangesproken op een aantal door haar gemaakte fouten, overtreding van veiligheidsvoorschriften, incidenten op de werkvloer en over haar veelvuldig telefoon- en internetgebruik. Werkneemster heeft bij die gelegenheid laten weten het zwaar te vinden als enige vrouw in een ‘mannenwereld’ te moeten werken. Ook in de daarop volgende jaren is zij een aantal malen aangesproken op haar gedrag. Werkneemster is overgeplaatst naar drie andere functies/afdelingen. Tevens heeft een verbetertraject van ongeveer een halfjaar plaatsgevonden, gecombineerd met begeleiding van een externe therapeut en een interne coach. Tata Steel verzoekt thans de arbeidsovereenkomst met werkneemster te ontbinden op grond van de e-grond, de d-grond, dan wel de g-grond. Tata Steel stelt met verwijzing naar een groot aantal gespreksverslagen en een aantal verklaringen van collega's, dat werkneemster zich van meet af aan weinig tot niets gelegen heeft laten liggen aan voorschriften over bijvoorbeeld het privégebruik van telefoon en internet, het op tijd komen, de wijze van ziekmelden of veiligheidsaspecten. Ze maakte aan de band regelmatig fouten waardoor deze moest worden stopgezet, maar zij is daarop nooit aanspreekbaar, aanvaardt nimmer kritiek, wijst steevast een ander als schuldige aan en creëert, onder andere daardoor, in elke functie op elke afdeling ruzies en wegens haar onaangepaste gedrag onoverkomelijke problemen met zowel collega's als leidinggevendenden, aldus Tata Steel.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Werkneemster is thans arbeidsongeschikt. Desondanks staat geen opzegverbod aan ontbinding van de arbeidsovereenkomst in de weg, nu het verzoek geen verband houdt met de ziekte van werkneemster. De kantonrechter acht het aannemelijk dat het voor werkneemster niet eenvoudig was zich als enige vrouw staande te houden in een

‘mannenwereld’, waarin zij naar eigen zeggen regelmatig verbaal grof werd bejegend. Zij heeft voor die ‘mannenwereld’ echter bewust gekozen door te besluiten tot een opleiding die leidt tot functies die – ook vandaag de dag – merendeels door mannen worden vervuld. Dat valt op zichzelf gezien Tata Steel niet aan te rekenen. Werkneemster heeft voorts niet betwist dat zij moeilijk tot niet aanspreekbaar was op een fout als gevolg waarvan de band waaraan zij moest werken een aantal keren moest worden stopgezet; zij ontkent slechts dat zij fouten maakte. Vastgesteld moet worden dat het formele verbetertraject van een halfjaar niet tot daadwerkelijke verbetering en een goed werkbaar situatie heeft geleid, onder meer door het, door collega’s kennelijk als recalcitrant en provocerend ervaren, gedrag van werkneemster. De kantonrechter acht aannemelijk dat tussen Tata Steel en werkneemster de verhoudingen ernstig en onherstelbaar verstoord zijn geraakt (art. 7:669 lid 3 onderdeel g BW). In hoeverre werkneemster dit gelet op haar psychische geaardheid en gesteldheid is aan te rekenen valt echter niet vast te stellen, zodat niet kan worden geoordeeld dat de handelwijze en het gedrag van werkneemster ernstig verwijtbaar is. Wel kan worden vastgesteld dat werkneemster voor alle functies die zij sedert 2009 heeft vervuld als gevolg van haar houding en gedrag ongeschikt is gebleken, ondanks de kansen op verbetering, met begeleiding door Tata Steel en externe begeleiding. Herplaatsing van werkneemster binnen een redelijke termijn ligt niet in de rede. Nu niet is vastgesteld dat sprake is van ernstig verwijtbaar handelen en ook aan de overige voorwaarden van artikel 7:673 lid 1 BW is voldaan, dient Tata Steel onverkort de transitievergoeding aan werkneemster te voldoen.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 13-07-2016

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2016:6811

Zaaknummer: 5010875

Rechters: C.E. van Oosten-van Smaalen

Advocaten: E.F. Seunke en S.P. Koerselman

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

RECHTSPRAAK

**Federatie Nederlandse Vakbeweging c.s./Nationale
Stichting tot Exploitatie van Casinospelen in Nederland**

Werkgever mocht besluiten om over het jaar 2013 geen periodieken (schaalstappen) toe te kennen. De cao bevat op dit punt een discretionaire bevoegdheid, gezien het woord 'kan'. Evenmin sprake van strijdigheid met goed werkgeverschap.

FNV, De Unie en de Algemene Bond Casinopersoneel hebben met Holland Casino de cao voor de werknemers van de Nationale Stichting tot Exploitatie van Casinospelen in Nederland (hierna: de cao) gesloten. Per 1 mei 2014 is een nieuwe cao gesloten. De cao is van toepassing verklaard op de arbeidsovereenkomsten van de medewerkers werkzaam bij Holland Casino. In de cao is onder meer opgenomen dat aan werknemers periodieken (schaalstappen) kunnen worden toegekend. Bij bestuursberichten van 7 december 2012 en 24 mei 2013 heeft Holland Casino aan haar medewerkers meegedeeld dat zij besloten heeft over het jaar 2013 geen periodieken (schaalstappen) toe te kennen. Bij brief van 24 juni 2013 is door de vakorganisaties ABC en De Unie bezwaar gemaakt bij het bestuur van Holland Casino tegen voornoemd besluit. Samengevat wordt aangegeven dat het toekennen van periodieken een bestendig beleid is en dat de beoordelingen, die de basis van de toekenning vormen, niet resultaatafhankelijk zijn. Bij brief van dezelfde datum hebben de vakorganisaties ABC en De Unie een beroep gedaan op de cao-geschillencommissie en het geschil aan deze commissie voorgelegd. De cao-geschillencommissie heeft Holland Casino in het gelijk gesteld en geoordeeld dat de cao-bepaling zodanig dient te worden uitgelegd dat aan Holland Casino een discretionaire bevoegdheid toekomt om jaarlijks een stappenverhoging toe te kennen. Niet voor niets is het woord 'kan' toegevoegd aan de betreffende bepaling, aldus de commissie. FNV c.s. vordert onder meer een verklaring voor recht dat Holland Casino niet gerechtigd is om haar werknemers over het jaar 2013 een schaalstapverhoging/periodiek te onthouden.

De kantonrechter oordeelt als volgt. De motivering zoals gegeven door de cao-geschillencommissie dient te worden gevolgd. Ook de kantonrechter is van oordeel dat het betreffende artikel van de cao een discretionaire bevoegdheid bevat. FNV c.s. heeft zich in

feite beperkt tot de stelling dat het woord 'kan' op die plaats in de cao-bepaling is bedoeld om een koppeling te leggen met de beoordeling van de werknemer, die wel of niet gunstig uitpakt. Partijen zijn het er wel over eens dat, als er een periodiek wordt toegekend, de daadwerkelijke toekenning afhankelijk is van een goede beoordeling. Dat blijkt ook uit de tekst van de cao-bepaling, maar dat geeft geen aanleiding om te concluderen dat het woord 'kan' op die plek in de bepaling zou zijn opgenomen louter om een koppeling met de beoordeling te maken. In de redenering van FNV c.s. houdt de cao-bepaling in dat het een jaarlijkse periodiek is die aan de hand van de beoordeling wordt toegekend. Echter, zo is de cao-bepaling niet geformuleerd. Uit de tekst van de bepaling zelf volgt dat 'aan de hand van de beoordeling' ook 'geen' schaalstap kan worden toegekend. Dat er desondanks een koppeling is met het woord 'kan' is de kantonrechter niet gebleken. FNV c.s. heeft ook niet duidelijk kunnen maken waarom in andere bepalingen in de cao wel 'wordt' is gebruikt, waaruit duidelijk volgt dat die bepaling geen discretionaire bevoegdheid betreft. De cao-bepaling bevat, zoals terecht door Holland Casino is aangevoerd, een 'tweetrapsraket'. Indien over het aanstaande jaar periodieken worden toegekend, dan geschiedt de toekenning daarvan *aan de hand van* de beoordeling. De kantonrechter neemt daarbij in overweging dat als onvoldoende weerlegd heeft te gelden dat Holland Casino steeds voorafgaand aan het betreffende jaar beoordeelt of tot toekenning wordt overgegaan. De volgende stap, de beoordeling van de werknemer, vindt gebruikelijkerwijs op een later tijdstip plaats. In het onderhavige geval heeft het eerste beslismoment over 2013 plaatsgevonden in december 2012. Dit is ook bericht aan de werknemers. De definitieve beslissing is op 24 mei 2013 gecommuniceerd. Het verwijt dat Holland Casino niet als een goed werkgever zou hebben gehandeld door eenmalig gebruik te maken van haar bevoegdheid kan evenmin slagen. Holland Casino heeft gemotiveerd onderbouwd waarom zij op dat moment, inderdaad eenmalig, van de bevoegdheid op grond van de cao gebruik heeft gemaakt. Volgt afwijzing van de vorderingen.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 18-05-2016

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2016:6762

Zaaknummer: 4437278/CV EXPL 15-8274

Rechters: L.M. de Vries

Advocaten: F.A.A.C. Traa en P.A. Nabben

Wetsartikelen: 7 CAO voor de werknemers van de Nationale Stichting tot Exploitatie van Casinospelen in Nederland en 7:611 BW

RECHTSPRAAK

werkgeefster/werknemer

Werknemer handelt ernstig verwijtbaar door urenregistratie te manipuleren waardoor hij in een periode van drie maanden 39 uur meer krijgt betaald dan hij heeft gewerkt. Geen kortere ontbindingstermijn, omdat de ernstige verwijtbaarheid voldoende is gecompenseerd met de ontzegging van de transitievergoeding.

Werknemer is sinds 2006 in dienst. Werkgeefster verzoekt ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens verwijtbaar handelen (e-grond). Daartoe wordt aangevoerd dat werknemer stelselmatig later is uitgelogd dan hij feitelijk is betrokken, waardoor hij in een periode van drie maanden 39,5 uur minder heeft gewerkt dan hij betaald heeft gekregen. Werknemer betwist dat hij gefraudeerd heeft en stelt onder meer dat hij eerst een waarschuwing had moeten krijgen in plaats van dat meteen op beëindiging van de arbeidsovereenkomst wordt aangestuurd.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Aannemelijk is dat werknemer een aantal keren zijn vertrektijd in zijn voordeel bewust heeft gemanipuleerd. Meegewogen wordt dat de producent/installateur van het Protime-systeem heeft verklaard dat de verschillen tussen de daadwerkelijke vertrektijd en de registratietijd niet door technische storingen zijn veroorzaakt, dat werknemer niet heeft betwist dat verschillen alleen bij hem en niet bij collega's voorkwamen en dat werknemer stelt dat hij regelmatig de registratie controleert. Als ze anders dan door zijn eigen toedoen afwijkend zijn, zou hij dat gemeld hebben. Zijn manipulaties hebben ertoe geleid dat werknemer over een periode van drie maanden meer dan 39 uur te veel heeft opgegeven en betaald heeft gekregen voor uren die hij niet heeft gewerkt. De gevolgen voor hem persoonlijk zijn zeer ingrijpend, maar hij is er ten volle verantwoordelijk voor omdat hij die overtredingen zonder enige moeite achterwege had kunnen laten. Dit is erg genoeg om ontbinding van de arbeidsovereenkomst te rechtvaardigen. Daaraan doet niet af dat hij nooit is gewaarschuwd, want het gaat hier om overtredingen waarvan iedereen moet inzien dat die als het er in korte tijd zoveel zijn en tot een zo forse benadeling van de werkgever leiden, zeer hoog worden opgenomen. Werknemer heeft ernstig verwijtbaar gehandeld, zodat hem het recht op de transitievergoeding wordt ontzegd. Het

eindtijdstip van de arbeidsovereenkomst wordt met inachtneming van de wettelijke maatstaf gesteld op 30 november 2016 (drie maanden opzegtermijn, duur van de procedure 56 dagen). De ernstige verwijtbaarheid is voldoende gecompenseerd met de ontzegging van de transitievergoeding.

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 27-09-2016

Zaaknummer: 5273088

RECHTSPRAAK

Stichting TriviumLindenhol/werkneemster

Ontbinding arbeidsovereenkomst pedagogisch medewerkster wegens het onder invloed van alcohol (bij alcoholcontrole is meer dan drie keer de wettelijk toegestane hoeveelheid gemeten) besturen van een busje met cliënten (e-grond). Ernstig verwijtbaar handelen. Geen transitievergoeding.

Werkneemster is sinds 1 december 1999 in dienst bij TriviumLindenhol. Zij is werkzaam in de functie van pedagogisch medewerkster B. Op het dienstverband is de CAO Jeugdzorg van toepassing. TriviumLindenhol is een stichting die specialistische jeugd- en opvoedhulp biedt bij opgroeien en opvoeden. Op 30 juni 2016 is werkneemster met een busje van TriviumLindenhol met daarin drie cliënten, de pleegdochter van de gezinsouder en twee familieleden van een cliënt naar de diploma-uitreiking van een cliënt geweest. Op de terugweg is werkneemster staande gehouden door de politie voor een alcoholcontrole. Bij het nader onderzoek was het alcoholpromillage van werkneemster 725 Ugl (microgram per liter uitgeademde lucht). De wettelijk toegestane hoeveelheid is 220 microgram Ugl. De politie heeft het rijbewijs van werkneemster ingevorderd en op 10 oktober 2016 moet zij voorkomen bij de strafrechter. TriviumLindenhol verzoekt ontbinding van de arbeidsovereenkomst, primair wegens verwijtbaar handelen (art. 7:669 lid 1 en 3 onderdeel e BW) en verzoekt te bepalen dat werkneemster geen recht heeft op de transitievergoeding.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Werkneemster betwist de feiten die door TriviumLindenhol zijn aangevoerd niet, zodat daar voor de verdere beoordeling van uit wordt gegaan. Het verweer van werkneemster inhoudende dat de uitslag van de blaastesten niet juist kan zijn is door haar op geen enkele wijze onderbouwd. Ook is het opmerkelijk dat werkneemster zich daar pas voor het eerst in deze procedure op beroept. Ook in strafrechtelijke zin heeft werkneemster zich nog niet geweerd; het had voor de hand gelegen dat zij actie had ondernomen om haar ingevorderde rijbewijs terug te krijgen indien zij meende dat de meetresultaten niet correct konden zijn. Het had werkneemster duidelijk moeten zijn, en zij heeft ook te kennen gegeven dat het haar duidelijk was, dat het verkeren onder invloed van een dergelijk hoog promillage alcohol tijdens werktijd door

TriviumLindenhof als ontoelaatbaar gedrag wordt beschouwd. Gelet op de ernst van de gedraging kan van TriviumLindenhof onder de gegeven omstandigheden niet worden verlangd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Dat leidt tot de conclusie dat de door TriviumLindenhof aangevoerde feiten en omstandigheden een voldragen e-grond opleveren. Daaruit vloeit voort dat herplaatsing niet in de rede ligt.

Ten aanzien van het ernstig verwijtbaar handelen wordt als volgt geoordeeld. Vooropgesteld wordt dat werkneemster door het rijden in het busje terwijl zij onder invloed was van een dergelijk hoog promillage alcohol in strijd met de wet heeft gehandeld. De kantonrechter sluit zich aan bij de redenering van TriviumLindenhof dat (gegeven het 's avonds gemeten promillage en de verklaring van de arts omtrent de wijze en tempo van afbraak van alcohol door het lichaam redelijkerwijs) niet anders kan worden geconcludeerd dan dat werkneemster tijdens haar dienst op 30 juni alcohol heeft gedronken (immers: anders had haar promillage bij aanvang van haar dienst een dusdanige hoogte gehad dat elk acceptabel functioneren tot de onmogelijkheden behoorde), zodat er eveneens van uit moet worden gegaan dat werkneemster de gedragscode, behorende bij de arbeidsovereenkomst, heeft overtreden. Dat niemand van haar collega's haar tijdens haar dienst daadwerkelijk alcohol heeft zien drinken, doet aan het voorgaande uitgangspunt niets af. Werkneemster merkt verder op dat TriviumLindenhof haar nimmer heeft gewaarschuwd om geen alcohol te gebruiken tijdens werktijd of om in beschoonken toestand op het werk te verschijnen. Die stellingname kan niet zien op een algemene waarschuwing vooraf, want die is immers reeds opgenomen in de gedragscode en, ten aanzien van het als bestuurder van een busje deelnemen aan het verkeer, in de wet. Werkneemster voert aan dat zich nooit eerdere incidenten met haar hebben voorgedaan en dat TriviumLindenhof had kunnen en moeten volstaan met een waarschuwing. Daarmee miskent werkneemster echter de ernst van haar overtreding, mede in het licht bezien van de grote verantwoordelijkheid die haar functie met zich brengt. Geoordeeld wordt dat sprake is van ernstig verwijtbaar handelen. Dat betekent dat op grond van artikel 7:673 lid 7 aanhef en onderdeel c BW de transitievergoeding niet verschuldigd is. Het beroep van werkneemster op een uitzondering op die regel (art. 7:673 lid 8 BW) faalt. Beëindiging op een kortere termijn dan die in artikel 7:671b lid 8 onderdeel a BW bedoeld is, is gerechtvaardigd. De arbeidsovereenkomst wordt ontbonden met ingang van 29 september 2016.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 26-09-2016

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2016:7329

Zaaknummer: 5274788 \ VZ VERZ 16-17048

Rechters: C.H. van Breevoort-de Bruin

Advocaten: D. Schuurman en J.R. Kamerling

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

RECHTSPRAAK

werkneemster/werkgever

Arbeidsovereenkomst is niet door werkgever opgezegd, zodat vorderingen van werkneemster worden afgewezen.

Werkgever exploiteert een bakkerij- en caféketen. Werkgever heeft één vestiging in Nederland (Vaals), de overige vestigingen zijn gelegen in Duitsland. Werkneemster is op 2 november 2013 voor bepaalde tijd in dienst getreden als winkelbediende. De eerste drie maanden van de arbeidsovereenkomst heeft werkneemster in Duitsland gewerkt, daarna in het filiaal in Vaals. Aan werkneemster is op 30 september 2015 te kennen gegeven dat haar arbeidsovereenkomst na 1 november 2015 niet wordt verlengd. Vervolgens heeft werkneemster van 3 november 2015 tot 2 mei 2016 werkzaamheden voor werkgever verricht als winkelbediende, deels in de vestiging Vaals, deels in de vestiging Laurensberg (Aken). Werkneemster verzoekt voor recht te verklaren dat werkgever de arbeidsovereenkomst op ongeldige wijze onverwijld heeft beëindigd.

De kantonrechter is van oordeel dat hij bevoegd is van de onderhavige zaak kennis te nemen op grond van artikel 19 lid 2 onderdeel a van de Verordening (EG) 44/2001 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (EEX-verordening). Bezwaarlijk kan worden volgehouden dat de arbeid door werkneemster gewoonlijk in Duitsland werd verricht. Ingevolge artikel 8 lid 2 Rome I wordt, indien het op een individuele arbeidsovereenkomst toepasselijke recht niet door partijen is gekozen, die overeenkomst beheerst door het recht van het land waar of, bij gebreke daarvan, van waaruit de werknemer ter uitvoering van de overeenkomst gewoonlijk zijn arbeid verricht. Het land waar de arbeid gewoonlijk wordt verricht wordt niet geacht te zijn gewijzigd wanneer de werknemer zijn arbeid tijdelijk in een ander land verricht. Uit de feiten blijkt genoegzaam dat de arbeid gewoonlijk in Nederland werd verricht, zodat Nederlands recht van toepassing is.

Niet in geschil is dat werkneemster van 2 mei 2013 tot en met 1 november 2013 (I), van 2 november 2013 tot en met 1 november 2014 (II) en van 2 november 2014 tot en met 1 november 2015 (III), krachtens opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd werkzaamheden heeft verricht. Doordat niet weersproken is dat werkneemster op 2 november

2015 op het werk is verschenen en arbeid heeft verricht, is daardoor een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ontstaan. Het betoog van werkneemster is ambivalent: enerzijds bepleit zij dat er met ingang van 2 november 2015 een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is ontstaan, anderzijds stelt zij dat de geformaliseerde arbeidsovereenkomst met ingang van 3 november 2015 uiteindelijk op 2 mei 2016 is 'beëindigd'. Uit de brief van de gemachtigde van werkneemster d.d. 2 maart 2016 aan werkgever blijkt dat 'zijn cliënte het liefst in uw filiaal in Vaals voor onbepaalde tijd wil blijven werken' en 'u dient dan wel te bevestigen dat cliënte een contract heeft voor onbepaalde tijd'. Daarnaast verlangt de gemachtigde van werkneemster blijkens die brief nog enkele andere bevestigingen van werkgever alvorens zij het werk in Vaals als winkelbediende kan hervatten ('cliënte is en blijft beschikbaar als een gemotiveerde werkneemster, die graag met haar collega's de klanten blijft bedienen'). Deze brief verdraagt zich geenszins met de in deze procedure betrokken stelling dat werkneemster er daadwerkelijk van uit is gegaan dat haar arbeidsovereenkomst op 2 mei 2016 is geëindigd. De conclusie is dat de arbeidsovereenkomst tussen partijen voortduurt en niet door werkgever is opgezegd. Door werkneemster is niet (subsidiar en/of voor zover nodig) om wedertewerkstelling als winkelbediende in het filiaal in Vaals verzocht. Evenmin heeft zij verzocht om werkgever te veroordelen om haar verplichtingen uit hoofde van de arbeidsovereenkomst na te komen. Werkgever kan daartoe ook niet worden veroordeeld. Het bevreemdt de kantonrechter overigens ten zeerste dat werkneemster niet is ingegaan op het ter zitting door werkgever gedane aanbod om krachtens arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd naar Nederlands recht de werkzaamheden in het filiaal in Vaals te hervatten. Volgt afwijzing van de vorderingen.

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 29-09-2016

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2016:8473

Zaaknummer: 5217224 AZ VERZ 16-142

Rechters: J.J. Groen

Advocaten: F.H.C. Aarts en E.V.C. Savelkoul

Wetsartikelen: 7:677 BW, 8 Rome I en 19 EEX-Verordening

RECHTSPRAAK

werknemers/Flex en curator

Werknemers niet-ontvankelijk in hoger beroep, nu hoger beroep slechts kan worden ingesteld indien verzoek tot faillissement wordt afgewezen. Curator eveneens niet-ontvankelijk in beroep, nu het middel van verzet nog openstond (art. 10 Fw).

Flex is in november 2013 opgericht. Bestuurder en enig aandeelhouder is de heer X. Flex is per 28 juni 2016 bij vonnis van de Rechtbank Oost-Brabant in staat van faillissement verklaard. Bij beroepschrift hebben de werknemers van Flex verzocht voormeld vonnis te vernietigen en opnieuw rechtdoende Flex per 12 januari 2016 failliet te verklaren. Bij verweerschrift heeft de curator verzocht het principaal appel van de werknemers ongegrond te verklaren, omdat een rechtspersoon niet met terugwerkende kracht failliet kan worden verklaard en – in het incidenteel appel – voormeld vonnis te vernietigen en het verzoek om faillietverklaring van Flex alsnog af te wijzen. Het hof overweegt het volgende. Namens Flex is in hoger beroep niemand verschenen, ook niet tijdens de mondelinge behandeling. Het hof heeft op basis van de door de gemachtigde van werknemers overgelegde stukken vastgesteld dat twee oproepingsexploaten met inachtneming van de Betekeningsverordening 2007 (EG/1393/2007), zijn ontvangen. Het hoger beroep kan derhalve ondanks afwezigheid van Flex worden behandeld. Allereerst dient in principaal hoger beroep de ontvankelijkheid van het hoger beroep van de werknemers als zodanig te worden beoordeeld. Artikel 9 Fw kent aan de schuldeiser die het faillissement heeft aangevraagd slechts de mogelijkheid van hoger beroep toe in geval van afwijzing van zijn verzoek. De werknemers zijn derhalve niet-ontvankelijk in hun hoger beroep. Uitgaande van een wel ontvankelijk hoger beroep als zodanig acht het hof – ten overvloede oordelend – overigens het door de werknemers in principaal verzochte niet toewijsbaar. Naar het oordeel van het hof is een faillietverklaring met terugwerkende kracht in strijd met het wettelijk systeem (art. 14 Fw), mede gelet op de ingrijpende (rechts)gevolgen van een faillissement die ook aan de openbare orde raken. Verder ten overvloede overweegt het hof dat voorts onvoldoende aannemelijk is geworden dat de werknemers het door hen gestelde belang hebben ter zake hun niet-betaalde loon bij een vervroeging van het faillissementstijdstip naar 12 januari 2016, nu blijkt dat de arbeidsovereenkomst van

werknemer 1 eindigde op 12 mei 2015 en die van werknemer 2 op 30 juni 2015 en de werknemers niet hebben aangetoond dat zij nadien, in de voor het salaris relevante maanden oktober, november en december 2015, nog hebben gewerkt. In het incidenteel appel is het hof allereerst van oordeel dat de curator q.q. in ieder geval niet als belanghebbende in de zin van artikel 10 Fw heeft te gelden. Daarnaast geldt dat de curator pro se – los van de niet-ontvankelijkheid van het hoger beroep van de werknemers als hierboven geoordeeld, hetgeen als zodanig gezien de aanleiding voor die niet-ontvankelijkheid al aan een incidenteel hoger beroep in dezen in de weg zou staan – niet-ontvankelijk dient te worden verklaard in het door hem (ook pro se) ingestelde incidenteel appel. Naar het oordeel van het hof heeft de curator ten onrechte geconcludeerd dat, doordat de werknemers in hoger beroep waren gegaan, het middel van verzet niet langer voor hem openstond (naar analogie van art. 335 lid 1 Rv, dat echter gezien art. 360 en 362 Fw toepassing mist). Het gesloten systeem van rechtsmiddelen brengt mee dat de curator eerst op de voet van artikel 10 Fw in verzet bij de rechtbank had moeten gaan. Nu de curator deze weg niet heeft gevolgd brengt het gesloten stelsel van rechtsmiddelen (zie o.a. art. 360 Fw) met zich dat de curator geen hoger beroep kan instellen, ook niet bij wege van incidenteel appel. Hij is immers geen belanghebbende wiens verzet is afgewezen zoals artikel 11 Fw expliciet vereist. Het hof verklaart de werknemers en de curator zowel q.q. als pro se niet-ontvankelijk in het door hen respectief ingestelde hoger beroep.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 29-09-2016

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2016:4313

Zaaknummer: 200.194.632_01

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

Advocaten: P.F.M. Gulickx en A.C.M. Kitslaar

Wetsartikelen: 9 Fw, 10 Fw, 11 Fw, 14 Fw, 360 Fw, 2:19 BW en 2:23a lid 4 BW

RECHTSPRAAK

werkgever/werknemer

Werknemer is als directeur binnen holding die zich richt op mbo-opleidingen verantwoordelijk voor het onderwijs, is leidinggevende van de met onderwijstaken belaste managers en wordt als topfunctionaris in de zin van de WNT aangemerkt. Na organisatiewijziging waarbij managementlaag verdwijnt, is werknemer geen topfunctionaris meer.

Werknemer is sinds 1992 in dienst. Werkgever maakt deel uit van een groep die zich richt op mbo-opleidingen voor en ontwikkeling van de versevoedingsbranche. Werkgever valt onder de reikwijdte van de Wet normering bezoldiging topfunctionarissen publieke en semipublieke sector (WNT). Met ingang van 1 januari 2010 is werknemer benoemd tot operationeel directeur, welke functie per 1 augustus 2010 directeur X is gaan heten. Met ingang van 1 februari 2015 is B (algemeen directeur) in de door hem tot dan toe beklede functies opgevolgd door de heer C. Als algemeen directeur van de Holding heeft B een organisatiewijziging in gang gezet die tot een structuur met minder hiërarchische lagen moest leiden en waarin de staf en de drie marktunits rechtstreeks onder C zouden ressorteren. In september 2015 heeft C het voornemen tot een nieuwe organisatiewijziging opgevat, waarbij de unitstructuur wordt losgelaten en het aantal teamleiders zal verminderen. C heeft de managers, onder wie werknemer, geïnformeerd over de gevolgen voor hun posities. Vervolgens hebben partijen eind juli 2016 een vaststellingsovereenkomst gesloten, waarin zij overeenstemming hebben bereikt over een beëindiging van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden. Overeengekomen is het geschil over de toepassing van de WNT bij prorogatie aan de kantonrechter voor te leggen. Partijen hebben de kantonrechter verzocht te beslissen op de volgende vragen: Is werknemer wel of niet een topfunctionaris in de zin van de WNT? Zo nee, is werknemer een gewezen topfunctionaris in de zin van de WNT?

De kantonrechter oordeelt als volgt. Partijen onderscheiden de periode tot, en die vanaf 1 augustus 2015, de datum van invoering van de organisatiewijziging die de functie van directeur X deed vervallen. Voor zover werknemer heeft willen betogen dat in dit geding dient

te worden geanticipeerd op de wijzigingen die mogelijk bij de Evaluatiewet WNT in de wet zullen worden aangebracht, oordeelt de kantonrechter dat een dergelijke anticipatie in strijd zou zijn met het beginsel van rechtszekerheid, waaraan op het gebied dat in dit geding aan de orde is doorslaggevende betekenis toekomt. De kern van het geschil betreft daarmee de vraag of werknemer als directeur X (een van) de hoogste ondergeschikte(n) onder de algemeen directeur was en of hij in die rol (mede) verantwoordelijk was voor de gehele rechtspersoon (X Holding). Vastgesteld wordt dat werknemer de leidinggevende was van (de managers van) informatiemanagement, onderwijskwaliteit, professionalisering en vakmanschap, alsook van de unitmanagers, maar dat de algemeen directeur leiding gaf aan de managers HR, commercie, business control en bedrijfsbureau. De kantonrechter leidt hieruit af dat binnen de organisatiestructuur van X Holding vóór 1 augustus 2015 kan worden onderscheiden tussen aan de ene kant de hiërarchische lijn van functionarissen die zich bezighielden met het primaire proces, zijnde het onderwijs, en aan de andere kant die van de functionarissen op het gebied van de ondersteunende diensten. Voor de toepassing van de WNT geeft hier de doorslag dat de wet beoogt te voorkómen dat publieke middelen worden aangewend voor bovenmatige bezoldigingen. Niet in geschil is dat de publieke middelen die het ministerie van OC&W aan de X-groep ter beschikking stelt, in hoofdzaak strekken ter bekostiging van het onderwijs ten behoeve van de versevoedingsbranche. Bij de vraag wie topfunctionaris in de zin van de WNT is, moet de nadruk dan ook liggen bij de (hiërarchische lijn van) functionarissen die zich met die onderwijstaak bezighielden. Dat voor de uitvoering van die taak ook ondersteunende diensten, zoals financiële en administratieve diensten, nodig zijn doet hieraan gezien bedoelde strekking van de WNT niet af. Hieruit volgt dat werknemer, als directeur X verantwoordelijk voor het onderwijs en als leidinggevende van de met onderwijstaken belaste managers, als topfunctionaris in de zin van de WNT had te gelden. Maar ook indien zou zijn geconcludeerd dat werknemer zich als hoogste ondergeschikte niet heeft beziggehouden met het werk dat het ministerie OC&W met de ter beschikking gestelde middelen in het bijzonder heeft willen bekostigen, zou hij topfunctionaris in de zin van de WNT zijn geweest, omdat hij in dat geval als directeur X gezamenlijk met de overige managers van de managementlaag onder de algemeen directeur/voorzitter van het college van bestuur, verantwoordelijk was voor de gehele rechtspersoon.

Voor wat betreft de periode vanaf 1 augustus 2015 wordt als volgt geoordeeld. Uit hetgeen partijen hebben aangevoerd, volgt dat met het aantreden van C als algemeen directeur/voorzitter college van bestuur in februari 2015 een koerswijziging is ingezet die ertoe heeft geleid dat een 'plattere' managementstructuur ontstond, waarin de algemeen directeur zich, anders dan zijn voorganger B, nadrukkelijk met de inhoud van het werk ging bezighouden en de beslissingsruimte van de managers navenant werd ingeperkt. Van werknemer nam C de taken op het gebied van het primaire proces (het onderwijs) en de

aansturing van de unitmanagers over. Hij trok ook het overleg met de ondernemingsraad aan zich. Zo verdween de managementlaag die tot dan toe tussen de algemeen directeur en de middenmanagers had bestaan. Werkgever heeft niet gemotiveerd weersproken dat de verantwoordelijkheid van werknemer hierdoor wezenlijk is verminderd. Er is geen grond voor toepassing van het tweede lid van artikel 6 van de Beleidsregels WNT 2016. Er is geen reden om te veronderstellen dat het de bedoeling van partijen is geweest om de degradatie van werknemer in fasen te doen plaatsvinden, teneinde de consequenties van de WNT te ontgaan. Vanaf 1 augustus 2015 was werknemer geen topfunctionaris meer in de zin van de WNT.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 23-09-2016

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2016:5141

Zaaknummer: 5338904 UC VERZ 16-12482 LH/1040

Rechters: J.O. Zuurmond

Advocaten: B.J. Bongaards en M.E. Sträter

Wetsartikelen: 96 Rv, 1.1 aanhef en onderdeel b WNT, 4 Beleidsregels WNT 2016 en 6 Beleidsregels WNT 2016

RECHTSPRAAK

werknemer/Proact Netherlands B.V.

Vordering in kort geding tot schorsing van concurrentiebeding afgewezen. Beding is niet zodanig vaag dat werknemer geen mogelijkheden heeft om gedurende looptijd van het beding binnen de ICT-branche werkzaam te zijn. Belang van werknemer onvoldoende zwaarwegend in verhouding tot het belang van werkgever ter bescherming van bedrijfsgevoelige informatie.

Werknemer is in september 2014 in dienst getreden bij Proact Netherlands B.V. (hierna: Proact). In de door partijen op 3 september 2015 ondertekende arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is een concurrentiebeding opgenomen. Werknemer (accountmanager) heeft Proact op 21 april 2016 laten weten zijn dienstverband op te zeggen om vervolgens in dienst te treden bij Sentia. Bij brief van 3 mei 2016 heeft Proact werknemer meegedeeld dat het werknemer op basis van zijn concurrentiebeding niet is toegestaan te gaan werken voor of bij Sentia. Proact heeft werknemer gesommeerd tot nakoming van het concurrentiebeding en heeft Sentia aangeschreven, waarna Sentia zich heeft teruggetrokken. Daarna heeft werknemer meegedeeld dat hij voornemens is om in dienst te treden bij Infradata in de functie van Sales Executive. Proact heeft werknemer bericht dat Infradata onder de werking van het concurrentiebeding valt. Werknemer vordert onder meer bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad, het concurrentiebeding buiten werking te stellen, althans te schorsen. Proact voert verweer.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Vast staat dat werknemer voorafgaand aan de opzegging van zijn arbeidsovereenkomst door de HR-manager van Proact is gewezen op het tussen partijen overeengekomen concurrentiebeding. Voor zover in een situatie als hier aan de orde al sprake is van een vergewisplicht van de werkgever, zoals werknemer stelt, gaat deze niet zover dat een werkgever iemand van het niveau van werknemer had moeten wijzen op de consequenties van het concurrentiebeding in geval van opzegging. Partijen verschillen van mening over de vraag hoe het concurrentiebeding, en meer in het bijzonder de zinsnede 'ICT datacenter infrastructure or cloud industry', moet worden uitgelegd. Anders dan werknemer

heeft betoogd, acht de kantonrechter het concurrentiebeding niet zodanig vaag dat het 'ongeveer iedere werkgever in de ICT-branche' omvat. Op grond van het vorenstaande moet worden aangenomen dat het concurrentiebeding uitsluitend ziet op bedrijven (en/of businessunits) die actief zijn in de datacenterinfrastructuur én cloudindustrie. Nu door werknemer niet gemotiveerd is weersproken dat Infradata zich bezighoudt met zowel datacenterinfrastructuur als cloudindustrie, valt Infradata onder de reikwijdte van het concurrentiebeding. Vervolgens komt de vraag aan de orde of het overeengekomen concurrentiebeding tijdelijk moet worden geschorst. Werknemer is door zijn salesfunctie bij Proact bekend met bedrijfsgevoelige informatie, zoals het hele prijsbeleid, de inkoopkortingen, de marges, offertes, verkoopmethodieken en prijsmodellen. De concurrerende positie van Proact kan eenvoudig worden aangetast op het moment dat de kennis van werknemer wordt aangewend bij concurrenten zoals Infradata. Nu werknemer het door Proact op dit punt gestelde niet, althans niet gemotiveerd, heeft weersproken, acht de kantonrechter voldoende aannemelijk dat Proact een bedrijfsbelang heeft bij handhaving van het concurrentiebeding jegens werknemer. Werknemer heeft hiertegenover vrijwel uitsluitend aangevoerd dat het bekleden van de functie bij Infradata een aanzienlijke positieverbetering voor hem zou zijn, nu de functie zowel sales als presales combineert, hij meer kansen heeft op een managementfunctie en hij er ook in salariëring fors op vooruit gaat. Hoewel het op de weg van werknemer had gelegen om zijn stelling nader te onderbouwen, heeft hij dit nagelaten. Nu hij bovendien niet heeft weersproken dat hij twee carrièrestappen heeft gemaakt gedurende zijn korte dienstverband bij Proact en Proact hem kort voor zijn opzegging nog een flinke salarisverhoging heeft toegekend, is niet aannemelijk dat de doorgroeimogelijkheden voor werknemer bij Proact zijn uitgeput. Het belang van werknemer is in het licht van het voorgaande onvoldoende zwaarwegend om tot schorsing van het concurrentiebeding te kunnen concluderen. Het hanteren van het concurrentiebeding is niet buiten proportie ten opzichte van het doel dat de Proact daarmee wil dienen, te weten de bescherming van bedrijfsgevoelige informatie. Ook voor matiging in tijd ziet de kantonrechter geen aanleiding. De vorderingen van werknemer worden afgewezen.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 21-09-2016

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2016:5172

Zaaknummer: 5260421 UV EXPL 16-235 JH/1050

Rechters: P. Krepel

Advocaten: A. Patist en S.J. van der Velde

Wetsartikelen: 7:653 BW en 254 Rv

RECHTSPRAAK

**werknemer/Stichting Geestelijke Gezondheidszorg
Delfland**

Procesrecht. Vonnis heeft gezag van gewijsde gekregen. Werknemer heeft geen belang bij zijn incidentele vordering.

In het tussenarrest heeft het hof overwogen dat werknemer met de appeldagvaarding niet heeft geappelleerd tegen het vonnis van 11 augustus 2014 in de procedure met rolnummer 1069232 CV EXPL 11-38154 (voorheen: 11-5372). Werknemer is door het hof in de gelegenheid gesteld te reageren op de stelling van Stichting Geestelijke Gezondheidszorg Delfland (hierna: GGZ Delfland) dat het laatstgenoemd vonnis gezag van gewijsde heeft gekregen tussen werknemer en GGZ Delfland, zodat werknemer niet meer kan opkomen tegen de eindbeslissingen in dat vonnis. Het hof heeft werknemer bovendien in de gelegenheid gesteld nader toe te lichten welk belang hij heeft bij zijn incidentele vordering om GGZ Delfland te veroordelen om werknemer toegang te verlenen tot zijn zakelijke e-mailberichten, indien wordt geoordeeld dat het vonnis ten opzichte van hem gezag van gewijsde heeft gekregen.

Het hof overweegt in het eindarrest als volgt. Artikel 236 Rv bepaalt dat beslissingen die de rechtsbetrekking in geschil betreffen en zijn vervat in een in kracht van gewijsde gegaan vonnis, in een ander geding tussen dezelfde partijen bindende kracht hebben. Werknemer is kennelijk van mening dat slechts de in het dictum vervatte beslissingen gezag van gewijsde krijgen, maar die opvatting is onjuist: het gezag van gewijsde strekt zich uit tot alle dragende overwegingen van een vonnis. Dat betekent dat alle overwegingen uit het eerste vonnis die dragend zijn voor de afwijzing van werknemers vorderingen tussen GGZ Delfland en werknemer gezag van gewijsde hebben gekregen. Werknemer heeft gesteld dat hij er geen belang bij had om van het eerste vonnis in hoger beroep te gaan, omdat hij in die procedure enkel verklaringen voor recht heeft gevorderd. Werknemer beschouwt de rechtsoverwegingen 6 t/m 13 als overwegingen ten overvloede, hetgeen zou meebrengen dat deze overwegingen geen gezag van gewijsde hebben gekregen. Indien de kantonrechter bij de beoordeling van de gevorderde verklaringen voor recht uitsluitend bepalend zou hebben geacht dat werknemer naar zijn oordeel bij deze vorderingen geen belang (in de zin van art. 3:303 BW) had, zou hij werknemer niet ontvankelijk hebben verklaard. In dat geval zouden de rechtsoverwegingen 6

t/m 13 zonder meer ten overvloede zijn geweest. De kantonrechter heeft de vorderingen echter afgewezen, hetgeen erop wijst dat de betreffende rechtsoverwegingen als dragende overwegingen zijn te beschouwen, omdat de vorderingen daarin inhoudelijk zijn beoordeeld. Voorts acht het hof van belang dat de kantonrechter in rechtsoverweging 5 heeft overwogen dat de daaropvolgende rechtsoverwegingen zien op een eventueel resterend deel van de vordering en dus niet op vorderingen die reeds zijn afgedaan in de rechtsoverwegingen 1 tot en met 4. De conclusie is dat de rechtsoverwegingen 6 tot en met 13 uit het eerste vonnis dragende overwegingen zijn, zodat GGZ Delfland zich terecht beroept op het gezag van gewijsde daarvan. Het vorenstaande betekent dat het hof in de onderhavige procedure tot uitgangspunt zal nemen dat werknemer heeft gefraudeerd op de in de rechtsoverwegingen 6 tot en met 13 van het eerste vonnis beschreven wijze en dat GGZ Delfland niet onrechtmatig en niet in strijd met het goed werkgeverschap heeft gehandeld door hem op staande voet te ontslaan. Werknemer heeft gesteld dat hij niettemin belang heeft bij dit incident omdat de rechtbank in de strafzaak tegen hem heeft bepaald dat de officier van justitie ervoor zal zorgdragen dat werknemer en zijn raadsman inzage krijgen in het zakelijke e-mailaccount van werknemer bij GGZ Delfland voor de periode van de tenlastelegging. Kennisname van deze documenten kan volgens werknemer een geheel ander licht op de zaak werpen en uitwijzen dat werknemer niet heeft gefraudeerd gedurende zijn dienstbetrekking bij GGZ Delfland. Naar het oordeel van het hof heeft werknemer onvoldoende belang bij toewijzing van de incidentele vordering. Werknemer heeft zelf toegelicht dat de officier van justitie in het kader van de strafzaak ervoor zal zorgdragen dat werknemer inzage krijgt in zijn zakelijke e-mailbestanden en in de logbestanden. Werknemer krijgt bovendien ook de mogelijkheid, na de inzage, relevante stukken in de strafzaak in te brengen. Het staat werknemer vrij – binnen de grenzen van het geldende procesreglement – de aldus verkregen stukken alsnog in deze hogerberoepprocedure over te leggen. Daarvoor is niet noodzakelijk dat de e-mailbestanden en het logbestand (nogmaals) door middel van een incident ex artikel 843a Rv bij GGZ Delfland worden opgevraagd.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 20-09-2016

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2016:2667

Zaaknummer: 200.182.126/01

Rechters: C.A. Joustra, R.S. van Coevorden en S.R. Mellema

Advocaten: C.C.P. Jansen en D.J.G. Timmermans

Wetsartikelen: 236 Rv en 843a Rv

RECHTSPRAAK

werknemer/Via Mio 's-Gravenhage BV

Geen kennelijk onredelijke opzegging. Werkgever kan het zich als commercieel bedrijf niet veroorloven een ontwerper te handhaven waarin niet het vertrouwen bestaat dat deze de door zijn werkgever gewenste uitstraling aan de door hem te ontwerpen kledingcollecties kan geven.

Werknemer is van 5 januari 2009 tot 31 december 2013 bij Via Mio 's-Gravenhage BV (hierna: Via Mio) in dienst geweest in de functie van Hoofd Stylist. Op 11 november heeft werknemer zich ziek gemeld. Op 15 november heeft Via Mio voor werknemer een ontslagaanvraag ingediend bij het UWV. Het UWV heeft toestemming verleend om de arbeidsovereenkomst op te zeggen. Werknemer heeft een succesvol beroep gedaan op de vernietigbaarheid van het ontslag in verband met het bestaan van een opzegverbod wegens ziekte. Op 28 oktober 2013 achtte werknemer zich volledig arbeidsgeschikt. Op dezelfde dag heeft Via Mio een hernieuwde aanvraag om ontslagvergunning gedaan. Het UWV heeft de gevraagde ontslagvergunning verleend. Werknemer vordert een verklaring voor recht dat de opzegging kennelijk onredelijk is. De kantonrechter heeft de vordering van werknemer afgewezen. Tegen dit vonnis komt werknemer in hoger beroep.

Het hof oordeelt als volgt. Het belang van Via Mio om de arbeidsrelatie met werknemer te verbreken is evident. Via Mio kan het zich als commercieel bedrijf niet veroorloven een ontwerper te handhaven waarin niet het vertrouwen bestaat dat deze de door zijn werkgever gewenste uitstraling aan de door hem te ontwerpen kledingcollecties kan geven. Een en ander is een te groot bedrijfsrisico. Het gaat in dezen om een gebrek aan vertrouwen, niet om disfunctioneren, zodat een verbetertraject zoals door werknemer voorgestaan, niet geïndiceerd is. Voor zover werknemer suggereert dat Via Mio hem min of meer heeft overvallen met de geuite kritiek, is dat ten onrechte. Uit de brief van 22 oktober 2011 komt naar voren dat er door Via Mio verschillende gesprekken gevoerd zijn met werknemer over het door hem voor Via Mio verrichte werk en de daarmee samenhangende klachten van de verkoop en de winkeliers. Het ligt in het verlengde van het voorgaande dat Via Mio, toen werknemer arbeidsongeschikt raakte en diens gevolgde de arbeidsrelatie met werknemer niet

kon opzeggen, direct instak op re-integratie in het tweede spoor, immers op dat tijdstip had Via Mio het noodzakelijke vertrouwen in werknemer reeds verloren. Toen de verzekeringsarts van het UWV aangaf dat interne arbeidsmogelijkheden niet op voorhand waren uitgesloten, heeft Via Mio zich gericht op re-integratie in het eerste spoor, maar niet in de eigen functie van werknemer, omdat Via Mio daarin geen vertrouwen had. Via Mio heeft werknemer bij de re-integratie in het eerste spoor geen werkzaamheden opgedragen die te maken hadden met zijn oude functie, daartoe was Via Mio op grond van het deskundigenoordeel ook niet gehouden. Toen werknemer eenmaal arbeidsgeschikt bevonden was, stond het Via Mio vrij zich tot het UWV te wenden met het verzoek de arbeidsovereenkomst met werknemer op te zeggen. De loonsanctie die Via Mio is opgelegd speelt bij de vraag of Via Mio zich naar behoren van haar re-integratieverplichtingen heeft gekweten geen rol van betekenis, nu deze sanctie enkel verband hield met het niet voldoen aan vormvoorschriften. Nadat een en ander gerepareerd was, is de loonsanctie ook (voortijdig) opgeheven. Naar het oordeel van het hof heeft Via Mio zich niet als een slecht werkgever gedragen door tegen de achtergrond van haar geschetste belang bij het einde van de arbeidsovereenkomst, te handelen zoals zij gedaan heeft. De opzegging die het gevolg is van bedoeld handelen is dan ook niet kennelijk onredelijk. Voor enige compensatie (vergoeding van schade) voor dat handelen is dan ook geen enkele grond aanwezig. Vorenstaande betekent dat de vordering van werknemer geen grond heeft en moet worden afgewezen. Volgt bekrachtiging van het vonnis waarvan beroep.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 13-09-2016

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2016:2721

Zaaknummer: 200.168.655/01

Rechters: S.R. Mellema, C.A. Joustra en F. Damsteegt-Molier

Advocaten: R.A. Severijn en J.L.R. Kenens

Wetsartikelen: 7:681 BW (oud)

RECHTSPRAAK

SOOB/X

Zie ook AR 2015-1284. Uitleg werkingssfeerbepalingen SOOB-cao. Hoofdactiviteit X valt niet onder beroepsgoederenvervoer. Aannemelijk is dat beide cao's aldus zijn geformuleerd dat een overlapping in de werkingssfeer zo veel mogelijk wordt voorkomen. De grieven falen.

Centraal staat de vraag of X op grond van het vanaf 1 januari 2013 geldende werkingssfeerartikel onder de werking van de zogeheten SOOB-cao viel en of de wijzigingen van de tekst van dit artikel per 1 januari 2013 van betekenis zijn voor de uitleg van de oudere tekst. Bij tussenarrest (zie AR 2015-1284) zijn partijen in de gelegenheid gesteld zich hierover uit te laten. SOOB stelt in haar akte dat X ook op grond van de in 2013 geldende tekst van het werkingssfeerartikel onder de werking van de SOOB-cao valt. X stelt zich in haar antwoordakte op het standpunt dat zij in 2013 – net als daarvoor – niet onder de werkingssfeer van de SOOB-cao viel.

Het hof overweegt het volgende. Partijen verschillen slechts van mening over de vraag of een van de uitzonderingen van lid B onder 1 (oude tekst) respectievelijk lid 2 onder a (nieuwe tekst) van het werkingssfeerartikel van de SOOB-cao van toepassing is. Vast is komen te staan dat 76% van de door X verrichte werkzaamheden valt onder de definities gegeven in lid 2 van het werkingssfeerartikel van de OOMT-cao (52% verlening van pechhulp en 24% bergingswerkzaamheden). Aldus staat vast dat X onder de OOMT-cao valt. Het hof zal thans beoordelen of X (tevens) onder de SOOB-cao valt. Bij deze beoordeling dient tot uitgangspunt dat X verplicht is een eigen bedrijfstak-cao toe te passen. Zij valt immers onder de werkingssfeer van de OOMT-cao terwijl deze in de in dit geding relevante periode algemeen verbindend is verklaard. In zoverre is voldaan aan de uitzonderingsvoorwaarde in de respectieve teksten van de werkingssfeerbepaling van de SOOB-cao. Tussen partijen is niet in geschil, zo begrijpt het hof, dat is voldaan aan de aanvullende voorwaarde zoals geformuleerd achter het *eerste* gedachtestreepje in de tweede alinea van lid 2 onderdeel a van het werkingssfeerartikel van de SOOB-cao geldend in 2013. Achter het *tweede* gedachtestreepje aldaar is nog als aanvullende voorwaarde gesteld dat de hoofdactiviteit van de onderneming

een andere is dan beroepsgoederenvervoer over de weg, logistieke dienstverlening of de verhuur van mobiele kranen. Het hof is van oordeel dat aan deze aanvullende voorwaarde is voldaan omdat in dit geval sprake is van een andere hoofdactiviteit dan de aldaar genoemde activiteiten. Het merendeel van de werkzaamheden van X, 52%, bestaat uit pechhulp. Een en ander betekent dat de hoofdactiviteit van X bestaat uit pechhulp en/of het bergen van voertuigen en dus uit andere activiteiten dan beroepsgoederenvervoer over de weg, logistieke dienstverlening en/of de verhuur van mobiele kranen. Aan een en ander doet niet af dat X krachtens de Wet wegvervoer goederen (mede) vergunningplichtig vervoer verricht. Dat maakt immers nog niet dat de hoofdactiviteit van X bestaat uit beroepsgoederenvervoer over de weg. Het komt erop neer dat het geheel van feiten maakt dat het niet in de rede ligt om te oordelen dat de hoofdactiviteit van X bestaat uit beroepsgoederenvervoer over de weg. Bij dit oordeel is van betekenis dat aannemelijk is dat beide cao's aldus zijn geformuleerd dat een overlapping in de werkingssfeer zo veel mogelijk wordt voorkomen. Dit heeft tot gevolg dat, voor zover de SOOB-cao bepaalt dat deze niet van toepassing is in het geval dat de onderneming een eigen bedrijfstaking-cao dient toe te passen, en daaraan nog aanvullende voorwaarden stelt, deze aanvullende voorwaarden restrictief dienen te worden geïnterpreteerd hetgeen het hof in het voorgaande heeft gedaan. Een en ander leidt tot de conclusie dat X niet onder de werkingssfeer van de SOOB-cao valt zoals deze met ingang van 1 januari 2013 luidt. De grieven falen. Het vonnis waarvan beroep zal worden bekrachtigd.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 13-09-2016

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2016:3734

Zaaknummer: 200.162.421/01

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

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

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

RECHTSPRAAK

werkneemster/Stichting Lucas Onderwijs

Met de ‘akte van ontslag’ en de ‘akte van benoeming’ is feitelijk bewerkstelligd dat arbeidsongeschikte werkneemster bij werkgever (in het onderwijs) is herplaatst. Geen recht op transitievergoeding of gefixeerde schadevergoeding.

Werkneemster is in 2001 in dienst getreden bij Stichting Lucas Onderwijs. Op 8 juli 2013 heeft werkneemster zich ziek gemeld. Aan werkneemster is vanaf december 2015 een loongerelateerde WGA-uitkering toegekend. Bij ‘akte van ontslag’ van 5 april 2016 heeft Stichting Lucas aan werkneemster met ingang van 1 februari 2016 ontslag verleend op grond van ‘ongeschiktheid voor de functie wegens ziekte of gebrek’. Bij ‘akte van benoeming’ van 22 maart 2016 heeft Stichting Lucas werkneemster in dienst genomen vanaf 1 februari 2016, in de functie van remedial teacher. Werkneemster vordert betaling van de transitievergoeding en een gefixeerde schadevergoeding. Stichting Lucas heeft aangevoerd dat geen sprake is van opzegging, omdat werkneemster per dezelfde datum is herbenoemd. Volgens Stichting Lucas is de arbeidsovereenkomst daarmee voortgezet onder gewijzigde voorwaarden.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Tussen partijen staat niet ter discussie dat op de arbeidsovereenkomst de cao voor het voortgezet onderwijs (hierna: CAO VO) van toepassing is. In artikel 4.2 lid 1 CAO VO is opgenomen dat op de werknemer die wegens arbeidsongeschiktheid geheel of gedeeltelijk verhinderd is arbeid te verrichten de Zavo van toepassing is. Artikel 20 onderdeel i Zavo bepaalt dat, indien bij het onderzoek naar de blijvende ongeschiktheid van de werknemer het UWV van oordeel is dat de werknemer arbeidsgeschikt is voor en herplaatsbaar in zijn eigen betrekking onder andere voorwaarden, dan wel in één of meer andere functies bij de werkgever, het ontslag slechts mogelijk is indien de werknemer direct aansluitend onder die andere voorwaarden in zijn betrekking, dan wel in die andere functie wordt benoemd. Werkneemster heeft niet weersproken dat van een zodanige situatie sprake is. Stichting Lucas heeft, door werkneemster te benoemen in werkzaamheden en een werktijdumfang die passen bij haar belastbaarheid, overeenkomstig de WIA-uitspraak en artikel 20 onderdeel i Zavo gehandeld. Dit leidt tot de conclusie dat van een daadwerkelijke beëindiging van het dienstverband van werkneemster geen sprake is. Met

de ‘akte van ontslag’ en de ‘akte van benoeming’ is feitelijk bewerkstelligd dat werkneemster is herplaatst. Dat de term ‘ontslag’ erop lijkt te duiden dat de arbeidsovereenkomst is beëindigd doet daaraan niet af. Volgt afwijzing van de vorderingen.

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 09-09-2016

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2016:10561

Zaaknummer: 5117243 RP VERZ 16-50393

Rechters: A.J. Japenga

Advocaten: M.G.L. Boxma en W. Brussee

Wetsartikelen: 7:673 BW, 7:677 BW en 20 ZAVO

RECHTSPRAAK

werknemer/Securitas Kantoorpersoneel B.V.

Werkgever laat na een functiejaarplan vast te stellen, zodat werknemer niet in aanmerking komt voor de jaarlijkse bonus, die daarop gebaseerd is. Strijd met goed werkgeverschap. ‘Voldoende’ beoordeling wordt als vervuld beschouwd. Bonus verschuldigd.

Werknemer is op 1 maart 2014 voor de duur van een jaar in dienst getreden bij Securitas Kantoorpersoneel B.V. (hierna: Securitas) in de functie van Manager Area Sales. Werknemer kwam in aanmerking voor het Annual Incentive Plan 2014 (AIP), een jaarlijkse bonus. Daarbij is als voorwaarde gesteld dat de AIP alleen wordt toegekend indien er bij het functiejaarplan minimaal een voldoende gehaald is. Securitas heeft werknemer per 23 oktober 2014 vrijgesteld van het verrichten van werkzaamheden. Securitas heeft aan werknemer geen bonus uitgekeerd. Werknemer vordert veroordeling van Securitas tot betaling van de bonus over 2014. Werknemer stelt dat hij over 2014 zijn bedrijfsdoelstellingen heeft gehaald. Om vervolgens in aanmerking te kunnen komen voor een bonus moet werknemer ten minste een voldoende scoren op de beoordeling van zijn functiejaarplan. Met werknemer is echter geen functiejaarplan overeengekomen. Dat Securitas dit heeft nagelaten kan niet aan werknemer worden tegengeworpen, aldus werknemer.

De kantonrechter oordeelt als volgt. De reden waarom geen functiejaarplan is vastgelegd, is er volgens Securitas in gelegen dat werknemer per 1 maart 2014 in dienst is getreden terwijl het functiejaarplan gewoonlijk in de maand januari wordt vastgelegd. Echter, niet gesteld of gebleken is dat dit vooraf aan werknemer kenbaar is gemaakt. De AIP bepaalt overigens dat bij indiensttreding tussen 1 januari en 1 juli de AIP naar rato van de periode van het dienstverband berekend wordt zodat werknemer ervan uit mocht gaan dat hij bij indiensttreding per 1 maart aanspraak kon maken op een pro rata bonus. Van Securitas mag als goed werkgever een grote mate van zorgvuldigheid worden verwacht bij de uitvoering van de bonusregeling. Daartoe behoort ook het vastleggen van een functiejaarplan en de beoordeling van de werknemer aan de hand van de vastgelegde criteria. Dit klemmt temeer omdat werknemer ernstig benadeeld wordt indien de werkgever dit achterwege laat omdat zijn bonus hiervan afhankelijk is. Nu Securitas heeft nagelaten het functiejaarplan vast te

stellen, handelt zij in strijd met het goed werkgeverschap. Artikel 6:23 BW bepaalt dat wanneer de partij die bij de niet-ervulling van een voorwaarde belang had, die vervulling heeft belet, de voorwaarde als vervuld geldt indien de redelijkheid en billijkheid dit verlangen. Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen brengt naar het oordeel van de kantonrechter de redelijkheid en billijkheid met zich dat de voorwaarde van een 'voldoende' beoordeling conform het functiejaarplan als vervuld moet worden beschouwd, hetgeen tot 85% van de berekende AIP leidt. Gelet op de non-actiefstelling en het niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd en de motivering van Securitas hierbij acht de kantonrechter te weinig aanknopingspunten aanwezig om van een hogere beoordeling ('goed' of 'uitstekend') uit te gaan. Het voorgaande betekent dat Securitas aan werknemer de bonus moet betalen. Deze moet gebaseerd zijn op een pro rata dienstverband van 10/12 nu de non-actiefstelling eind oktober 2014 in beginsel, conform vaste jurisprudentie (ECLI:NL:HR:2003:AF3057, Van der Gulik/Vissers), voor rekening en risico van Securitas als werkgever behoort te komen.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 06-09-2016

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2016:6037

Zaaknummer: CV EXPL 16-6259

Rechters: M.D. Ruizeveld

Advocaten: E.H. Deur en S.A. Stokla

Wetsartikelen: 6:23 BW en 7:611 BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/Stichting Islamitisch Primair Onderwijs Rijnmond

Partijen hadden met de ‘akte van ontslag’ en ‘akte van benoeming’ geen ander doel voor ogen dan herplaatsing van arbeidsongeschikte lerares in de voor haar passend bevonden functie van onderwijsassistent. Geen recht op transitievergoeding.

Werkneemster is vanaf 4 januari 2002 tot 1 augustus 2015 op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd als lerares werkzaam geweest bij STIPOR. Op 17 januari 2013 heeft zij zich ziek gemeld. Het UWV heeft met ingang van 11 juni 2015 een loongerelateerde WGA-uitkering aan werkneemster toegekend. Op 13 juli 2015 is een akte van ontslag aan werkneemster verleend. Hierin staat dat werkneemster met ingang van 1 augustus 2015 ontslag wordt verleend. Op 13 juli 2015 is tevens een akte van benoeming aan werkneemster verleend. Vanaf 1 augustus 2015 is werkneemster voor onbepaalde tijd bij STIPOR benoemd tot onderwijsassistent. Op de arbeidsovereenkomst is de collectieve arbeidsovereenkomst voor het primair onderwijs (hierna: CAO PO) van toepassing. Werkneemster heeft om toekenning van de transitievergoeding verzocht. Zij stelt dat haar arbeidsovereenkomst is opgezegd door de akte van ontslag. STIPOR heeft verweer gevoerd en zich op het standpunt gesteld dat geen sprake is van een ontslag maar van een herbenoeming. De kantonrechter heeft het verzoek van werkneemster afgewezen. Daarbij heeft de kantonrechter onder andere overwogen dat de arbeidsovereenkomst feitelijk niet is beëindigd en opnieuw is aangegaan, maar ononderbroken is voortgezet, zij het onder gewijzigde voorwaarden (‘wezen gaat voor schijn’). Tegen dit oordeel keert werkneemster zich in hoger beroep.

Het hof oordeelt als volgt. Niet gebleken is dat partijen met de ‘akte van ontslag’ en ‘akte van benoeming’ een ander doel voor ogen hadden dan herplaatsing van werkneemster bij de eigen werkgever in de voor haar passend bevonden functie van onderwijsassistent. Werkneemster kan niet worden gevolgd in haar standpunt dat slechts dan sprake is van een ‘herplaatsing zonder ontslag’ als er een duidelijke en ondubbelzinnige instemming van werkneemster

voorhanden zou zijn. Dat werkneemster zich heeft verzet tegen de herplaatsing in de functie van onderwijsassistent is gesteld noch gebleken. Evenmin is betwist dat sprake was van een passende functie. Het hof is van oordeel dat de feitelijke situatie niet kan leiden tot een andere conclusie dan dat werkneemster door STIPOR is herplaatst in de passende functie van onderwijsassistent, welke functie werkneemster heeft aanvaard. Een redelijke uitleg van de toepasselijke regelgeving – met name artikel 3.9 lid 2 onderdeel c en lid 7 van de CAO PO in combinatie met artikel 20 lid 2 onderdeel c van de Zapo-regeling – leidt tot de conclusie dat de werkgever de arbeidsverhouding met een gedeeltelijk arbeidsongeschikte werkneemster slechts daadwerkelijk (d.w.z.: zonder de verplichting tot herplaatsing) kan beëindigen als er geen reële herplaatsingsmogelijkheden zijn in passende arbeid. Van een beëindiging van de arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:673 lid 1 BW (opzegging door de werkgever, ontbinding op verzoek van de werkgever dan wel einde van rechtswege op initiatief van de werkgever en geen voortzetting) is naar het oordeel van het hof in de gegeven omstandigheden dan ook geen sprake. Dat de transitievergoeding ook is verschuldigd indien een arbeidsovereenkomst wordt beëindigd vanwege langdurige arbeidsongeschiktheid en er volgens de wetgever geen rechtvaardiging is om onderscheid te maken tussen (langdurig) arbeidsongeschikte en andere werknemers, kan niet leiden tot een ander oordeel.

Ten overvloede overweegt het hof dat de stelling van werkneemster dat zij inkomsten derft als gevolg van het ontslag (in welk verband werkneemster erop heeft gewezen dat uit de wetsgeschiedenis blijkt dat compensatie van inkomensgevolgen van het ontslag een van de doelstellingen van de transitievergoeding is), niet juist is. De inkomensachteruitgang is het gevolg van de omstandigheid dat werkneemster niet langer in staat is haar oude werk als lerares te verrichten. Niet gesteld of gebleken is immers dat als STIPOR werkneemster niet had kunnen herplaatsen en het dienstverband van werkneemster ‘slapend’ had voortgeduurd, er op STIPOR na ommekomst van twee ziektejaren nog een loondoorbetalingsverplichting had gerust. In dat geval zou evenzeer sprake zijn geweest van inkomstenderving. De bestreden beschikking van de kantonrechter wordt bekrachtigd.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 06-09-2016

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2016:2590

Zaaknummer: 200.188.616/01

Rechters: C.J. Frikkee, H.M. Wattendorf en R.S. van Coevorden

Advocaten: G. Wind en A. Yandere

Wetsartikelen: 7:673 BW en 20 ZAPO

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgever

Na een verkeersirritatie tussen werknemer en een derde, slaat werknemer de derde met een ijzeren staaf. Hoewel dit tot onnodige escalatie heeft geleid en verwijtbaar is (art. 7:669 lid 3 aanhef en onderdeel e BW), is het niet ernstig verwijtbaar (art. 7:673 lid 7 aanhef en onderdeel c BW). Toekenning transitievergoeding.

Werknemer is op 30 november 2012 bij werknemer, een transportbedrijf, in dienst getreden in de functie van chauffeur. Werknemer was in de nacht van 9 op 10 december 2015 belast met transport. Tijdens deze rit ontstond een verkeersirritatie tussen werknemer en een derde. De derde heeft werknemer bij een benzinestation aangesproken op zijn rijgedrag, waarna een woordenwisseling heeft plaatsgevonden. De derde raakte daarbij erg geïrriteerd en gaf een tik tegen de linker buitenspiegel van de vrachtwagen. Werknemer reageerde met woorden als 'Blijf van mijn vrachtwagen af'. Daarop heeft de derde de cabinedeur van de vrachtwagen opengetrokken, weer dicht gesloten, waarbij werknemer werd geraakt. Werknemer heeft daarop een stalen staaf (van zo'n 80 cm) gepakt die in de cabine lag, is uit de vrachtwagen gestapt, richting de derde gelopen en heeft naar de derde uitgehaald en hem met die staaf eenmaal geslagen. Dit gedrag van werknemer is voor werkgever reden geweest om werknemer op non-actief te stellen en een ontbindingsverzoek in te dienen bij de kantonrechter. Oordelende dat werknemer zich schuldig heeft gemaakt aan verwijtbaar handelen als bedoeld in artikel 7:669 lid 3 aanhef en onderdeel e BW, heeft de kantonrechter bij beschikking van 24 maart 2016 de arbeidsovereenkomst van partijen ontbonden per 25 maart 2016 en werknemer op de voet van artikel 7:673 lid 7 aanhef en onderdeel c BW een transitievergoeding ontzegd. In het kader van het appel tegen die beschikking heeft werknemer twee bezwaren geformuleerd. Het eerste bezwaar richt zich tegen het oordeel van de kantonrechter dat er sprake is van verwijtbaarheid als bedoeld in artikel 7:669 lid 3 aanhef en onderdeel e BW.

Het hof overweegt ter zake als volgt. Na het verkeersongenoegen bij het uitvoegen naar de benzinepomp op de A-16 nabij Hendrik Ido Ambacht is het de derde geweest die de confrontatie met werknemer gezocht heeft. Door in geagiteerde gemoedstoestand op de vrachtwagen waar werknemer zich in bevond, af te stappen, tegen de (linkerbuitenspiegel van

de) vrachtwagen te slaan en op enig moment daarna de cabinedeur van de vrachtwagen van werknemer open te trekken, heeft de derde bij werknemer zonder meer een gevoel van onveiligheid gecreëerd. Door het in geagiteerde toestand opentrekken van de cabinedeur heeft de derde werknemer bedreigd in zijn privédomein. Niet duidelijk is echter waarom werknemer, nadat de derde de cabinedeur had dichtgesmeten, die deur niet zelf heeft dicht getrokken, op slot gedaan en vervolgens is weggereden om zich zo aan de agressie van de derde te onttrekken. Door uit de vrachtwagen te stappen, daarbij een ijzeren staaf uit die vrachtauto mee te nemen en daarmee op de derde af te lopen en te slaan, heeft werknemer, naar het oordeel van het hof, onnodig de situatie doen escaleren. Een werknemer die tijdens het uitvoeren van de bedongen arbeid handelt op de wijze, zoals hiervoor geschetst, maakt zich naar het oordeel van het hof schuldig aan verwijtbaar handelen als bedoeld in artikel 7:669 lid 3 aanhef en onderdeel e BW.

Het tweede bezwaar dat werknemer geformuleerd heeft tegen de beschikking van de kantonrechter, betreffende het onthouden van een transitievergoeding, treft wel doel. Het hof vindt daarbij van belang dat de derde zich zeer agressief tegenover werknemer heeft opgesteld en werknemer heeft bedreigd en uitgedaagd. Werknemer is daarop ingegaan en heeft zichzelf daarbij verloren door uiteindelijk de derde met een ijzeren staaf te slaan. Dit valt werknemer aan te rekenen, maar is, gelet op de context waarin een en ander zich heeft afgespeeld, wel verwijtbaar, maar niet ernstig in de zin van artikel 7:673 lid 7 aanhef en onderdeel c BW. Vorenstaande betekent dat werknemer recht heeft op een transitievergoeding nu zijn dienstverband met werkgever langer dan twee jaar geduurd heeft. Voor het toekennen van een billijke vergoeding ziet het hof geen aanleiding. De conclusie van al het voorgaande is dat waar het tweede bezwaar doel treft, de bestreden beschikking niet in stand kan blijven en zal worden vernietigd.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 24-08-2016

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2016:2722

Zaaknummer: 200.191.744/01

Rechters: S.R. Mellema, H.J. Vetter en D. Aarts

Advocaten: E.J.W.F. Deen en J.H. Silfhout

Wetsartikelen: 7:673 lid 7 aanhef en onderdeel c BW en 7:699 lid 3 aanhef en onderdeel e BW

RECHTSPRAAK

werkgever/werknemer

Kennelijk onredelijk ontslag. Werkgever heeft UWV op wezenlijk punt verkeerd voorgelicht. Aannemelijk dat ontslagvergunning bij juiste voorstelling van zaken niet was verleend.

Werknemer is op 4 april 1991 bij werkgever in dienst getreden. Werkgever heeft in september 2013 aan het UWV toestemming gevraagd voor het beëindigen van de arbeidsovereenkomst. Daaraan heeft zij bedrijfseconomische redenen ten grondslag gelegd. Het UWV heeft werkgever verzocht schriftelijk op het door werknemer gevoerde verweer te reageren en in ieder geval de vraag te beantwoorden of werkgever structureel zzp'er X inhuurt voor werkzaamheden die werknemer ook uitvoert. Werkgever heeft daarop gereageerd dat inhuur van zzp'er X sinds de week van 30 juli 2013 niet meer plaatsvindt. Het UWV heeft bij beschikking van 20 januari 2014 de gevraagde ontslagvergunning verleend. Tijdens het voorlopig getuigenverhoor op 27 november 2014 heeft Y onder meer verklaard dat X sinds de bouwvak 2013 tot november 2013 voor werkgever heeft gewerkt en vanaf februari 2014 tot 'heden', 27 november 2014 dus. Werknemer vordert werkgever te veroordelen tot betaling van € 79.432 ter zake van schadevergoeding als bedoeld in artikel 7:681 BW. De kantonrechter heeft werkgever veroordeeld tot betaling van een schadevergoeding ten bedrage van € 40.000. Tegen dit vonnis komt werkgever in hoger beroep.

Het hof oordeelt als volgt. De stukkenwisseling bij het UWV heeft zich toegespitst op de persoon van X. Werkgever heeft het UWV onder meer meegedeeld dat X niet meer voor haar werkzaam was, dat zij na de bouwvakvakantie in 2013 voor de diensten van X had bedankt, dat X werkzaam was voor de Firma C en dat werknemer er waarschijnlijk op doelde dat hij X op een door werkgever van C (het hof begrijpt: met machinist en al, zijnde X) ingehuurde kraan heeft zien werken. In het kader van het voorlopig getuigenverhoor heeft Y zoals blijkt uit het genoemde proces-verbaal op 27 november 2014 het volgende verklaard. X heeft sinds de bouwvak 2013 tot november 2013 voor werkgever gewerkt en vanaf februari 2014 tot 'heden', 27 november 2014 dus. In 2014 factureerde X rechtstreeks aan werkgever. Dat X eerder via C factureerde had te maken met de voor zzp'ers verplichte VAR-verklaring waarbij sprake moest zijn van meerdere opdrachtgevers. X werkte op de kraan die werkgever in mei 2014 had

verkocht en had teruggehuurd van E, aldus nog steeds de verklaring van Y. De verschillen tussen hetgeen werkgever tegenover het UWV aangaande de positie van X heeft aangevoerd en hetgeen haar directeur daaromtrent als getuige heeft verklaard springen in het oog. Nu X werkte op een kraan die werkgever in mei 2014 heeft verkocht kan het niet juist zijn zoals werkgever in haar brief van 5 december 2013 stelde, dat werknemer X mogelijk had zien werken op een kraan van C. Een aanwijzing daarvoor vormt ook de verklaring van Y dat de inhuur via C was ingegeven door eisen die in verband met de VAR-verklaring werden gesteld. Kennelijk bestond die noodzaak in februari 2014 al niet meer, omdat X volgens de verklaring van Y vanaf die tijd weer rechtstreeks als zzp'er voor werkgever is gaan werken, welke situatie ten tijde van het verhoor klaarblijkelijk nog ongewijzigd was. Met andere woorden, de wijze van betaling van X door werkgever mag dan tijdelijk zijn gewijzigd, de werksituatie bleef dezelfde. Bij het verlenen van de ontslagvergunning ging het UWV er dus ten onrechte van uit, zoals in de beschikking is vermeld, dat werkgever 'in sommige gevallen nog een kraan met machinist van een ander bedrijf inhuurt en dat die machinist de zzp'er was die u eerder inhuurde'. Het voorgaande voert tot de slotsom dat werkgever het UWV op een wezenlijk punt verkeerd heeft voorgelicht. Het hof acht het aannemelijk dat het UWV, als zij de werkelijke situatie had gekend, de ontslagvergunning niet had verleend. Het ontslag is dus kennelijk onredelijk op de primair door werknemer aangevoerde, door de kantonrechter verworpen grond. Werkgever heeft de arbeidsovereenkomst met werknemer opgezegd onder opgave van een valse reden. Werkgever heeft geen grief gericht tegen de hoogte van de door de kantonrechter toegekende vergoeding. Ook overigens heeft werkgever niets aangevoerd dat het hof noopt tot het toekennen van een lager bedrag. Volgt bekrachtiging van het bestreden vonnis.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 23-08-2016

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2016:3426

Zaaknummer: 200.179.865/01

Rechters: G. Boot, S.F. Schütz en D. Kingma

Advocaten: S. Bharatsingh en J.B. de Jong

Wetsartikelen: 7:681 BW en 7:681 lid 2 onderdeel a BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/Primera de Weiert

Ontslag op staande voet wordt rechtmatig geoordeeld, nadat werkneemster in de functie van verkoopster winkelartikelen en geld heeft verduisterd van werkgever. De kantonrechter schat de schade, nu de ondertekende schuldbekentenis zonder goedschrift niet voldoet aan artikel 158 Rv.

Werkneemster is op 4 juni 2014 voor bepaalde tijd (één jaar) bij Primera de Weiert in dienst getreden in de functie van verkoopster tegen een loon van € 9,12 per uur exclusief vakantietoeslag. Primera de Weiert hanteert een winkelreglement waarin kort en wel is opgenomen dat diefstal uit de winkel door werknemers leidt tot ontslag op staande voet. Primera de Weiert heeft werkneemster opgeroepen om op 3 maart 2015 langs te komen voor een werkbespreking. Bij dit gesprek was bedrijfsrechercheur X aanwezig. Tijdens dit gesprek, dat deels is opgenomen, heeft werkneemster een door X opgestelde verklaring ondertekend waarin zij diefstallen en de verschuldigdheid van een schadebedrag van € 2000 en onkosten voor onderzoek van € 500 erkent. Op basis van deze verklaring heeft X een 'bevestiging ontslag op staande voet' opgesteld die mede door werkneemster is ondertekend. De gemachtigde van werkneemster heeft op 5 maart 2015 de nietigheid van het gegeven ontslag op staande voet ingeroepen en heeft bij brief van 8 mei 2015 de overeenkomst buitengerechtelijk vernietigd. Werkneemster vordert onder meer een verklaring voor recht dat de overeenkomsten van 3 maart 2015 rechtsgeldig zijn vernietigd, subsidiair dat deze worden vernietigd en dat werkneemster niet gehouden is het bedrag van € 2500 aan Primera de Weiert te betalen. Primera de Weiert heeft verweer gevoerd met als conclusie afwijzing van de vorderingen van werkneemster.

De kantonrechter overweegt het volgende. Hoewel niet het hele gesprek van 3 maart 2015 is opgenomen, valt uit het opgenomen gedeelte van het gesprek op te maken dat dit in een rustige sfeer is verlopen en dat na rustige voorlezing van de verklaring door X werkneemster deze heeft ondertekend. Van het op onoorbare wijze onder druk zetten van werkneemster is de kantonrechter niet gebleken. Werkneemster heeft in de verklaring erkend dat zij op stelselmatige wijze geld, snoep en/of drinkwaren heeft weggenomen uit de winkel. Deze

verklaring heeft zij in deze procedure bevestigd in de zin dat zij erkent dat zij geregeld geld en goederen heeft weggenomen. Niet aannemelijk is gemaakt dat werkneemster heeft gedwaald. Over de juistheid van haar eigen verklaring hoefde werkneemster geen juridisch advies in te winnen. Werkneemster heeft bij brief van 5 maart 2015 de vernietiging van het ontslag op staande voet ingeroepen. Op die grond vordert zij loondoorbetaling tot de dag van de dagvaarding. Anders dan de gemachtigde van werkneemster naar voren brengt, kan diefstal of verduistering in dienstbetrekking wel degelijk een dringende reden zijn voor een ontslag op staande voet, ook wanneer de gevolgen ingrijpend zijn. Gelet op de mate van zelfstandigheid in de functie van verkoper en de beperkte mogelijkheid van toezicht moet Primera de Weiert er volledig op kunnen vertrouwen dat werkneemster haar functie juist uitoefent. Dit vertrouwen heeft werkneemster beschaamd. Gelet op de duur en de omvang van de diefstal of verduistering is een ontslag op staande voet gerechtvaardigd. De kantonrechter is voorts van oordeel dat het ontslag op staande voet onverwijld is gegeven. Weliswaar beschikte X al enkele weken over de videobeelden met aanwijzingen dat werkneemster diefstal pleegde, Primera de Weiert was in afwachting van een rapport en heeft werkneemster terecht eerst willen confronteren met dit bewijs alvorens tot ontslag over te gaan. Werkneemster heeft gevorderd voor recht te verklaren dat zij niet gehouden is het bedrag van € 2500 te betalen, dan wel dit bedrag te matigen. De verklaring van werkneemster voldoet niet aan artikel 158 lid 1 jo. 157 lid 2 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering zodat de waardering van de verklaring aan de kantonrechter is. Afgaande op de verklaring van werkneemster is redelijkerwijze de conclusie gerechtvaardigd dat de schade voor Primera de Weiert in ieder geval € 2000 bedraagt wegens diefstal of verduistering. De kantonrechter wijst alle vorderingen van werkneemster af.

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 12-07-2016

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2016:3248

Zaaknummer: 4259267 \ CV EXPL 15-5032

Rechters: G.J.J. Smits

Advocaten: J.S. Visser

Wetsartikelen: 7:677 BW, 7:678 BW, 7:681 BW, 157 Rv en 158 Rv

RECHTSPRAAK

werkneemster/Stichting Zorgorganisatie Het Hoge Veer

Ontslag op staande voet arbeidsongeschikte werkneemster wegens werkweigering niet rechtsgeldig. Afwijzing voorwaardelijk ontbindingsverzoek wegens schending re-integratieverplichtingen (e-grond).

Werkneemster is op 1 april 2013 in dienst getreden bij Hoge Veer. Zij is per 1 augustus 2015 arbeidsongeschikt geworden met onder meer psychische klachten, waarna zij geleidelijk is gaan re-integreren. Op 15 maart 2016 heeft de bedrijfsarts werkneemster arbeidsgeschikt geoordeeld voor volledige werkhervatting per 18 april 2016. Op 21 april 2016 heeft werkneemster zich ziek gemeld, waarna zij op 25 april 2016 de bedrijfsarts heeft bezocht. De bedrijfsarts heeft geoordeeld dat de ziekmelding niet akkoord is en dat werkneemster per 25 april 2016 hersteld blijft staan. Werkgever heeft een loonstop aangekondigd. Op 28 april 2016 is werkneemster verzocht het werk per ommegaande weer op te pakken en is haar medegedeeld dat een ontslag op staande voet dreigt als zij dit nalaat. Bij schrijven van 2 mei 2016 is werkneemster op staande voet ontslagen wegens werkweigering. Werkneemster verzoekt vernietiging van het ontslag. Indien het ontslag op staande voet geen stand kan houden, verzoekt Hoge Veer de arbeidsovereenkomst te ontbinden op de e-grond.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Het ontslag op staande voet is gegeven naar aanleiding van het gerezen meningsverschil over de arbeidsgeschiktheid: werkneemster acht zich arbeidsongeschikt en de bedrijfsarts acht haar arbeidsgeschikt. Als gevolg daarvan heeft Hoge Veer aan werkneemster een loonsanctie opgelegd per 25 april 2016. Daarmee heeft Hoge Veer een sanctie opgelegd die een nadeel aan haar kant (wel loon, geen volledige arbeid) opheft. Deze loonsanctie had kennelijk, in de ogen van Hoge Veer, onvoldoende effect en zij is reeds na een week overgegaan tot het ontslag van werkneemster. Allereerst heeft Hoge Veer hiermee in strijd met haar verzuim- en re-integratiebeleid gehandeld, waarin is bepaald dat wanneer de medewerker het niet eens is met een herstelverklaring van de bedrijfsarts hij/zij een second opinion kan aanvragen bij het UWV en indien het advies luidt dat de medewerker arbeidsgeschikt is en hij/zij weigert zijn/haar werkzaamheden te hervatten de bezoldiging van de medewerker gestaakt kan worden. In dit beleid is als sanctie derhalve staking van het loon

en niet een ontslag op staande voet opgenomen. Daarnaast heeft Hoge Veer door dit ontslag op staande voet te geven de door haar personeelsconsulente met werkneemster gemaakte afspraak om over het gerezen meningsverschil na 8 mei 2016 (na de vakantie van de personeelsconsulente) verder te praten genegeerd. Uit de deskundigenoordelen van het UWV volgt dat Hoge Veer onvoldoende heeft meegewerkt aan de re-integratie van werkneemster. Indien en voor zover Hoge Veer twijfelt aan het deskundigenoordeel van het UWV had het op haar weg gelegen om een second opinion aan te vragen. Dit heeft Hoge Veer niet gedaan. Voorts is zonder de uitkomsten van het door werkneemster aangevraagde deskundigenoordeel af te wachten tijdens de loonsanctie tot het ontslag op staande voet overgegaan. Geoordeeld wordt dat het ontslag op staande voet niet rechtsgeldig is. Het verzoek tot vernietiging van het ontslag wordt toegewezen.

Ten aanzien van het ontbindingsverzoek wordt geoordeeld dat het opzegverbod tijdens ziekte niet aan ontbinding in de weg staat. Kern van het verwijt van Hoge Veer betreft niet de ziekte van werkneemster, maar het feit dat werkneemster zich niet aan de re-integratieverplichtingen heeft gehouden. In een dergelijk geval staat het opzegverbod tijdens ziekte niet aan een ontbinding van de arbeidsovereenkomst in de weg. De gedragingen van werkneemster zijn niet zodanig verwijtbaar dat op grond daarvan de arbeidsovereenkomst dient te worden ontbonden. Verwezen wordt naar hetgeen is overwogen ten aanzien van het ontslag op staande voet. Daarnaast heeft werkneemster weliswaar in de periode van ongeveer negen maanden re-integratie zich een aantal keer niet aan afspraken gehouden, maar dat zij in die periode niet of onvoldoende heeft meegewerkt aan haar re-integratie is niet gebleken. Het tegenverzoek van Hoge Veer wordt afgewezen.

Datum uitspraak:

Zaaknummer:

RECHTSPRAAK

Wederrechtelijk verkregen inkomsten uit hennepkwekerij had appellant moeten melden bij UWV en zijn aanleiding voor herziening en terugvordering onverschuldigd betaalde ZW-uitkering.

Appellant ontvangt van 22 februari 2010 tot en met 12 december 2011 een ZW-uitkering. Op 19 oktober 2011 is in de schuur naast de woning van appellant een hennepkwekerij aangetroffen. Appellant is verhoord door de politie en er is een rapport werknemersfraude opgemaakt door UWV. UWV neemt aan dat appellant inkomsten heeft genoten vanuit een hennepkwekerij, dat hij daarvan geen melding heeft gedaan bij UWV en dat hij geen recht had op een ZW-uitkering. UWV herzielt de ZW-uitkering met terugwerkende kracht en vordert de onverschuldigd betaalde ZW-uitkering terug. Het bezwaar en beroep van appellant worden ongegrond verklaard.

De Centrale Raad van Beroep oordeelt als volgt. Vast staat dat de politie in de door appellant geëxploiteerde hennepkwekerij in zijn schuur naast de woning 159 hennepplanten heeft aangetroffen. Tevens is door de politie afgeleid dat er minimaal één geslaagde oogst is geweest en het wederrechtelijk verkregen voordeel is berekend op € 14.601,11. Appellant heeft niet met stukken onderbouwd dat de politie heeft vastgesteld dat er geen aanwijzingen waren voor hennep teelt op zijn perceel. Ook heeft appellant geen overtuigende verklaring gegeven voor de aangetroffen plantenresten in de containers op zijn perceel. Dit geldt ook voor het illegaal afnemen van stroom. UWV is er op goede gronden van uitgegaan dat appellant inkomsten heeft gehad die hij niet bij het UWV heeft gemeld en die hij op grond van artikel 49 ZW wel had moeten melden. Op grond van de artikelen 30, eerste lid, aanhef en onder a, artikel 31, en artikel 33, eerste lid, van de ZW was UWV daarom gehouden de ZW-uitkering te herzien en het onverschuldigd betaalde ziekengeld van appellant terug te vorderen.

Instantie: Centrale Raad van Beroep

Datum uitspraak: 21-09-2016

ECLI: ECLI:NL:CRVB:2016:3493

Zaaknummer: 15/4117 ZW

Rechters: M.C. Bruning, E.W. Akkerman en E. Dijt

Advocaten: mr. J.M. de Vries

Wetsartikelen: 49 Zw, 30a Zw, 31 Zw en 33 Zw

RECHTSPRAAK

UWV besluit terecht tot intrekking en terugvordering van WW-uitkering en toeslag, nu appellante ten onrechte niet heeft gemeld dat zij huishoudelijke werkzaamheden verricht en met de vader van haar kind samenwoont. Boete van € 10 passend.

Appellante komt met ingang van 4 februari 2013 in aanmerking voor een WW-uitkering en een toeslag op grond van de Toeslagenwet (TW). Naar aanleiding van een anonieme melding dat appellante zou samenwonen met de vader van haar kind (hierna: de heer X) en dat zij zwart zou bijwerken als huishoudelijk hulp, stelt UWV een onderzoek in. Appellante is van mening dat haar werkzaamheden zijn aan te merken als vriendendienst en stelt daarnaast dat zij niet samenwoont met de heer X. Bovendien weigert zij in het kader van het door UWV ingestelde onderzoek de telefoonnummers van de personen bij wie zij werkzaamheden verricht te verstrekken en een overzicht te geven van haar activiteiten. Daarom trekt UWV bij besluit van 17 februari 2014 de WW-uitkering en toeslag van appellante met ingang van 4 februari 2013 in, op de grond dat appellante niet alle benodigde informatie aan UWV heeft doorgegeven. UWV vordert de over de periode van 4 februari 2013 tot en met 9 februari 2014 onverschuldigd betaalde WW-uitkering, alsmede de over voornoemde periode onverschuldigd betaalde toeslag, van appellante terug en legt aan haar een boete van € 12.477,52 wegens schending van de informatieplicht op. Appellante gaat hiertegen in bezwaar, hetgeen ongegrond wordt verklaard. Vervolgens gaat appellante in beroep, maar ook dit wordt ongegrond verklaard.

De Centrale Raad van Beroep oordeelt als volgt. Appellante beschouwt haar huishoudelijke werkzaamheden als vrijwilligerswerk. Appellante wordt hierin niet gevolgd. Anders dan appellante lijkt te veronderstellen, is haar door UWV expliciet te kennen gegeven dat haar geen toestemming werd verleend voor het verrichten van vrijwilligerswerk bestaande uit het helpen in de huishouding bij vrienden. De door appellante verrichte werkzaamheden in de huishouding bij vrienden, zoals stofzuigen en het opmaken van bedden, voldoen aan het hier geldende criterium dat zij zijn aan te merken als arbeid die in het economisch verkeer wordt verricht en waarmee het verkrijgen van geldelijk voordeel wordt beoogd of volgens de in het maatschappelijk verkeer geldende normen redelijkerwijs kan worden verwacht. Dit wordt niet

anders doordat appellante geen geldelijke vergoeding zou hebben ontvangen voor deze werkzaamheden, maar eten, wijn en kleding voor haar dochter.

Nu appellante deze activiteiten niet heeft gemeld bij UWV heeft zij haar informatieplicht geschonden. Doordat appellante weigerde mee te werken aan het onderzoek was het voor UWV niet mogelijk om de omvang van de door appellante gewerkte uren vast te stellen of daarvan een beredeneerde schatting te maken. UWV heeft zich dan ook terecht op het standpunt gesteld dat als gevolg van het niet-nakomen van de informatieplicht door appellante niet kan worden vastgesteld of vanaf 4 februari 2013 nog recht op een WW-uitkering bestond en was gehouden de WW-uitkering vanaf die datum in te trekken. Gelet daarop is de grondslag voor de toeslag komen te vervallen, zodat het UWV gehouden was de toeslag eveneens in te trekken. Ook is de terugvordering van de onverschuldigd betaalde WW-uitkering en toeslag terecht. Van een dringende reden om van terugvordering af te zien is niet gebleken. De rechtbank overweegt tot slot dat de door UWV nader vastgestelde boete van € 10 hier passend en geboden is.

Instantie: Centrale Raad van Beroep

Datum uitspraak: 21-09-2016

ECLI: ECLI:NL:CRVB:2016:3508

Zaaknummer: 14/6862 WW

Rechters: G.A.J. van den Hurk, H.G. Rottier en J.S. van der Kolk

Advocaten: F.A. Verberk-Elich en J.L. Vissers

Wetsartikelen: 8 WW, 20 WW, 22a WW, 25 WW, 27 lid 1 WW en 36 WW

RECHTSPRAAK

De overtuiging van appellant dat hij geen recht had op een WW-uitkering is niet te wijten aan onjuiste informatie van UWV. Het gegeven dat appellant niet tijdig een nieuwe WW-aanvraag heeft ingediend komt voor rekening en risico van appellant. Geen sprake van een ‘bijzonder geval’.

Appellant is werkzaam als systeembeheerder. Per 9 maart 2009 wordt zijn dienstverband beëindigd door middel van wederzijds goedvinden en naar aanleiding daarvan vraagt hij op 19 maart 2009 bij UWV een WW-uitkering aan. Circa een week later geeft hij UWV te kennen dat hij zijn aanvraag om persoonlijke redenen wil intrekken, waarna UWV hem uitschrijft als werkzoekende. Appellant dient op 13 oktober 2014 wederom bij UWV een aanvraag om een WW-uitkering per 10 maart 2009 in. Als reden voor de te late aanvraag geeft hij op dat hij begin oktober 2014 via de Belastingdienst heeft vernomen dat hij recht heeft op een WW-uitkering. Bij besluit van 27 oktober 2014 brengt UWV appellant in aanmerking voor een WW-uitkering, welke in beginsel duurt tot en met 31 oktober 2011. Daarbij bepaalt UWV dat de uitkering niet kan worden uitbetaald omdat die periode gelet op artikel 35 WW te ver in het verleden ligt. Appellant maakt bezwaar hiertegen, hetgeen ongegrond wordt verklaard. Het daaropvolgend ingestelde beroep van appellant wordt gegrond verklaard. Hoewel de rechtbank tot de conclusie komt dat appellant zelf heeft gevraagd om zijn inschrijving als werkzoekende en zijn WW-aanvraag uit het bestand te verwijderen en geen aanknopingspunten ziet om aan te nemen dat appellant dit heeft verzocht omdat hij onjuist is voorgelicht, is niet gebleken dat appellant is medegedeeld dat hij geen aanspraak kan maken op een WW-uitkering. Omdat ten onrechte geen hoorzitting heeft plaatsgevonden wordt het beroep zodoende gegrond verklaard, maar de rechtsgevolgen van het bestreden besluit worden in stand gelaten.

De Centrale Raad van Beroep oordeelt als volgt. Het geschil tussen partijen betreft uitsluitend de vraag of sprake is van een bijzonder geval op grond waarvan UWV bevoegd is af te wijken van het uitgangspunt van artikel 35 WW dat de WW-uitkering niet wordt betaald over perioden gelegen voor 26 weken voorafgaand aan de dag waarop de WW-aanvraag werd ingediend. Vooropgesteld wordt dat op appellant de bewijslast rust van de aanwezigheid van

een bijzonder geval. Wat appellant in dat kader heeft aangevoerd komt erop neer dat UWV hem in maart 2009 herhaaldelijk ten onrechte te kennen heeft gegeven dat hij in het geheel geen recht op een WW-uitkering had. Appellant heeft geen stukken overgelegd die steun kunnen bieden voor zijn standpunt. Zijn enkele stelling, dat hem herhaaldelijk te kennen is gegeven dat hij geen recht had op een WW-uitkering, is zonder nadere onderbouwing onvoldoende om een bijzonder geval aanwezig te achten. Uit de door UWV overgelegde stukken blijkt dat appellant naar aanleiding van zijn WW-aanvraag van 19 maart 2009 op juiste wijze is geïnformeerd. Dat appellant zijn WW-aanvraag van 19 maart 2009 heeft ingetrokken behoefde, anders dan appellant heeft gesteld, UWV in het licht van het voorgaande niet te verbazen. Gelet op het vorenstaande wordt geconcludeerd dat de overtuiging van appellant – dat hij in het geheel geen recht had op een WW-uitkering, hetgeen te wijten zou zijn aan onjuiste informatie van UWV – niet aannemelijk is geworden. Hieruit volgt dat het gegeven dat appellant niet tijdig een nieuwe WW-aanvraag heeft ingediend voor rekening en risico van appellant komt. Dat appellant geen bevestiging van de intrekking van zijn WW-aanvraag heeft ontvangen maakt niet dat UWV daardoor onzorgvuldig heeft gehandeld. In de aangevoerde financiële omstandigheden wordt evenmin aanleiding gezien om een bijzonder geval aan te nemen. Aangezien van een bijzonder geval in dit geval geen sprake is, was UWV niet bevoegd om af te wijken van artikel 35 eerste volzin WW. UWV heeft terecht de WW-uitkering over de periode van 10 maart 2009 tot en met 31 oktober 2011 niet uitbetaald. Het hoger beroep slaagt niet en de aangevallen uitspraak wordt bevestigd.

Instantie: Centrale Raad van Beroep

Datum uitspraak: 21-09-2016

ECLI: ECLI:NL:CRVB:2016:3509

Zaaknummer: 15/4307 WW

Rechters: B.M. van Dun

Wetsartikelen: 35 WW

RECHTSPRAAK

Werknemer die verdacht wordt van en vervolgens wordt veroordeeld voor betrokkenheid bij de invoer van cocaïne raakt volgens UWV verwijtbaar werkloos. De Raad kan zich vinden in het oordeel van UWV en overweegt dat de WW-uitkering terecht blijvend geheel is geweigerd.

Appellant is sinds 1 augustus 1990 in dienst van werkgeefster, laatstelijk als Terminaloperator. In die functie is hij onder andere verantwoordelijk voor het laden en lossen van externe vrachtwagens en het transport van containers. Op 25 juli 2012 worden door de Zeehavenpolitie in samenwerking met de Douane negen personen, onder wie vijf collega's van appellant, aangehouden op verdenking van betrokkenheid bij de invoer van cocaïne. In een van de auto's van de verdachten wordt 188 kilo cocaïne of een daarop lijkende stof aangetroffen. Ook appellant wordt aangehouden en blijft in voorlopige hechtenis tot 15 juli 2013. Bij beschikking van 18 maart 2014 ontbindt de kantonrechter zonder toekenning van een vergoeding de arbeidsovereenkomst van appellant met werkgeefster wegens vertrouwensbreuk. Vervolgens vraagt appellant een WW-uitkering aan, maar UWV weigert deze blijvend geheel wegens verwijtbare werkloosheid. Appellant is het hier niet mee eens. Hij stelt in dat kader dat de kantonrechter oordeelde dat geen sprake was van een dringende reden. Tevens vindt hij het besluit van UWV onzorgvuldig, omdat UWV niet over het strafvonnis beschikte en zich heeft gebaseerd op berichtgeving in de krant. Hij maakt bezwaar, maar UWV verklaart dit ongegrond. In bezwaar wordt duidelijk dat appellant is veroordeeld tot een onvoorwaardelijke gevangenisstraf voor de duur van vier jaren wegens overtreding van de Opiumwet. Ook het door appellant ingestelde beroep wordt ongegrond verklaard.

De Centrale Raad van Beroep oordeelt als volgt. Het oordeel van de kantonrechter in een ontbindingsprocedure ten aanzien van de vraag of sprake is van een dringende reden, heeft uiteraard betekenis, maar bindt UWV niet. Zoals de kantonrechter in de ontbindingszaak van appellant ook heeft uitgesproken leende die procedure zich naar haar aard niet voor een nader onderzoek naar de feiten, in dit geval of appellant, hoewel verdachte, daadwerkelijk betrokken was bij de drugsmokkel. Daarover moest de strafrechter nog oordelen. Om die reden heeft de kantonrechter het verzoek om ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van een

dringende reden afgewezen.

Het onderzoek door UWV is zorgvuldig geweest. UWV had de beschikking over het ontbindingsverzoek en diverse daarbij gevoegde stukken uit de strafzaak, het in het kader van de ontbinding gevoerde verweer, het requisitoir van de officier van justitie, de pleitaantekeningen van de raadsman in de strafzaak en informatie van werkgeefster. Ter zitting heeft appellant geen toelichting gegeven over welke feiten onjuist zijn dan wel wat de werkelijke gang van zaken is geweest. Anders dan appellant heeft gesteld is niet berichtgeving in de krant maar het onderzoek op grond van voornoemde stukken voor UWV doorslaggevend geweest om aan te nemen dat sprake is van verwijtbare werkloosheid. De in bezwaar bekend geworden veroordeling van appellant wegens overtreding van de Opiumwet door de strafrechter (die inmiddels onherroepelijk is geworden) vormde veeleer een bevestiging van het eerder door UWV ingenomen standpunt. Daarbij wordt er nog op gewezen dat het, in tegenstelling tot wat appellant lijkt te veronderstellen, in het kader van de heroverweging op een bezwaar, een bestuursorgaan geoorloofd is om feiten en omstandigheden die bekend worden tot het moment van het nemen van een beslissing op bezwaar, in die beslissing te betrekken. Met de rechtbank en UWV wordt geoordeeld dat gelet op alle feiten en omstandigheden sprake is van een dringende reden in de zin van artikel 7:678 BW en dat appellant van zijn gedragingen een verwijt valt te maken. Het oordeel van de rechtbank dat appellant verwijtbaar werkloos is geworden, is juist. Er is geen grond om te oordelen dat het niet nakomen van de verplichting om verwijtbare werkloosheid te voorkomen appellant niet in overwegende mate kan worden verweten. Gelet hierop is de WW-uitkering terecht blijvend geheel geweigerd.

Instantie: Centrale Raad van Beroep

Datum uitspraak: 21-09-2016

ECLI: ECLI:NL:CRVB:2016:3511

Zaaknummer: 15/3042 WW

Rechters: G.A.J. van den Hurk, H.G. Rottier en J.S. van der Kolk

Advocaten: D.J. Moll

Wetsartikelen: 24 lid 1 sub a WW, 24 lid 2 sub a WW, 27 lid 1 WW, 7:677 BW en 7:678 BW

RECHTSPRAAK

UWV heeft terecht besloten tot terugvordering van de betaalde WW-, ZW- en TW-uitkering. Ook het besluit om daarbij een bestuurlijke boete op te leggen blijft in stand. Appellant heeft opzettelijk de informatieplicht geschonden door noch in bezwaar noch in (hoger) beroep de gevraagde informatie te verstrekken.

Appellant ontvangt vanaf 1 januari 2010 een WW-uitkering. Appellant meldt zich ziek vanuit de WW en krijgt met ingang van 24 januari 2011 een ZW-uitkering toegekend. Vanaf 12 juni 2012 ontvangt appellant op deze uitkering een aanvulling vanuit de Toeslagenwet (TW). Over de periode van 22 oktober 2012 tot en met 28 december 2013 wordt de WW-uitkering voortgezet, aangevuld met een toeslag op grond van de Toeslagenwet. UWV start een onderzoek naar de werkzaamheden van appellant en zijn echtgenote. Uit het handelsregister blijkt dat appellant sinds 14 mei 2012 is ingeschreven als bestuurder en directeur van bedrijf X. Daarnaast constateert UWV dat het bedrijf van de echtgenote van appellant ('bedrijf Y') tot 31 mei 2013 ingeschreven stond in het handelsregister, waarbij appellant als gevolmachtigde stond geregistreerd. Appellant heeft UWV hier niet over geïnformeerd. UWV heeft appellant begin januari 2014 verzocht om alsnog gegevens aan te leveren omtrent de bedrijfsvoering van beide bedrijven, maar appellant heeft hierop niet gereageerd. Naar aanleiding daarvan gaat UWV over tot terugvordering van de betaalde WW- en ZW-uitkering en aanvulling vanuit de TW, wegens het niet kunnen vaststellen van het recht, de duur en de hoogte van de uitkeringen en toeslag. Tevens wordt aan appellant een boete opgelegd van 100% van het benadelingsbedrag wegens schending van de informatieplicht. Appellant maakt hiertegen bezwaar en levert daarbij aangiftes vennootschapsbelasting van bedrijf X over 2012 en 2013 en van bedrijf Y over 2011 en 2012 aan. Volgens UWV is deze informatie nog steeds onvoldoende om het recht, de duur en de hoogte van de uitkeringen en toeslag vast te kunnen stellen en daarom vraagt UWV appellant nogmaals om aanvullende informatie, maar appellant geeft hieraan geen gehoor. Naar aanleiding daarvan verklaart UWV het bezwaar ongegrond. Vervolgens gaat appellant in beroep. De rechtbank oordeelt dat UWV terecht heeft besloten tot invordering van de verschuldigde bedragen over te gaan, nu appellant geen inzicht heeft gegeven in zijn financiële situatie. De rechtbank past de hoogte van de opgelegde boete wel

gedeeltelijk aan, omdat de boete over het teruggevorderde bedrag in 2012 nog onder het oude boeteregime valt. Daarom dient de boete te worden vastgesteld op 10% van het benadelingsbedrag. Wat betreft de boete over 2013 oordeelt de rechtbank dat de hoogte van de boete terecht is vastgesteld op 100% van het benadelingsbedrag, omdat sprake is van opzettelijk handelen van appellant in strijd met de informatieplicht.

De Centrale Raad van Beroep oordeelt als volgt. De Raad onderschrijft het oordeel van de rechtbank volledig. De Raad vult met betrekking tot de hoogte van de boete nog aan dat de constatering van de rechtbank dat in dit geval sprake is van opzettelijk handelen in strijd met de inlichtingenverplichting geheel in lijn is met rechtspraak van de Raad (onder andere ECLI:NL:CRVB:2016:8). De Raad oordeelt dat nu appellant ook in hoger beroep zijn financiële situatie niet heeft onderbouwd er geen aanleiding is om de opgelegde boete te matigen of af te zien van invordering van de verschuldigde bedragen.

Instantie: Centrale Raad van Beroep

Datum uitspraak: 21-09-2016

ECLI: ECLI:NL:CRVB:2016:3512

Zaaknummer: 15/1936 WW

Rechters: A.I. van der Kris, C.C.W. Lange en E. Dijt

Wetsartikelen: 25 WW en 27 WW

ANNOTATIE

Rustig loon

prof. mr. dr. A.R. Houweling

1. Inleiding

In deze annotatie sta ik stil bij twee arresten. Het eerste arrest dat ik bespreek is van het Hof Den Haag (AR 2016-1031). In dit arrest staan verschillende juridische vragen centraal, zoals de gebondenheid aan een collectieve afspraak niet zijnde een cao en de uitleg van een cao-bepaling. Ik richt mij evenwel op twee andere vragen die het hof beantwoordde, te weten (a) valt een ‘onregelmatigheidstoeslag’ onder vakantieloon in de zin van artikel 7:639 BW en (b) luidt het antwoord op (a) anders voor wat de bovenwettelijke vakantiedagen betreft?

Het tweede arrest dat ik bespreek is de uitspraak van het Hof van Justitie EU 20 juli 2016, AR 2016-0817. In dit arrest staat onder meer de vraag centraal wat heeft te gelden bij non-actiefstelling direct voorafgaand aan einde dienstverband en de uitbetaling van vakantiedagen. Volgens het Hof komen in dat geval vakantiedagen niet voor vergoeding in aanmerking bij einde dienstverband. Heeft dit arrest gevolgen voor de Nederlandse praktijk van beëindigingsregelingen waarin wel of juist geen afspraken over vakantietegoeden zijn gemaakt?

2. Vakantieloon en onregelmatigheidstoeslag... rustig loon

De afgelopen jaren heeft meer dan eens de omvang van het vakantieloon tot juridische procedures geleid. Bij het Hof van Justitie EU zijn de procedures Williams e.a./British Airways (HvJ EU 15 september 2011, C-155/10) en Lock/British Gas Trading Limited (HvJ EU 22 mei 2014, C-539/12, AR 2014-0484) daarvan mooie voorbeelden. In de eerste zaak stond onder meer de vraag centraal of toeslagen die verband hielden met de ongemakken van het werk in een vliegtuig ook verdisconteerd moesten worden in het vakantieloon. In de tweede zaak werd gevraagd of (het gemiddelde van) het provisiedeel van het overeengekomen loon deel uitmaakte van het vakantieloon. In beide gevallen oordeelde het Hof van Justitie EU dat artikel 7 van de Arbeidstijdenrichtlijn (Richtlijn 2003/88) met zich brengt ‘dat het vakantieloon in beginsel dient overeen te stemmen met het gebruikelijke arbeidsloon van de werknemer. Elke

last die intrinsiek samenhangt met de uitvoering van de taken die de werknemer zijn opgedragen in zijn arbeidsovereenkomst en waarvoor hij een financiële vergoeding ontvangt, wordt gerekend tot de globale beloning van de werknemer. Daarentegen dienen de componenten van het globale loon van de werknemer die alleen strekken tot vergoeding van occasionele of bijkomende kosten die worden gemaakt bij uitvoering van de taken die de werknemer zijn opgedragen in zijn arbeidsovereenkomst, (...), niet in aanmerking te worden genomen voor de berekening van het te betalen bedrag aan vakantieloon' (r.o. 19-24 British Airways).

In Nederland heeft deze rechtspraak van het Hof van Justitie EU geleid tot procedures over onregelmatigheidstoelagen als onderdeel van het vakantieloon. Met name in de zorg- en overheidssector werden zogenoemde ORT's niet pro rata doorbetaald tijdens vakantieverlof. Zou deze aanspraak alsnog voor vergoeding in aanmerking komen, dan kost dit de verschillende zorg- en overheidsinstellingen al snel aanmerkelijke sommen geld. Desalniettemin werd in eerste aanleg vrijwel standaard geoordeeld dat een ORT als onderdeel van het loon ex artikel 7:639 BW moest worden beschouwd (zie Kantonrechter Assen 17 augustus 2016, AR 2016-0938 (werkneemster/Stichting Icare), Kantonrechter Den Haag 2 juni 2015, AR 2015-0565 (werknemer/Stichting Hagaziekenhuis), Kantonrechter Den Haag 28 april 2015, AR 2015-0564 (werkneemster/Stichting Bronovo-Nebo)). Reeds in 2013 oordeelde het Haagse hof dat een ORT deel uitmaakt van het vakantieloon (2 juli 2013, AR 2014-0232). Dat in de onderhavige zaak het Haagse hof nog steeds deze mening is toegedaan, mag dan ook niet verbazen.

Wat opvallend is aan de ORT-discussie, is dat het geheel en al in de sleutel van artikel 7 lid 2 Richtlijn 2003/88 wordt geplaatst. Begrijpelijk, daar het Hof van Justitie EU duidelijke aanwijzingen heeft gegeven over wat wel en wat niet onder het vakantieloon valt. Uit het oog mag evenwel niet worden verloren dat artikel 7:639 jo. 7:641 BW zonder de richtlijnconforme interpretatie tot een zelfde resultaat leidt. Oftewel, we hebben eigenlijk het EU-recht hier helemaal niet nodig (vgl. ook S.S.M. Peters, 'Vakantieloon: vakantie vieren en toch provisie vangen', AR 2014-0484). De Hoge Raad heeft in 1990 nog eens verduidelijkt dat het loonbegrip in de afdeling vakantieverlof 'ruim' moet worden uitgelegd:

'Middel III komt terecht op tegen het oordeel van de Rb. (r.o. 20) dat het loon bedoeld in art. 1638ii lid 1 slechts "het maandelijks verschuldigde vaste loon, zonder emolumenten en vergoedingen" betreft. In art. 1638ii lid 1 wordt met "loon" bedoeld het gehele tussen werkgever en werknemer overeengekomen loon. Deze bepaling heeft blijkens de wetsgeschiedenis immers ten doel de werknemer in staat te stellen bij zijn nieuwe werkgever zoveel dagen verlof zonder behoud van loon op te nemen als waarover de uitkering in deze bepaling is berekend (Bijl. Hand. II 1962-1963, 7168, nr. 3, p. 7 l.k. bovenaan); hiermee zou niet

stroken van een beperkter loonbegrip uit te gaan dan bij de toepassing van art. 1638hh (vakantie met behoud van loon)' (HR 26 januari 1990, *NJ* 1990/499, r.o. 3.3).

De A-G bij dit arrest wees erop dat aansluiting wordt gezocht bij het loonbegrip van artikel 7:610 BW, oftewel de tegenprestatie ter zake de bedongen arbeid (zie HR 18 december 1953, *NJ* 1954/242 m.nt. PhANH). Als werknemers toeslagen krijgen die verband houden met specifieke onderdelen van hun werk, dan vormt dit loon in de zin van artikel 7:610 BW en daarmee automatisch loon in de zin van artikel 7:639 BW. Dat het Hof van Justitie EU eenzelfde mening is toegedaan, is goed om te weten, maar voor het succesvol claimen van vakantieloon niet noodzakelijk. Natuurlijk rijst de vraag of er ruimte zit tussen de beide loonbegrippen. Ik vraag mij dit af. Als er al ruimte is, dan is die ruimte eerder te vinden bij het Hof van Justitie EU, die uitdrukkelijk opmerkt dat louter occasionele kosten niet voor vergoeding in aanmerking komen. Bedacht moet dan wel zijn dat de richtlijn en rechtspraak van het Hof van Justitie EU de minimumbescherming voorschrijven. Mocht het nationale loonbegrip meeromvattend zijn, dan is dat in de ogen van Luxemburg toegestaan. Wat mij altijd helpt in een discussie over vakantieloon is de redenering van het Hof van Justitie EU: leidt het niet toekennen van een bepaalde beloningscomponent tot een prikkel niet of minder met vakantieverlof te gaan? Luidt het antwoord bevestigend, dan vormt het dus in ieder geval vakantieloon. Luidt het antwoord ontkennend, dan kan de vraag nog worden gesteld of het nationale recht desalniettemin de specifieke looncomponent als vakantieloon aanmerkt.

3. Ook voor bovenwettelijke vakantiedagen rustig loon

Artikel 7:634 BW bepaalt dat een werknemer ten minste een vakantieaanspraak verwerft van vier keer de overeengekomen arbeidsduur per week (oftewel vier weken per jaar bij een fulltime dienstverband). Dit wordt ook wel de wettelijke aanspraak genoemd. Een werkgever mag uiteraard een werknemer met meer dan het wettelijke aantal vakantiedagen belonen. De vraag die dan rijst is of ten aanzien van het bovenwettelijke deel de werkgever andere afspraken kan maken wat de vergoeding van ORT betreft. Regelmatig wordt in stelling gebracht dat het Hof van Justitie EU enkel het minimumaantal vakantiedagen waarborgt en voor het meerdere nationaal recht voorrang geeft. Dat is juist, maar dat wil niet zeggen dat we dan opeens helemaal vrij zijn af te spreken wat we willen. We vallen dan terug op artikel 7:639 en artikel 7:645 BW. Het eerste artikel bepaalt dat een werknemer tijdens vakantie recht heeft op loon. Artikel 7:645 BW bepaalt dat niet ten nadele van de werknemer kan worden afgeweken (dwingend recht), behalve daar waar de wet een afwijking uitdrukkelijk toestaat. Een voorbeeld waarin uitdrukkelijk een andere regeling voor bovenwettelijke vakantiedagen mogelijk wordt gemaakt, is artikel 7:640 lid 2 BW: 'Indien de aanspraak op vakantie is verworven die het artikel 634 bedoelde minimum te boven gaat, kan voor zover die aanspraak dat minimum te boven gaat, bij schriftelijke overeenkomst van lid 1 worden afgeweken.'

Oftewel, van bovenwettelijke vakantiedagen mag tijdens de arbeidsovereenkomst afstand worden gedaan (al dan niet tegen vergoeding). Een dergelijke clause ontbreekt bij artikel 7:639 BW. Het is derhalve niet mogelijk een ander loonbegrip te hanteren voor bovenwettelijke vakantiedagen dan wettelijke vakantiedagen. Terecht verwijst het Haagse hof naar de parlementaire geschiedenis waarin deze beperkte afwijkingsbevoegdheid nogmaals is onderstreept (vgl. art. 7:645 BW, alsmede *Kamerstukken II* 1997/98, 26079, 3, par. 2.1 en 2.2). Over de waardering van de vakantieaanspraken bij het einde van het dienstverband, bepaalt artikel 7:641 BW dat deze vergoeding gelijk is aan het 'loon' ex artikel 7:639 BW. Ook hier is geen ruimte voor een andere berekeningsmaatstaf. De nationale wetgever zou de wet op dit onderdeel eenvoudig kunnen aanpassen zonder in strijd te handelen met EU-recht. Tot die tijd geldt dat de werkgever zich goed moet bedenken dat zodra hij het meerdere aan vakantieverlof geeft, hij ook voor dit meerdere zich aan het systeem van artikel 7:634 e.v. BW onderwerpt (zie over de complexiteit van vakantiedagen met name J.R. Vos, *Cash of costa*, Den Haag: BJu 2012).

4. Rustig loon en non-actiefstelling

Recentelijk werd de bescherming van vakantieverlof en behoud van 'gebruikelijk loon' weer bevestigd door het Hof van Justitie EU. Het Hof overwoog echter nog het volgende:

'34. Bovendien zij eraan herinnerd dat volgens vaste rechtspraak het dubbele doel van het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon, neergelegd in artikel 7 van richtlijn 2003/88, erin bestaat de werknemer de gelegenheid te geven uit te rusten en over een periode van ontspanning en vrije tijd te beschikken (arresten van 20 januari 2009, *Schultz-Hoff* e.a., C-350/06 en C-520/06, EU:C:2009:18, punt 25, en 22 november 2011, *KHS*, C-214/10, EU:C:2011:761, punt 31).

35. Teneinde in die omstandigheden de nuttige werking van dit recht op jaarlijkse vakantie te verzekeren, zij vastgesteld dat een werknemer waarvan het dienstverband is beëindigd, en die krachtens een overeenkomst met zijn werkgever zijn salaris behoudt terwijl hij zich niet naar zijn arbeidsplaats mag begeven tijdens een welbepaalde periode die aan zijn pensionering voorafgaat, geen recht heeft op een financiële vergoeding voor het recht op betaald jaarlijks verlof dat hij tijdens die periode niet heeft opgenomen, tenzij hij wegens ziekte zijn recht niet heeft kunnen uitputten.'

In rechtsoverweging 35 oordeelt het Hof dat indien iemand is vrijgesteld van werk tot aan het einde van het dienstverband, de werkgever niet-genoten vakantiedagen tijdens deze non-actiefstelling niet langer hoeft te vergoeden indien de werknemer tijdens deze non-actiefstelling loon heeft ontvangen.

Betekent dit nu dat ongeacht of partijen tijdens de non-actiefstelling afspraken hebben gemaakt over het vakantieverlof, de werkgever altijd ervan uit mag gaan dat de vakantiedagen tijdens dit verlof worden genoten? Althans, dat de werkgever aan het einde van deze periode geen vakantiedagen hoeft te vergoeden als deze gedurende de non-actiefstelling 'hadden kunnen worden genoten'?

Het is lastig deze overweging van het Hof op zijn juiste waarde te schatten. Geeft het Hof hier een algemene overweging (zo lijkt het wel) of is het toch heel erg op de casus toegespitst? Het tweede dat opvalt is dat het Hof spreekt van een non-actiefstelling voorafgaand aan pensionering. Zou het anders zijn indien het een non-actiefstelling betreft voorafgaand aan een periode van werkloosheid of andere baan?

In ieder geval geeft het arrest van het Hof steun voor de Nederlandse rechtspraak dat in een beëindigingsovereenkomst mag worden bepaald dat een werknemer gedurende een periode van betaald verlof bij einde dienstverband geacht mag worden zijn vakantiedagen te hebben genoten (HR 14 januari 2000, *JAR* 2000/44). Geldt zo'n afspraak ook als de vakantieaanspraak de overeengekomen non-actiefstellingsperiode ver overstijgt? De Hoge Raad oordeelde in het zojuist genoemde *Bouwman*-arrest het volgende:

'Voorzover het onderdeel inhoudt dat een beding, inhoudende afstand van de aanspraak op betaling van niet-genoten vakantiedagen, op grond van art. 1638mm reeds uit haar aard nietig is, miskent het dat een zodanig beding volgens art. 1638mm slechts nietig is wanneer daarbij wordt afgeweken "ten nadele van de arbeider". Voorzover met het onderdeel wordt betoogd dat bedoeld beding in dit geval nietig is omdat het ten nadele van *Bouwman* is, miskent het dat de Rechtbank kennelijk heeft geoordeeld dat de bestreden afstand in het licht van de beëindigingsovereenkomst, waarbij werd overeengekomen dat *Bouwman* 6 maanden betaald verlof zou genieten alsmede een afkoopsom ter hoogte van (omstreeks) f 100.000,- zou ontvangen, niet in het nadeel van *Bouwman* was. Nu *Bouwman* in het kader van deze procedure niets heeft gesteld betreffende de vraag of de afstand van betaling van niet-genoten vakantiedagen nadelig voor hem was, bezien in het geheel van de tussen partijen overeengekomen "package-deal", was de Rechtbank niet tot een nadere motivering gehouden. Het oordeel geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Het is zozeer verweven met waarderingen van feitelijke aard, dat het voor het overige niet op juistheid kan worden getoetst; het is ook niet onbegrijpelijk. De klacht faalt derhalve.'

Kortom, in het *Bouwman*-arrest ging het om de situatie dat een werknemer met behoud van loon zes maanden met verlof ging voorafgaand aan het einde van het dienstverband en bovendien aanvullende compensatie kreeg. De casus waarin iemand met lege handen naar huis wordt gestuurd, is derhalve nog niet beslist.

In ieder geval volgt uit de Nederlandse wet en jurisprudentie *niet* dat bij een enkele non-actiefstelling met behoud van loon de vakantieaanspraken *van rechtswege* komen te vervallen (zie evenwel Rb. Groningen 22 augustus 2002, *JAR* 2002/252 waarin de rechter geen vergoeding voor niet-genoten vakantiedagen toekende, omdat de vakantiedagen geacht werden te zijn opgenomen tijdens vier jaar non-actiefstelling met behoud van salaris. Volgens de kantonrechter was in casu geen recuperatiedoel meer aanwezig). Dat het Hof van Justitie EU geen vergoedingsplicht aanwezig acht in dergelijke gevallen, neemt niet weg dat de Nederlandse wet daartoe wel verplicht. Ook hier zien we dus het verschil in supranationaal en nationaal recht.

5. Conclusie

In beide uitspraken gaat het (uiteindelijk) om vakantieloon. Is vakantieloon een rustig bezit? Nee, het 'rustige loon' blijft gemoederen en menig afdeling HR bezighouden. Een deel van de complexiteit van de regeling komt doordat we zowel met supranationaal als nationaal recht van doen hebben. Het feit dat op supranationaal niveau bepaalde bescherming niet wordt geboden, wil niet zeggen dat die bescherming er daarom ook niet (meer) is. Het nationale recht gaat in veel gevallen namelijk verder dan de EU ons voorschrijft. Mag dat? Ja, dat mag gerust...

ANNOTATIE

Arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd naast een al eerder bestaande arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd leidt tóch tot twee privaatrechtelijke dienstbetrekkingen.

mr. dr. E. van Vliet

Inleiding

Centrale vraag in de onderhavige uitspraak is of sprake is van twee afzonderlijke dienstbetrekkingen bij één werkgever en of er na het eindigen van de tijdelijke overeenkomst een uitkeringsrecht is op grond van de ZW. De CRvB oordeelt van wel en lijkt daarmee terug te komen op eerdere rechtspraak hierover.

Feiten

Werkneemster is op 1 september 2006 voor 24 uur per week in dienst getreden van werkgeefster. Met ingang van 28 februari 2011 is zij daarnaast voor acht uur per week een arbeidsovereenkomst met werkgeefster aangegaan, eerst op tijdelijke basis als vervanger van een collega met zwangerschaps- en ouderschapsverlof en later voor de duur van een jaar ‘op grond van tijdelijke financiering’. Op 12 augustus 2012 heeft werkneemster zich ziek gemeld. Werkgeefster heeft bij het UWV gemeld dat werkneemster op 28 februari 2013 voor acht uur per week ziek uit dienst gaat, omdat de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is geëindigd. Het UWV heeft aan werkneemster medegedeeld dat zij met ingang van 1 maart 2013 geen recht heeft op een uitkering op grond van de ZW. Het bezwaar tegen dit besluit heeft het UWV ongegrond verklaard. Het UWV stelt zich op het standpunt dat geen sprake is van een geëindigd dienstverband, omdat de arbeidsverhouding wordt gecontinueerd op grond van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. De rechtbank heeft het beroep van werkneemster ongegrond verklaard. Zij heeft geoordeeld dat volgens vaste rechtspraak van de Raad er geen grond is om een splitsing in twee dienstbetrekkingen te maken als de werkzaamheden in de extra uren niet wezenlijk verschillen van het werk binnen de (eerder) contractueel vastgelegde uren en er ook overigens geen verschillende arbeidsvoorwaarden gelden. Nu de overeengekomen tijdelijke uitbreiding van het aantal arbeidsuren niet kan worden

aangemerkt als een tweede dienstbetrekking, heeft het UWV volgens de rechtbank terecht het standpunt ingenomen dat geen sprake is van een beëindiging van de dienstbetrekking en op goede gronden een ZW-uitkering geweigerd.

Oordeel CRvB

Het oordeel van de CRvB wijkt af van dat van de rechtbank. Daartoe is het volgende redengevend. In eerdere uitspraken (CRvB 6 juni 2001, RSV 2001, 197, CRvB 18 februari 2003, ECLI:NL:CRVB:2003:AF5806 en CRvB 18 januari 2012, ECLI:NL:CRVB:2012:BV1234) is overwogen dat er geen grond is om een splitsing in twee dienstbetrekkingen tussen dezelfde werknemer en werkgever te maken als de werkzaamheden in de extra uren niet wezenlijk verschillen van het werk binnen de contractueel vastgelegde uren, en er ook overigens geen verschillende arbeidsvoorwaarden gelden. In dit geval komt de CRvB echter tot een ander oordeel. Er zijn namelijk voldoende aanknopingspunten om bij de beoordeling van de aanspraak op een uitkering op grond van de ZW het bestaan van een tweede dienstbetrekking voor bepaalde tijd naast een eerder tot stand gekomen dienstbetrekking voor onbepaalde tijd aan te nemen. Daartoe is allereerst redengevend dat de uitspraak uit 2001 betrekking had op het ontstaan van een WW-uitkering en de vraag of de meer dan het overeengekomen aantal uren door het UWV terecht was aangemerkt als overuren. Dat was dus een andere situatie dan in de onderhavige zaak. Verder wordt meegewogen dat de wet of de toepasselijke CAO voor het welzijnswerk er niet aan in de weg staat dat arbeidsovereenkomsten naast elkaar bestaan. Partijen hebben in dit geval duidelijk kenbaar gemaakt dat zij aan te onderscheiden delen van hun arbeidsverhouding afzonderlijke – en in de arbeidsovereenkomsten uiteengezette – rechtsgevolgen hebben willen verbinden. Dat de werkzaamheden in beide dienstverbanden dezelfde functie behelsden, de werkzaamheden in die dienstverbanden niet wezenlijk van elkaar verschilden, en in zowel de overeenkomst voor onbepaalde tijd als in die voor bepaalde tijd de toepasselijke cao is vermeld, doet aan het bestaan van zelfstandig naast elkaar aangane arbeidsovereenkomsten niet af. Het voortduren van de overeenkomst voor onbepaalde tijd is dan ook geen beletsel voor een aanspraak van werkneemster op ziekengeld wegens het eindigen van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Werkneemster heeft na het eindigen van die arbeidsovereenkomst daaruit geen loonaanspraken meer op werkgeefster. Conclusie: het UWV heeft ten onrechte een ZW-uitkering geweigerd op de grond dat er geen sprake is van een afzonderlijke dienstbetrekking.

Commentaar

Men kan zich afvragen of de casuïstiek in de onderhavige zaak ertoe heeft geleid dat een ander standpunt dan in eerdere rechtspraak wordt gehuldigd of dat daadwerkelijk sprake is van een veranderde rechtsopvatting. Het oordeel van de CRvB lijkt op het eerste gezicht op het

eerste te duiden, nu wordt overwogen dat *'er in een geval als dat van appellante voldoende aanknopingspunten zijn om bij de beoordeling van de aanspraak op een uitkering op grond van de ZW het bestaan van een tweede dienstbetrekking voor bepaalde tijd naast een eerder tot stand gekomen dienstbetrekking voor onbepaalde tijd aan te nemen'* (r.o. 4.4). Verder wordt gewezen op de eerdere rechtspraak, die zich onderscheidt van de onderhavige zaak (r.o. 4.5.1). Maar ziet die eerdere rechtspraak nu daadwerkelijk op heel andere situaties?

De eerste uitspraak van de CRvB over het al dan niet splitsen van een dienstbetrekking dateert uit 2001 (CRvB 6 juni 2001, RSV 2001, 197). In deze zaak kunnen twee vragen worden onderscheiden. De eerste vraag is of de bovencontractueel gewerkte uren als overuren zijn te beschouwen en of het wegvallen van de extra uren leidt tot arbeidsurenverlies en een WW-recht. De tweede vraag ligt in het verlengde daarvan en luidt of de ziekmelding ter zake van de extra uren aanleiding is voor een recht op ziekengeld. De CRvB achtte aannemelijk dat de inhoud van de werkzaamheden in de extra uren niet wezenlijk verschilde van het werk binnen de contractueel vastgelegde arbeidsduur, terwijl ook geen verschillende arbeidsvoorwaarden golden, zodat geen grond aanwezig was om een splitsing in twee dienstbetrekkingen te maken. Volgens de CRvB was sprake van overwerk en waren de extra uren geen onderdeel gaan uitmaken van de bestaande arbeidsovereenkomst in die zin dat werkneemster steeds verplicht was om die uren te werken. De uitbreiding van de aangeboden extra uren had een voor de werkneemster tijdelijk karakter, hetgeen voor haar ook kenbaar was. Conclusie is dat de aangevraagde WW-uitkering terecht was afgewezen, dat het UWV werkneemster op goede gronden niet verzekerd heeft geacht in het kader van de ZW en haar terecht een aanspraak op ziekengeld heeft ontkend.

In de tweede zaak, uit 2003, (CRvB 18 februari 2003, ECLI:NL:CRVB:2003:AF5806) ging het om vijf werknemers die voor onbepaalde tijd in dienst waren. Op enig moment is het aantal werkzame uren in verband met een langdurig reorganisatieproces tijdelijk uitgebreid. Na één of meer verlengingen is de uitbreiding van het aantal uren geëindigd. Tijdens de periode van de urenuitbreiding hebben de werknemers hun werkzaamheden wegens ziekte gestaakt. Centrale vraag was of de werknemers recht hadden op een ZW-uitkering over de uren waarmee het vaste aantal uren was uitgebreid. Onder verwijzing naar de uitspraak uit 2001 oordeelde de CRvB dat er geen grond is een splitsing in twee dienstbetrekkingen te maken als de werkzaamheden in de extra uren niet wezenlijk verschillen van het werk binnen de contractueel vastgelegde uren en ook overigens geen verschillende arbeidsvoorwaarden gelden. Niet in geschil was dat de urenuitbreiding van tijdelijke aard (soort)gelijke werkzaamheden betrof als waarvoor de werknemers zich voor onbepaalde tijd hadden verbonden. Niet gesteld of gebleken was dat daarvoor andere arbeidsvoorwaarden golden. Toepassing van het door de CRvB geschetste criterium leidde tot het oordeel dat de

overeengekomen uitbreiding van arbeidsuren niet kon worden aangemerkt als tweede dienstbetrekking naast de bestaande arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Verder zag de CRvB in het tijdelijke karakter van de overeengekomen uitbreiding van het aantal arbeidsuren geen beletsel om die, zij het tijdelijk, als een onderdeel aan te merken van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Voorwaarde was dan wel, zoals in casu, dat voldaan werd aan de voorwaarden dat sprake was van werkzaamheden die niet wezenlijk verschilden van de werkzaamheden waarvoor de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd was aangegaan en de arbeidsvoorwaarden hetzelfde waren.

De derde uitspraak, uit 2012, (CRvB 18 januari 2012, ECLI:NL:CRVB:2012:BV1234) is voor wat betreft de feiten en het oordeel vrijwel gelijk aan de tweede uitspraak. Ook in deze zaak was sprake van een tijdelijke uitbreiding van de urenomvang. De werkzaamheden en de arbeidsvoorwaarden waren niet gewijzigd. De CRvB onderschreef het oordeel van de rechtbank in deze zaak dat de arbeidsovereenkomst van werkneemster kon worden beschouwd als een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd waarbinnen een tijdelijke urenuitbreiding was overeengekomen. De urenvermindering kon niet worden aangemerkt als een beëindiging van de dienstbetrekking als bedoeld in artikel 29 lid 2 onder c ZW. De arbeidsverhouding werd gecontinueerd naar de arbeidsduur van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, zodat de dienstbetrekking niet was geëindigd.

Hoewel de CRvB in de uitspraak van 18 augustus 2016 naar de drie eerdere uitspraken verwijst, wordt in de motivering vooral gewezen op de verschillen met de uitspraak uit 2001. Mijn inziens stelt de CRvB terecht dat daar de vraag speelde of de extra uren aangemerkt konden worden als overuren en dat in die zaak geen sprake was van door partijen afzonderlijk vastgelegde arbeidsovereenkomsten en dat de verplichting om meer uren te werken niet was komen vast te staan. Dat is een cruciaal verschil ten opzichte van de onderhavige uitspraak. Wat echter het verschil is met de zaken uit 2003 en 2012 is mij niet direct duidelijk. In die zaken werd namelijk ook voor een bepaalde periode een tijdelijke uitbreiding van de uren overeengekomen en ging het ook over de vraag of na het wegvallen van die uren recht was op ziekengeld. Mogelijk is het verschil gelegen in het volgende. Partijen in de zaak van 18 augustus 2016 hebben in de arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd specifieke redenen opgenomen waarom zij die overeenkomsten zijn aangegaan en wat de arbeidsomvang en (maximum)duur van die overeenkomsten is. Hierdoor hebben partijen volgens de CRvB duidelijk kenbaar gemaakt dat zij aan te onderscheiden delen van hun arbeidsverhouding afzonderlijke – en in de arbeidsovereenkomsten uiteengezette – rechtsgevolgen hebben willen verbinden. Dat de werkzaamheden in beide dienstverbanden wezenlijk niet verschilden, doet hieraan volgens de CRvB niet af. Wellicht dat dit laatste doorslaggevend is geweest om in de onderhavige zaak tot een ander oordeel te komen. Uit de uitspraken uit 2003

en 2012 kan niet worden afgeleid of partijen in de arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd specifieke redenen hebben opgenomen waarom zij die overeenkomsten zijn aangegaan en wat de arbeidsomvang en (maximum)duur van die overeenkomsten was.

Splitsing in twee afzonderlijke dienstbetrekkingen leidt tot afzonderlijke rechten en plichten. Voor werknemers kan een (tijdelijke) uitbreiding van uren mogelijk leiden tot een recht op ziekgeld indien de werknemer ziek is op het moment dat de tijdelijke uitbreiding eindigt. Dat dezelfde werkzaamheden worden verricht en dezelfde arbeidsvoorwaarden gelden als voor de al eerder bestaande arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd doet daaraan niet af. Dit betekent dan ook dat, indien geen sprake is van ziekte, mogelijk een WW-recht over die uren kan ontstaan indien sprake is van een relevant verlies aan arbeidsuren. Gelet op de onderhavige uitspraak doen werknemers er goed aan in geval van een tijdelijke urenuitbreiding van de werkgever te verlangen dat deze uitbreiding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd wordt neergelegd, waarbij wordt gemotiveerd *waarom* de overeenkomst wordt aangegaan en wat de arbeidsomvang en de duur van die overeenkomst is. Anderzijds zullen werkgevers hier niet om staan te springen. Voor het gedeelte dat de werknemer voor onbepaalde tijd in dienst is, heeft de werkgever in geval van ziekte van de werknemer een loondoorbetalingsverplichting jegens de werknemer (artikel 7:629 BW). Voor het gedeelte van de urenuitbreiding in de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd geldt dat die eindigt gedurende de ziekte van de werknemer. Als gevolg van de Wet Bezava krijgt de werkgever dit mogelijk doorberekend in zijn premie, terwijl hij de werknemer nog wel voor onbepaalde tijd in dienst heeft. In het kader van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd gelden re-integratieverplichtingen tussen werkgever en werknemer, terwijl in het kader van de ZW de re-integratieverplichtingen in principe gelden tussen verzekerde en het UWV (tenzij de werkgever eigenrisicodragers is). Dit laat zien dat de splitsing in twee afzonderlijke dienstbetrekkingen tot complicaties kan leiden.

Geconcludeerd kan worden dat het eerder door de CRvB geschetste criterium dat geen afzonderlijke dienstbetrekkingen kunnen worden aangenomen 'indien de extra uren niet wezenlijk verschillen van de binnen de contractueel vastgelegde arbeidsduur, terwijl ook geen verschillende arbeidsvoorwaarden gelden' niet meer van doorslaggevend belang is. Is namelijk in een overeenkomst voor bepaalde tijd geregeld *waarom* die overeenkomsten zijn aangegaan en wat de arbeidsomvang en duur van die overeenkomsten is, dan kan toch een splitsing in twee dienstbetrekkingen worden aangenomen. In die zin is naar mijn idee sprake van een veranderde rechtsopvatting van de CRvB, waar de praktijk rekening mee zal moeten houden.

ANNOTATIE

Rustig loon

prof. mr. dr. A.R. Houweling

1. Inleiding

In deze annotatie sta ik stil bij twee arresten. Het eerste arrest dat ik bespreek is van het Hof Den Haag (AR 2016-1031). In dit arrest staan verschillende juridische vragen centraal, zoals de gebondenheid aan een collectieve afspraak niet zijnde een cao en de uitleg van een cao-bepaling. Ik richt mij evenwel op twee andere vragen die het hof beantwoordde, te weten (a) valt een ‘onregelmatigheidstoeslag’ onder vakantieloon in de zin van artikel 7:639 BW en (b) luidt het antwoord op (a) anders voor wat de bovenwettelijke vakantiedagen betreft?

Het tweede arrest dat ik bespreek is de uitspraak van het Hof van Justitie EU 20 juli 2016, AR 2016-0817. In dit arrest staat onder meer de vraag centraal wat heeft te gelden bij non-actiefstelling direct voorafgaand aan einde dienstverband en de uitbetaling van vakantiedagen. Volgens het Hof komen in dat geval vakantiedagen niet voor vergoeding in aanmerking bij einde dienstverband. Heeft dit arrest gevolgen voor de Nederlandse praktijk van beëindigingsregelingen waarin wel of juist geen afspraken over vakantietegoeden zijn gemaakt?

2. Vakantieloon en onregelmatigheidstoeslag... rustig loon

De afgelopen jaren heeft meer dan eens de omvang van het vakantieloon tot juridische procedures geleid. Bij het Hof van Justitie EU zijn de procedures Williams e.a./British Airways (HvJ EU 15 september 2011, C-155/10) en Lock/British Gas Trading Limited (HvJ EU 22 mei 2014, C-539/12, AR 2014-0484) daarvan mooie voorbeelden. In de eerste zaak stond onder meer de vraag centraal of toeslagen die verband hielden met de ongemakken van het werk in een vliegtuig ook verdisconteerd moesten worden in het vakantieloon. In de tweede zaak werd gevraagd of (het gemiddelde van) het provisiedeel van het overeengekomen loon deel uitmaakte van het vakantieloon. In beide gevallen oordeelde het Hof van Justitie EU dat artikel 7 van de Arbeidstijdenrichtlijn (Richtlijn 2003/88) met zich brengt ‘dat het vakantieloon in beginsel dient overeen te stemmen met het gebruikelijke arbeidsloon van de werknemer. Elke

last die intrinsiek samenhangt met de uitvoering van de taken die de werknemer zijn opgedragen in zijn arbeidsovereenkomst en waarvoor hij een financiële vergoeding ontvangt, wordt gerekend tot de globale beloning van de werknemer. Daarentegen dienen de componenten van het globale loon van de werknemer die alleen strekken tot vergoeding van occasionele of bijkomende kosten die worden gemaakt bij uitvoering van de taken die de werknemer zijn opgedragen in zijn arbeidsovereenkomst, (...), niet in aanmerking te worden genomen voor de berekening van het te betalen bedrag aan vakantieloon' (r.o. 19-24 British Airways).

In Nederland heeft deze rechtspraak van het Hof van Justitie EU geleid tot procedures over onregelmatigheidstoelagen als onderdeel van het vakantieloon. Met name in de zorg- en overheidssector werden zogenoemde ORT's niet pro rata doorbetaald tijdens vakantieverlof. Zou deze aanspraak alsnog voor vergoeding in aanmerking komen, dan kost dit de verschillende zorg- en overheidsinstellingen al snel aanmerkelijke sommen geld. Desalniettemin werd in eerste aanleg vrijwel standaard geoordeeld dat een ORT als onderdeel van het loon ex artikel 7:639 BW moest worden beschouwd (zie Kantonrechter Assen 17 augustus 2016, AR 2016-0938 (werkneemster/Stichting Icare), Kantonrechter Den Haag 2 juni 2015, AR 2015-0565 (werknemer/Stichting Hagaziekenhuis), Kantonrechter Den Haag 28 april 2015, AR 2015-0564 (werkneemster/Stichting Bronovo-Nebo)). Reeds in 2013 oordeelde het Haagse hof dat een ORT deel uitmaakt van het vakantieloon (2 juli 2013, AR 2014-0232). Dat in de onderhavige zaak het Haagse hof nog steeds deze mening is toegedaan, mag dan ook niet verbazen.

Wat opvallend is aan de ORT-discussie, is dat het geheel en al in de sleutel van artikel 7 lid 2 Richtlijn 2003/88 wordt geplaatst. Begrijpelijk, daar het Hof van Justitie EU duidelijke aanwijzingen heeft gegeven over wat wel en wat niet onder het vakantieloon valt. Uit het oog mag evenwel niet worden verloren dat artikel 7:639 jo. 7:641 BW zonder de richtlijnconforme interpretatie tot een zelfde resultaat leidt. Oftewel, we hebben eigenlijk het EU-recht hier helemaal niet nodig (vgl. ook S.S.M. Peters, 'Vakantieloon: vakantie vieren en toch provisie vangen', AR 2014-0484). De Hoge Raad heeft in 1990 nog eens verduidelijkt dat het loonbegrip in de afdeling vakantieverlof 'ruim' moet worden uitgelegd:

'Middel III komt terecht op tegen het oordeel van de Rb. (r.o. 20) dat het loon bedoeld in art. 1638ii lid 1 slechts "het maandelijks verschuldigde vaste loon, zonder emolumenten en vergoedingen" betreft. In art. 1638ii lid 1 wordt met "loon" bedoeld het gehele tussen werkgever en werknemer overeengekomen loon. Deze bepaling heeft blijkens de wetsgeschiedenis immers ten doel de werknemer in staat te stellen bij zijn nieuwe werkgever zoveel dagen verlof zonder behoud van loon op te nemen als waarover de uitkering in deze bepaling is berekend (Bijl. Hand. II 1962-1963, 7168, nr. 3, p. 7 l.k. bovenaan); hiermee zou niet

stroken van een beperkter loonbegrip uit te gaan dan bij de toepassing van art. 1638hh (vakantie met behoud van loon)' (HR 26 januari 1990, *NJ* 1990/499, r.o. 3.3).

De A-G bij dit arrest wees erop dat aansluiting wordt gezocht bij het loonbegrip van artikel 7:610 BW, oftewel de tegenprestatie ter zake de bedongen arbeid (zie HR 18 december 1953, *NJ* 1954/242 m.nt. PhANH). Als werknemers toeslagen krijgen die verband houden met specifieke onderdelen van hun werk, dan vormt dit loon in de zin van artikel 7:610 BW en daarmee automatisch loon in de zin van artikel 7:639 BW. Dat het Hof van Justitie EU eenzelfde mening is toegedaan, is goed om te weten, maar voor het succesvol claimen van vakantieloon niet noodzakelijk. Natuurlijk rijst de vraag of er ruimte zit tussen de beide loonbegrippen. Ik vraag mij dit af. Als er al ruimte is, dan is die ruimte eerder te vinden bij het Hof van Justitie EU, die uitdrukkelijk opmerkt dat louter occasionele kosten niet voor vergoeding in aanmerking komen. Bedacht moet dan wel zijn dat de richtlijn en rechtspraak van het Hof van Justitie EU de minimumbescherming voorschrijven. Mocht het nationale loonbegrip meeromvattend zijn, dan is dat in de ogen van Luxemburg toegestaan. Wat mij altijd helpt in een discussie over vakantieloon is de redenering van het Hof van Justitie EU: leidt het niet toekennen van een bepaalde beloningscomponent tot een prikkel niet of minder met vakantieverlof te gaan? Luidt het antwoord bevestigend, dan vormt het dus in ieder geval vakantieloon. Luidt het antwoord ontkennend, dan kan de vraag nog worden gesteld of het nationale recht desalniettemin de specifieke looncomponent als vakantieloon aanmerkt.

3. Ook voor bovenwettelijke vakantiedagen rustig loon

Artikel 7:634 BW bepaalt dat een werknemer ten minste een vakantieaanspraak verwerft van vier keer de overeengekomen arbeidsduur per week (oftewel vier weken per jaar bij een fulltime dienstverband). Dit wordt ook wel de wettelijke aanspraak genoemd. Een werkgever mag uiteraard een werknemer met meer dan het wettelijke aantal vakantiedagen belonen. De vraag die dan rijst is of ten aanzien van het bovenwettelijke deel de werkgever andere afspraken kan maken wat de vergoeding van ORT betreft. Regelmatig wordt in stelling gebracht dat het Hof van Justitie EU enkel het minimumaantal vakantiedagen waarborgt en voor het meerdere nationaal recht voorrang geeft. Dat is juist, maar dat wil niet zeggen dat we dan opeens helemaal vrij zijn af te spreken wat we willen. We vallen dan terug op artikel 7:639 en artikel 7:645 BW. Het eerste artikel bepaalt dat een werknemer tijdens vakantie recht heeft op loon. Artikel 7:645 BW bepaalt dat niet ten nadele van de werknemer kan worden afgeweken (dwingend recht), behalve daar waar de wet een afwijking uitdrukkelijk toestaat. Een voorbeeld waarin uitdrukkelijk een andere regeling voor bovenwettelijke vakantiedagen mogelijk wordt gemaakt, is artikel 7:640 lid 2 BW: 'Indien de aanspraak op vakantie is verworven die het artikel 634 bedoelde minimum te boven gaat, kan voor zover die aanspraak dat minimum te boven gaat, bij schriftelijke overeenkomst van lid 1 worden afgeweken.'

Oftewel, van bovenwettelijke vakantiedagen mag tijdens de arbeidsovereenkomst afstand worden gedaan (al dan niet tegen vergoeding). Een dergelijke clause ontbreekt bij artikel 7:639 BW. Het is derhalve niet mogelijk een ander loonbegrip te hanteren voor bovenwettelijke vakantiedagen dan wettelijke vakantiedagen. Terecht verwijst het Haagse hof naar de parlementaire geschiedenis waarin deze beperkte afwijkingsbevoegdheid nogmaals is onderstreept (vgl. art. 7:645 BW, alsmede *Kamerstukken II* 1997/98, 26079, 3, par. 2.1 en 2.2). Over de waardering van de vakantieaanspraken bij het einde van het dienstverband, bepaalt artikel 7:641 BW dat deze vergoeding gelijk is aan het 'loon' ex artikel 7:639 BW. Ook hier is geen ruimte voor een andere berekeningsmaatstaf. De nationale wetgever zou de wet op dit onderdeel eenvoudig kunnen aanpassen zonder in strijd te handelen met EU-recht. Tot die tijd geldt dat de werkgever zich goed moet bedenken dat zodra hij het meerdere aan vakantieverlof geeft, hij ook voor dit meerdere zich aan het systeem van artikel 7:634 e.v. BW onderwerpt (zie over de complexiteit van vakantiedagen met name J.R. Vos, *Cash of costa*, Den Haag: BJu 2012).

4. Rustig loon en non-actiefstelling

Recentelijk werd de bescherming van vakantieverlof en behoud van 'gebruikelijk loon' weer bevestigd door het Hof van Justitie EU. Het Hof overwoog echter nog het volgende:

'34. Bovendien zij eraan herinnerd dat volgens vaste rechtspraak het dubbele doel van het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon, neergelegd in artikel 7 van richtlijn 2003/88, erin bestaat de werknemer de gelegenheid te geven uit te rusten en over een periode van ontspanning en vrije tijd te beschikken (arresten van 20 januari 2009, *Schultz-Hoff* e.a., C-350/06 en C-520/06, EU:C:2009:18, punt 25, en 22 november 2011, *KHS*, C-214/10, EU:C:2011:761, punt 31).

35. Teneinde in die omstandigheden de nuttige werking van dit recht op jaarlijkse vakantie te verzekeren, zij vastgesteld dat een werknemer waarvan het dienstverband is beëindigd, en die krachtens een overeenkomst met zijn werkgever zijn salaris behoudt terwijl hij zich niet naar zijn arbeidsplaats mag begeven tijdens een welbepaalde periode die aan zijn pensionering voorafgaat, geen recht heeft op een financiële vergoeding voor het recht op betaald jaarlijks verlof dat hij tijdens die periode niet heeft opgenomen, tenzij hij wegens ziekte zijn recht niet heeft kunnen uitputten.'

In rechtsoverweging 35 oordeelt het Hof dat indien iemand is vrijgesteld van werk tot aan het einde van het dienstverband, de werkgever niet-genoten vakantiedagen tijdens deze non-actiefstelling niet langer hoeft te vergoeden indien de werknemer tijdens deze non-actiefstelling loon heeft ontvangen.

Betekent dit nu dat ongeacht of partijen tijdens de non-actiefstelling afspraken hebben gemaakt over het vakantieverlof, de werkgever altijd ervan uit mag gaan dat de vakantiedagen tijdens dit verlof worden genoten? Althans, dat de werkgever aan het einde van deze periode geen vakantiedagen hoeft te vergoeden als deze gedurende de non-actiefstelling 'hadden kunnen worden genoten'?

Het is lastig deze overweging van het Hof op zijn juiste waarde te schatten. Geeft het Hof hier een algemene overweging (zo lijkt het wel) of is het toch heel erg op de casus toegespitst? Het tweede dat opvalt is dat het Hof spreekt van een non-actiefstelling voorafgaand aan pensionering. Zou het anders zijn indien het een non-actiefstelling betreft voorafgaand aan een periode van werkloosheid of andere baan?

In ieder geval geeft het arrest van het Hof steun voor de Nederlandse rechtspraak dat in een beëindigingsovereenkomst mag worden bepaald dat een werknemer gedurende een periode van betaald verlof bij einde dienstverband geacht mag worden zijn vakantiedagen te hebben genoten (HR 14 januari 2000, *JAR* 2000/44). Geldt zo'n afspraak ook als de vakantieaanspraak de overeengekomen non-actiefstellingsperiode ver overstijgt? De Hoge Raad oordeelde in het zojuist genoemde *Bouwman*-arrest het volgende:

'Voorzover het onderdeel inhoudt dat een beding, inhoudende afstand van de aanspraak op betaling van niet-genoten vakantiedagen, op grond van art. 1638mm reeds uit haar aard nietig is, miskent het dat een zodanig beding volgens art. 1638mm slechts nietig is wanneer daarbij wordt afgeweken "ten nadele van de arbeider". Voorzover met het onderdeel wordt betoogd dat bedoeld beding in dit geval nietig is omdat het ten nadele van *Bouwman* is, miskent het dat de Rechtbank kennelijk heeft geoordeeld dat de bestreden afstand in het licht van de beëindigingsovereenkomst, waarbij werd overeengekomen dat *Bouwman* 6 maanden betaald verlof zou genieten alsmede een afkoopsom ter hoogte van (omstreeks) f 100.000,- zou ontvangen, niet in het nadeel van *Bouwman* was. Nu *Bouwman* in het kader van deze procedure niets heeft gesteld betreffende de vraag of de afstand van betaling van niet-genoten vakantiedagen nadelig voor hem was, bezien in het geheel van de tussen partijen overeengekomen "package-deal", was de Rechtbank niet tot een nadere motivering gehouden. Het oordeel geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Het is zozeer verweven met waarderingen van feitelijke aard, dat het voor het overige niet op juistheid kan worden getoetst; het is ook niet onbegrijpelijk. De klacht faalt derhalve.'

Kortom, in het *Bouwman*-arrest ging het om de situatie dat een werknemer met behoud van loon zes maanden met verlof ging voorafgaand aan het einde van het dienstverband en bovendien aanvullende compensatie kreeg. De casus waarin iemand met lege handen naar huis wordt gestuurd, is derhalve nog niet beslist.

In ieder geval volgt uit de Nederlandse wet en jurisprudentie *niet* dat bij een enkele non-actiefstelling met behoud van loon de vakantieaanspraken *van rechtswege* komen te vervallen (zie evenwel Rb. Groningen 22 augustus 2002, *JAR* 2002/252 waarin de rechter geen vergoeding voor niet-genoten vakantiedagen toekende, omdat de vakantiedagen geacht werden te zijn opgenomen tijdens vier jaar non-actiefstelling met behoud van salaris. Volgens de kantonrechter was in casu geen recuperatiedoel meer aanwezig). Dat het Hof van Justitie EU geen vergoedingsplicht aanwezig acht in dergelijke gevallen, neemt niet weg dat de Nederlandse wet daartoe wel verplicht. Ook hier zien we dus het verschil in supranationaal en nationaal recht.

5. Conclusie

In beide uitspraken gaat het (uiteindelijk) om vakantieloon. Is vakantieloon een rustig bezit? Nee, het 'rustige loon' blijft gemoederen en menig afdeling HR bezighouden. Een deel van de complexiteit van de regeling komt doordat we zowel met supranationaal als nationaal recht van doen hebben. Het feit dat op supranationaal niveau bepaalde bescherming niet wordt geboden, wil niet zeggen dat die bescherming er daarom ook niet (meer) is. Het nationale recht gaat in veel gevallen namelijk verder dan de EU ons voorschrijft. Mag dat? Ja, dat mag gerust...