

Nieuwsbrief AR Updates - Nummer 47, 2016

Nummer 47, 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

Hof van Justitie van de Europese Unie

Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2016:883 17-11-2016

Betriebsrat der Ruhrlandklinik gGmbH/Ruhrlandklinik gGmbH

Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2016:873 15-11-2016

Gorka Salaberria Sorondo/Academia Vasca de Policía y Emergencias (Baskische politie| en nooddienstacademie, Spanje)

Hoge Raad

Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2016:2614 18-11-2016

commissarissen Meavita/FNV, curatoren Meavita en stichtingen Meavita c.s.

Hof

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2016:5134 17-11-2016

Bakkersland X BV/werknemer

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2016:5132 17-11-2016

werkneemster/X Media BV

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2016:5133 17-11-2016

werknemer/X Grond- en Sloopwerken B.V.

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2016:5098 15-11-2016

Koninklijke Schelde Groep BV/X

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2016:5109 15-11-2016

TMG Distributie B.V./X

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2016:9099 15-11-2016

Van Gansewinkel Nederland B.V./werknemer

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2016:5121 15-11-2016

werknemer/Procore Zuid-Limburg B.V.

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2016:8972 09-11-2016

HQF BV/werknemer

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2016:8957 08-11-2016

Sing's B.V./werknemer

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2016:8955 08-11-2016

USG People The Netherlands BV/werknemer

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2016:4435 08-11-2016

Stichting Zaam Interconfessioneel Voortgezet Onderwijs/werkneemster

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2016:4034 04-10-2016

werkneemster/Stichting Amsta

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2013:1478 09-04-2013

Koninklijke Schelde Groep BV/X

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2012:5659 18-12-2012

Koninklijke Schelde BV/X

Rechtbank

Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2016:13777 17-11-2016

Algemene Centrale van Overheidspersoneel c.s./De Staat der Nederlanden

Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2016:6079 16-11-2016

werknemer/werkgever

Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2016:5079 16-11-2016

Wester-Beton BV/werkneemster

Rechtbank Zeeland-West-Brabant, ECLI:NL:RBZWB:2016:7288 16-11-2016

werknemer/werkgever

Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2016:4935 15-11-2016

AFMB Limited/Stichting Bedrijfstakpensioenfondsen voor het Beroepsvervoer over de Weg

Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2016:9832 15-11-2016

Krijco Casino Holding B.V./werknemer

Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2016:9781 11-11-2016

werkneemster/Accountancy Zuyd B.V.

Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2016:8653 11-11-2016

werkneemster/Rotterdamse Electrische Tram N.V.

Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2016:9780 11-11-2016

werknemer/GGN Bewindvoering

Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2016:8668 11-11-2016

werkneemster/C&A Nederland C.V. c.s.

Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2016:9723 10-11-2016

werknemster/GGN Bewindvoering

Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2016:5974 09-11-2016

werknemer/werkgever

Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2016:8512 08-11-2016

werknemster/Van Koppen & van Eijk Projectservice B.V.

Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2016:8654 07-11-2016

werknemer/CMA CGM (Holland) B.V. c.s.

Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2016:9799 26-10-2016

Jumbo Supermarkten B.V./werknemster

Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2016:13162 26-10-2016

werknemster/werkgeefster

Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2016:6036 19-10-2016

werknemer/werkgever

Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2016:8597 04-10-2016

werknemer/Nimo dog events security B.V.

Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2016:8888 13-05-2016

werknemster/P+S Plantlab B.V.

Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2015:9794 11-03-2015

werknemer/werkgever

Centrale Raad van Beroep

Centrale Raad van Beroep, ECLI:NL:CRVB:2016:4265 09-11-2016

Centrale Raad van Beroep, ECLI:NL:CRVB:2016:4274 09-11-2016

Uitspraken zonder ECLI

Rechtbank Midden-Nederland 11-10-2016

werknemster/werkgeefster

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Gerechtshof Den Haag 15-11-2016

werknemster/Van Holstein Schoonmaakdiensten B.V.

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Rechtbank Gelderland 02-11-2016

werknemer/werkgeefster

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Rechtbank Amsterdam 13-10-2016

werkgeefster/werknemer

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Annotatie

S.K. Schreurs

Annotatie

**Vrijwilligersovereenkomst, arbeidsovereenkomst of overeenkomst van
opdracht?**

mr. O. van der Kind

RECHTSPRAAK

commissarissen Meavita/FNV, curatoren Meavita en stichtingen Meavita c.s.

Een redelijke uitleg van artikel 2:354 BW brengt mee dat ook de verzoekers van een enquêteprocedure kunnen verzoeken de door hen betaalde kosten van het enquêteonderzoek op de voet van deze bepaling te kunnen verhalen. Verhaal is slechts mogelijk indien ten aanzien van de desbetreffende functionaris individueel en concreet blijkt dat hij verantwoordelijk is voor het onjuiste beleid of de onbevredigende gang van zaken van de rechtspersoon.

Zeer kort weergegeven betreft de onderhavige procedure de gang van zaken voorafgaande aan surseance gevolgd door faillissement van sommige onderdelen, en verzelfstandiging van andere onderdelen, van het zogenoemde Meavitaconcern, een groep rechtspersonen waartoe onder meer behoorden Stichting Meavitagroep en Stichting Meavita Nederland. De commissarissen hebben binnen dit concern toezichtfuncties vervuld. De rechtspersonen die deel uitmaakten van het concern hielden zich bezig met de verlening van zorg en thuiszorg ingevolge de AWBZ en, vanaf 2007, de Wmo. In de onderhavige procedure heeft de Ondernemingskamer bij beschikking van 30 mei 2011 een onderzoek bevolen naar het beleid en de gang van zaken van een groot aantal rechtspersonen die tot het Meavitaconcern hebben behoord over de periode vanaf 1 januari 2006 tot aan de datum van de surseances respectievelijk de verzelfstandiging van deze rechtspersonen. Nadat onderzoekers verslag hadden uitgebracht, heeft de Ondernemingskamer in de in cassatie bestreden beschikking onder meer geoordeeld dat uit het onderzoeksverslag blijkt van wanbeleid in de periode van 2006 tot en met 2008 aan de zijde van Stichting Meavitagroep en Stichting Meavita Nederland (tot en met 2006 genaamd Stichting Sensire & Thuiszorg Groningen, hierna: S&TZG), en dat de leden van de toezichthoudende organen en van de raden van bestuur van deze rechtspersonen – voor een aanzienlijk aantal onderzochte onderdelen: onder meer dan wel in het bijzonder de commissarissen – verantwoordelijk zijn voor dit wanbeleid. De Ondernemingskamer heeft de door AAF en de curatoren gedane verzoeken tot verhaal van de kosten van het onderzoek toegewezen en die kosten evenredig verdeeld over de

toezichthoudende organen en de raden van bestuur. Aan de voet van de beschikking van de Ondernemingskamer is vermeld: 'Deze beschikking is op 6 juni 2014 gegeven door mr. P. Ingelse, voorzitter, mr. A.C. Faber en mr. G.C. Makkink, raadsheren, en drs. P.G. Boumeester en prof. drs. E. Eeftink RA, raden (...), en in het openbaar uitgesproken door mr. Faber op 2 november 2015.' Commissarissen klagen in cassatie dat de datum van de beschikking niet juist kan zijn en dat vanwege het vertrek van mr. P. Ingelse de beschikking in strijd is met artikel 5 RO.

De Hoge Raad oordeelt als volgt. Op grond van artikel 5 lid 2 en 3 RO in verbinding met artikel 66 lid 2 RO dient een beschikking van de Ondernemingskamer, op straffe van nietigheid, te worden gewezen door drie rechters en twee deskundige leden. Een beschikking wordt gewezen wanneer alle rechters – en, in het geval van de Ondernemingskamer, deskundige leden – die over de zaak oordelen de tekst van de uit te spreken beschikking hebben vastgesteld. Nadat een rechter is gedefungeerd, kan hij niet meer als 'rechter' in de zin van deze voorschriften worden aangemerkt. Uit r.o. 1.17 van de bestreden beschikking blijkt dat mondelinge behandelingen in deze zaak hebben plaatsgevonden op 4 en 5 juni 2014. Uitgesloten moet worden geacht dat de rechters en deskundige leden zich reeds op 6 juni 2014, de datum die in de voet van de beschikking is vermeld als de datum waarop die beschikking is gegeven, hebben ingestemd met de vaststelling van de volledige tekst van de 191 pagina's tellende beschikking. Deze vermelding kan derhalve niet juist zijn. Bovendien is in 2015 diverse malen aan partijen bericht dat een eerdere beschikkingsdatum niet mogelijk was. Gegrondbevinding van onderdeel 1 brengt mee dat de zaak volledig opnieuw moet worden beoordeeld.

Voorts klaagt men dat het hof de commissarissen ten onrechte heeft veroordeeld in (een aandeel in) de onderzoekskosten die AAF voor haar rekening heeft genomen. Voor een dergelijk verhaal op de voet van artikel 2:354 BW is volgens het onderdeel slechts ruimte als die onderzoekskosten overeenkomstig artikel 2:350 lid 3 BW door de (boedel van de) rechtspersonen zijn betaald. De wet gaat ervan uit dat de kosten van een enquête steeds door de rechtspersoon worden betaald (art. 2:350 lid 3 BW). Hiervan uitgaande, ligt het voor de hand dat artikel 2:354 BW alleen de rechtspersoon aanwijst als degene die een verzoek tot verhaal van deze kosten kan doen. Daarbij is echter geen rekening gehouden met de mogelijkheid dat de rechtspersoon niet zelf de (volledige) kosten van het onderzoek kan opbrengen, en degenen die de enquête hebben verzocht (een deel van) die kosten voor hun rekening nemen, bijvoorbeeld omdat zij een eigen belang hebben bij de enquête. Een zodanig geval kan zich voordoen bij faillissement van de rechtspersoon (vgl. de situatie die aan de orde was in HR 26 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BD5516, NJ 2011/210 (KPNQwest)). Mede tegen deze achtergrond brengt een redelijke uitleg van artikel 2:354 BW mee dat ook de verzoekers

van de enquête kunnen verzoeken de door hen betaalde kosten van het onderzoek op de voet van deze bepaling te kunnen verhalen. Het onderdeel gaat uit van een andere rechtsopvatting en faalt daarom. Ten slotte klaagt men onder meer dat de Ondernemingskamer van een onjuiste rechtsopvatting heeft blijk gegeven door de commissarissen te veroordelen tot vergoeding van een aandeel in de onderzoekskosten zonder daartoe het functioneren van elke commissaris afzonderlijk te hebben beoordeeld. Althans had de Ondernemingskamer haar beslissing beter dienen te motiveren, aldus het onderdeel. Bij de beslissing of de kosten van het onderzoek geheel of ten dele kunnen worden verhaald op een individuele bestuurder, een commissaris of een ander die in dienst van de rechtspersoon is, dient de Ondernemingskamer alle omstandigheden van het geval te betrekken. Uit haar overwegingen moet ten aanzien van de desbetreffende functionaris individueel en concreet blijken dat hij verantwoordelijk is voor het onjuiste beleid of de onbevredigende gang van zaken van de rechtspersoon (vgl. HR 19 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:AD3051, *NJ* 1999/658). Dit houdt niet alleen in dat de desbetreffende functionaris formele verantwoordelijkheid droeg, maar tevens dat hem persoonlijk van de onjuistheid van dat beleid of van de onbevredigende gang van zaken een verwijt kan worden gemaakt (vgl. HR 4 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7240, *NJ* 1997/671, onder 4.1.1-4.1.3 en 4.16.1). Uit de overwegingen van de Ondernemingskamer blijkt onvoldoende in hoeverre zij (ook) die verwijtbaarheid heeft betrokken in haar beslissingen over het kostenverhaal op de commissarissen. In zoverre slaagt het onderdeel.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 18-11-2016

ECLI: ECLI:NL:HR:2016:2614

Zaaknummer: 16/00551

Rechters: E.J. Numann, C.A. Streefkerk, A.H.T. Heisterkamp, G. de Groot en C.E. du Perron

Advocaten: D. Rijpma en A.E.H. van der Voort

Wetsartikelen: 2:350 BW, 2:345 BW en 5 Wet RO

RECHTSPRAAK

werknemer/X Grond- en Sloopwerken B.V.

Billijke vergoeding wegens ernstig verwijtbaar handelen in hoger beroep. Werkgever draagt bewijslast van ernstig verwijtbaar gedrag van werknemer: vermeend verkopen en toe-eigenen van bedrijfsmateriaal.

Werknemer (geboren 1965) is op 9 januari 2012 in dienst getreden van X Grond- en sloopwerken in de functie van projectleider sloop. Vanaf 1989 was werknemer werkzaam bij de voorganger van werkgever. Er is sprake van opvolgend werkgeverschap. Zijn salaris bedroeg laatstelijk € 4.591,93 bruto per maand exclusief vakantiebijslag. In mei 2015 is werknemer aangesproken op een verkooptransactie van balken uit een sloopproject van twee scholen in de gemeente Geldrop. Vanaf dat moment hebben partijen geen vertrouwen meer gehad in elkaar. In juli 2015 meldt werknemer zich ziek. De kantonrechter heeft de arbeidsovereenkomst ontbonden op de e-grond. Daarbij heeft de kantonrechter geoordeeld dat werknemer ernstig verwijtbaar heeft gehandeld, zodat de ontbindingstermijn werd vervroegd. Werknemer heeft wel een transitievergoeding ontvangen van € 7.500 (in plaats van € 60.298,64. Werknemer komt van dit oordeel in hoger beroep en verzoekt het hof een latere ontbindingsdatum vast te stellen, alsmede de transitievergoeding volledig toe te kennen.

Het hof oordeelt als volgt. Op grond van artikel 7:683 lid 3 BW kan de rechter in hoger beroep een billijke vergoeding toekennen indien hij oordeelt dat het verzoek van de werkgever tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst ten onrechte is toegewezen. Deze vergoeding kan worden toegekend in plaats van een veroordeling tot herstel van de arbeidsovereenkomst. De kantonrechter heeft de arbeidsovereenkomst ontbonden op grond van artikel 7:669 lid 3 aanhef en onderdeel e BW. Wanneer het hof er veronderstellenderwijs van uitgaat dat de kantonrechter ten onrechte op deze grond heeft ontbonden, dan brengt de devolutieve werking van het hoger beroep mee dat het hof moet beoordelen of de ontbinding had kunnen geschieden op grond van artikel 7:669 lid 3 aanhef en onderdeel g BW. Ter gelegenheid van de mondelinge behandeling in hoger beroep is gebleken dat de verhoudingen tussen partijen zozeer zijn verstoord, dat de arbeidsovereenkomst in ieder geval op deze grond ontbonden had kunnen worden. Er is sprake van een diepgeworteld wantrouwen over en weer.

Herplaatsing had niet in de rede gelegen. Dit leidt ertoe dat een billijke vergoeding op grond van artikel 7:683 lid 3 BW niet toewijsbaar is.

Het hof begrijpt echter dat werknemer ook heeft bedoeld aanspraak te maken op een billijke vergoeding op grond van artikel 7:671b lid 8 aanhef en onderdeel c BW. Daarbij gaat het erom of de ontbinding het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen van X. In dit verband is van belang dat de door X aan het verzoek tot ontbinding ten grondslag gelegde verwijten, zeer ernstig zijn. Volgens werknemer hebben deze verwijten hem zeer diep geraakt en zijn deze onterecht en zo ernstig, dat het uiten van die verwijten heeft geleid tot de verstoring van de arbeidsverhouding, hetgeen volgens werknemer als ernstig verwijtbaar in voornoemde zin moet worden beschouwd. Het hof zal de beslissing of het uiten van die verwijten zo ernstig is geweest dat dit moet worden beschouwd als ernstig verwijtbaar handelen van X in de hier bedoelde betekenis, aanhouden in afwachting van bewijslevering door de werkgever dat werknemer ernstig verwijtbaar heeft gehandeld.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 17-11-2016

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2016:5133

Zaaknummer: 200.196.114/01

Rechters: M. van Ham, M.J.H.A. Venner-Lijten en P.P.M. Rousseau

Advocaten: R.G.F. Lammers en S.A. van Ierssel

Wetsartikelen: 7:669 lid 3 onderdeel e BW, 7:673 lid 8 BW, 7:683 BW en 150 Rv

RECHTSPRAAK

Betriebsrat der Ruhrlandklinik gGmbH/Ruhrlandklinik gGmbH

De Uitzendrichtlijn moet aldus worden uitgelegd dat de terbeschikkingstelling door een vereniging zonder winstoogmerk, in ruil voor een financiële vergoeding, van een van haar leden aan een inlenende onderneming om aldaar, als hoofdberoep en onder leiding van laatstgenoemde, tegen beloning arbeid te verrichten, wanneer dit lid op grond daarvan in de desbetreffende lidstaat wordt beschermd, binnen de werkingssfeer van deze richtlijn valt, ook wanneer dit lid naar nationaal recht niet de hoedanigheid van werknemer heeft omdat hij geen arbeidsovereenkomst heeft gesloten met voornoemde vereniging.

De Ruhrlandklinik exploiteert een kliniek in Essen (Duitsland). In 2010 sloot zij met DRK Essen een overeenkomst voor de terbeschikkingstelling van arbeidskrachten op grond waarvan DRK Essen zich ertoe heeft verbonden om bij deze kliniek zorgpersoneel tewerk te stellen, in ruil voor een financiële vergoeding die de personeelskosten dekt, vermeerderd met een forfaitaire vergoeding van 3% voor de administratieve kosten. Dit zorgpersoneel is samengesteld uit bij DRK Essen aangesloten leden die bevoegd zijn om een beroepsactiviteit in de gezondheidszorg uit te oefenen. DRK Essen is een geregistreerde vereniging zonder winstoogmerk, die is aangesloten bij het Verband der Schwesternschaften vom Deutschen Roten Kreuz eV (federatie van Schwesternschaften van het Duitse Rode Kruis, Duitsland). Haar leden oefenen hun hoofdberoepsactiviteit ofwel uit bij DRK Essen, ofwel bij zieken- en gezondheidszorginstellingen in het kader van detacheringsovereenkomsten. In het laatste geval zijn deze leden onderworpen aan de vaktechnische en organisatorische instructies van de betrokken instelling. Op grond van de statuten van DRK Essen betaalt laatstgenoemde aan zijn leden een maandelijkse vergoeding die wordt berekend overeenkomstig de criteria die in de betrokken sector gebruikelijk zijn, samen met een vergoeding voor bepaalde reis- en verhuiskosten, rechten op een aanvullend ouderdomspensioen, alsmede rechten op betaalde

verlofdagen, overeenkomstig de in deze sector geldende bepalingen. Voorts hebben deze leden recht op behoud van loon in geval van arbeidsongeschiktheid wegens ziekte of ongeval. De verhouding tussen DRK Essen en zijn leden wordt evenwel niet beheerst door een arbeidsovereenkomst. Mevrouw K. is verpleegster en lid van DRK Essen. Zij zou met ingang van 1 januari 2012 op basis van een detacheringsovereenkomst tussen de Ruhrlandklinik en DRK Essen tewerk worden gesteld in de verpleegdienst van de Ruhrlandklinik. Bij brief van 2 december 2011 heeft de ondernemingsraad echter geweigerd goedkeuring te verlenen aan die tewerkstelling, op grond dat deze niet tijdelijk was, en derhalve strijdig met § 1, lid 1, AÜG, die de niet-tijdelijke terbeschikkingstelling van werknemers aan inlenende ondernemingen verbiedt. Volgens de verwijzende rechter is het in § 1, lid 1, AÜG neergelegde verbod op niet-tijdelijke terbeschikkingstelling van arbeidskrachten enkel van toepassing op werknemers van een uitzendbureau. De verwijzende rechter vraagt zich evenwel af of K., hoewel zij naar Duits recht geen werkneemster is, wellicht naar Unierecht, meer in het bijzonder op basis van artikel 1 lid 1 van Richtlijn 2008/104, als zodanig zou kunnen worden aangemerkt. Met zijn prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 1 lid 1 en 2 van Richtlijn 2008/104 aldus moet worden uitgelegd dat de terbeschikkingstelling, door een vereniging zonder winstoogmerk, in ruil voor een financiële vergoeding, van een van haar leden aan een inlenende onderneming om aldaar, als hoofdberoep en onder leiding van laatstgenoemde, tegen beloning arbeid te verrichten, terwijl dit lid naar nationaal recht geen werknemer is omdat hij geen arbeidsovereenkomst heeft gesloten met voornoemde vereniging, binnen de werkingssfeer van deze richtlijn valt.

Het Hof van Justitie EU oordeelt als volgt. Overeenkomstig vaste rechtspraak van het Hof is het hoofdkenmerk van een arbeidsverhouding dat een persoon gedurende een bepaalde tijd voor een ander en onder diens leiding prestaties levert en in ruil daarvoor een vergoeding ontvangt, waarbij de juridische kwalificatie naar nationaal recht en de vorm van deze verhouding, evenals als de aard van de rechtsbetrekking tussen deze twee personen in dit opzicht niet doorslaggevend zijn (zie in die zin arrest van 11 november 2010, C-232/09, ECLI:EU:C:2010:674 (Danosa), punten 39 en 40 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Bovendien volgt uit artikel 1 lid 1 van Richtlijn 2008/104, alsmede uit artikel 3 lid 1 onderdeel c ervan, dat het begrip ‘uitzendkracht’ definieert, dat deze richtlijn niet alleen van toepassing is op werknemers die een arbeidsovereenkomst hebben gesloten met een uitzendbureau, maar ook op werknemers die een ‘arbeidsverhouding’ hebben met een dergelijk bureau. Hieruit volgt dat noch de juridische kwalificatie naar nationaal recht van de verhouding die de betrokkene met het uitzendbureau verbindt, noch de aard van hun rechtsbetrekking, noch de vorm van deze verhouding doorslaggevend is voor de aanduiding van deze persoon als ‘werknemer’ in de zin van Richtlijn 2008/104. Derhalve kan, anders dan de Ruhrlandklinik in haar opmerkingen betoogt, een persoon als K. niet van het begrip ‘werknemer’ in de zin van

deze richtlijn, en daarmee niet van de werkingssfeer daarvan, worden uitgesloten enkel op de grond dat zij niet door een arbeidsovereenkomst is verbonden met het uitzendbureau en dus naar Duits recht geen werknemer is. Aan die conclusie wordt niet afgedaan door de omstandigheid dat Richtlijn 2008/104, krachtens artikel 3 lid 2 ervan, geen afbreuk doet aan het nationale recht wat de definitie van werknemer betreft. Daarom moet het bovengenoemde begrip aldus worden uitgelegd dat het iedere persoon omvat die een arbeidsverhouding in de zin zoals aangegeven in punt 27 van het onderhavige arrest heeft en in de desbetreffende lidstaat op grond van de arbeid die hij verricht, wordt beschermd. Bovenstaande uitlegging wordt gestaafd door de doelstellingen die door Richtlijn 2008/104 worden nagestreefd. Uit de overwegingen 10 en 12 van die richtlijn blijkt immers dat deze, aangezien er grote verschillen bestaan in het gebruik van uitzendarbeid en in de rechtspositie, het statuut en de arbeidsvoorwaarden van uitzendkrachten binnen de Europese Unie, beoogt een beschermingskader vast te stellen voor uitzendkrachten dat niet-discriminerend, transparant en evenredig is, en de diversiteit van de arbeidsmarkten en de arbeidsverhoudingen eerbiedigt. Zo heeft de richtlijn, blijkens artikel 2 ervan, tot doel de bescherming van uitzendkrachten te garanderen en de kwaliteit van het uitzendwerk te verbeteren door de naleving van het beginsel van gelijke behandeling ten aanzien van deze werknemers, en door uitzendbureaus als werkgever te erkennen, daarbij rekening houdend met de noodzaak om een geschikt kader te creëren voor de gebruikmaking van uitzendwerk teneinde bij te dragen tot de schepping van werkgelegenheid en de ontwikkeling van flexibele arbeidsvormen. Een beperking van het begrip ‘werknemer’ in de zin van Richtlijn 2008/104 tot personen die krachtens nationaal recht onder dat begrip vallen, en met name tot diegenen die door een arbeidsovereenkomst zijn verbonden met het uitzendbureau, zou de verwezenlijking van deze doelstellingen evenwel in gevaar kunnen brengen en derhalve, door de werkingssfeer van deze richtlijn bovenmatig en ongerechtvaardigd te beperken, afbreuk doen aan het nuttig effect ervan. Een dergelijke beperking zou de lidstaten of de uitzendbureaus immers toestaan naar eigen goeddunken bepaalde categorieën personen uit te sluiten van de door die richtlijn beoogde bescherming en met name van de toepassing van het in artikel 5 van diezelfde richtlijn neergelegde beginsel van gelijke behandeling van uitzendkrachten ten opzichte van werknemers die rechtstreeks door de inlenende onderneming zijn tewerkgesteld, terwijl de arbeidsverhouding die deze personen verbindt met het uitzendbureau niet wezenlijk verschilt van die welke personeelsleden die krachtens het nationale recht de hoedanigheid van werknemer hebben verbindt met hun werkgever. Gelet op het voorgaande moet het begrip ‘werknemer’ in de zin van Richtlijn 2008/104 aldus worden uitgelegd dat het iedere persoon omvat die arbeid verricht, dat wil zeggen die gedurende een bepaalde tijd voor een andere persoon en onder diens leiding prestaties levert en in ruil daarvoor een beloning ontvangt, en die op grond daarvan in de desbetreffende lidstaat is beschermd, zulks ongeacht de juridische

kwalificatie van zijn arbeidsverhouding naar nationaal recht, de aard van de rechtsbetrekking tussen deze personen en de vorm van deze verhouding. Het staat aan de verwijzende rechter om na te gaan of deze voorwaarden in casu zijn vervuld en of K. dus moet worden aangemerkt als ‘werknemer’ in de zin van deze richtlijn.

Anders dan de Ruhrlandklinik betoogt, is de omstandigheid dat DRK Essen geen winstoogmerk heeft, overeenkomstig de bewoordingen zelf van artikel 1 lid 2 van Richtlijn 2008/104 en volgens vaste rechtspraak van het Hof (zie met name arrest van 3 december 2015, C-301/14, ECLI:EU:C:2015:793 (Pfotenhilfe-Ungarn), punt 30 en aldaar aangehaalde rechtspraak), in dit opzicht niet relevant. De juridische vorm van DRK Essen – dat een vereniging is – is dit evenmin, daar deze het economische karakter van de uitgeoefende activiteit onverlet laat. Bijgevolg moet worden geoordeeld dat een vereniging als DRK Essen, die in ruil voor een financiële vergoeding die de personeels- en administratieve kosten dekt, zorgpersoneel ter beschikking stelt aan zieken- en gezondheidszorginstellingen, een activiteit uitoefent in de zin van artikel 1 lid 2 van voornoemde richtlijn.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 17-11-2016

ECLI: ECLI:EU:C:2016:883

Zaaknummer:

Wetsartikelen: Richtlijn 2008/104/EG

RECHTSPRAAK

Bakkersland X BV/werknemer

Fingeren van functioneringsgesprekken en vervalsen van handtekeningen medewerkers geen ontslag op staande voet, maar wel ernstig verwijtbaar gedrag. Datum einde arbeidsovereenkomst per heden of in de toekomst. Geen billijke vergoeding.

Werknemer (geboren 1966) is op 15 oktober 2007 bij Bakkersland in dienst getreden. Laatstelijk was hij werkzaam als teamleider van de afdeling Magazijn (€ 2.688). Werknemer is in maart 2016 op staande voet ontslagen wegens het fingeren van functionerings-/beoordelingsgesprekken en het vervalsen van handtekeningen onder gespreksverslagen van teamleden. De kantonrechter heeft het vernietigingsverzoek van werknemer toegewezen. Het voorwaardelijk ontbindingsverzoek van werkgever werd afgewezen. Bakkersland is in hoger beroep gekomen van de bestreden beschikking. Zij heeft verzocht dat het hof een datum bepaalt waarop de arbeidsovereenkomst zal eindigen en voor recht verklaart dat Bakkersland over de periode van 14 maart 2016 tot deze nog vast te stellen datum geen loon verschuldigd is aan werknemer, en voorts bepaalt dat werknemer ernstig verwijtbaar heeft gehandeld en dientengevolge geen recht heeft op een transitievergoeding.

Het hof oordeelt als volgt. Vast staat dat werknemer in ieder geval meerdere verslagen heeft opgesteld met vervalste handtekeningen en dat hij dat heeft gedaan zonder dat daaraan voorafgaand een 'echt' functioneringsgesprek met de betrokken medewerker was gevoerd. Het hof verwerpt het betoog van werknemer dat hij nooit een concrete instructie heeft gekregen hoe een functioneringsgesprek moet worden gevoerd. Evenmin acht het hof van belang of de betrokken medewerkers dat wel of niet als problematisch ervaren. Het gaat erom dat Bakkersland – terecht – door deze handelwijze het vertrouwen in werknemer is verloren. Een verzachtende omstandigheid is de hoge werkdruk. Het hof is met de kantonrechter van oordeel dat ontslag op staande voet een te zware sanctie was. Daartoe acht het hof van belang dat werknemer altijd goed heeft gefunctioneerd, dat hij zeer gewaardeerd werd door zijn ondergeschikten en ook door Bakkersland. Met name acht het hof in dit verband van belang dat werknemer geen kwade bedoelingen had. Het plaatsen van een handtekening van zijn medewerkers, zonder dat zij daarvan op de hoogte waren, kan onder omstandigheden een

strafbaar feit opleveren, maar werknemer heeft dit niet gedaan om zichzelf te verrijken of er op enigerlei wijze zelf beter van te worden. Werknemer heeft dit afgedaan als een domme fout die hij heeft gemaakt onder invloed van de forse werkdruk zoals hij die heeft ervaren. Het hof is van oordeel dat het plaatsen van een valse handtekening wel meer is dan zo maar een domme fout die kan worden gemaakt bij werken onder tijdsdruk, maar gelet op al deze omstandigheden, in onderling verband beschouwd, acht het hof een ontslag op staande voet in dit geval een te zwaar middel. Het hof is verder van oordeel dat wel sprake is van zodanig verwijtbaar handelen dat dit had moeten leiden tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Dat handelen acht het hof zelfs zodanig verwijtbaar, dat sprake is van ernstig verwijtbaar handelen in de zin van artikel 7:671b lid 8 aanhef en onderdeel b BW en artikel 7:673 lid 7 aanhef en onderdeel c BW. Daarbij speelt een rol dat werknemer als leidinggevende een voorbeeldfunctie heeft en dat Bakkersland terecht mag hechten aan integriteit.

Op grond van artikel 7:683 lid 5 BW dient het hof, indien het van oordeel is dat het verzoek om ontbinding ten onrechte is afgewezen, een datum te bepalen waarop de arbeidsovereenkomst eindigt. Het hof houdt geen rekening met een opzegtermijn, zoals werknemer heeft verzocht. Het hof ziet daartoe geen aanleiding. Weliswaar is in artikel 7:683 lid 5 BW bepaald dat artikel 7:671b BW van overeenkomstige toepassing is, maar daaraan is toegevoegd ten aanzien van de toekenning van een vergoeding. Het hof leidt hieruit af dat het niet gehouden is (ook) lid 8 van artikel 7:671b aanhef en onderdeel a BW toe te passen, althans niet in de situatie (zoals hier), dat de periode waartegen ontbinding door de kantonrechter had kunnen plaatsvinden, reeds is verstreken. Het hof zal de einddatum van de arbeidsovereenkomst bepalen op 1 december 2016. Het hof zal het verzoek om een transitievergoeding afwijzen, omdat het hof van oordeel is dat werknemer ernstig verwijtbaar heeft gehandeld. Het hof ziet in de omstandigheden van het geval geen aanleiding om toepassing te geven aan artikel 7:673 lid 8 BW.

Werknemer heeft voor de rechtsgrond van een billijke vergoeding verwezen naar artikel 7:683 lid 5 BW. Deze bepaling heeft betrekking op het tijdstip waarop de arbeidsovereenkomst eindigt. Weliswaar wordt in lid 5 verwezen naar de artikelen 7:671b en 7:671c BW ten aanzien van de toekenning van een vergoeding, maar van een situatie als bedoeld in artikel 7:671b lid 8 aanhef en onderdeel c BW is in dit geval geen sprake. Uit het voorgaande volgt immers dat Bakkersland geen ernstig verwijt valt te maken. Artikel 7:671c BW ziet op de hier niet aan de orde zijnde situatie dat de werknemer ontbinding verzoekt van de arbeidsovereenkomst.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 17-11-2016

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2016:5134

Zaaknummer: 200.196.493/01

Rechters: M. van Ham, M.J.H.A. Venner-Lijten en M.E. Smorenburg

Advocaten: mr. dr. P. Kruit en V.A.M. Vos

Wetsartikelen: 7:683 BW en 7:677 BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/X Media BV

Vergoeding wegens ernstig verwijtbaar gedrag ex artikel 7:671b lid 8 onderdeel c BW in hoger beroep toegestaan. Ingetrokken ontslag op staande voet is verwijtbaar, maar niet ernstig.

Werkneemster (geboren 1959) is vanaf januari 2005 in dienst geweest van X Media BV (een multimedia-uitgever gericht op een geselecteerde groep, van maximaal 60 makelaars die woningen in het topsegment verkopen). Werkneemster is op 14 januari 2016 op staande voet ontslagen. X Media BV heeft aangeboden het ontslag in te trekken en om te zetten in een formele waarschuwing. Werkneemster heeft met dit laatste niet kunnen instemmen. Bijgevolg heeft werkneemster de kantonrechter verzocht de opzegging te vernietigen. X Media heeft als tegenverzoek ontbinding van de arbeidsovereenkomst gevraagd. De kantonrechter heeft het verzoek van werkneemster afgewezen, stellende dat sprake was van een ingetrokken opzegging. Het ontbindingsverzoek is toegewezen onder toekenning van een transitievergoeding. Tegen dit oordeel keert werkneemster zich in hoger beroep met enkel een verzoek tot toekenning van een billijke vergoeding. Volgens X Media is dit niet mogelijk nu artikel 7:683 BW daarvoor geen grondslag biedt.

Het hof oordeelt als volgt. Een vergoeding ex artikel 7:683 BW acht het hof enkel aan de orde, indien het oordeel van de kantonrechter over te gaan tot ontbinding ten onrechte is geweest. De billijke vergoeding komt dan in de plaats van herstel. In casu is die situatie niet aan de orde, omdat genoegzaam is gebleken dat sprake is van een verstoorde arbeidsverhouding. Het hof heeft in een eerdere zaak overwogen dat het er bij de vraag of sprake is van een voldragen g-grond niet om gaat aan wie de verstoring van de verhouding te wijten is, maar slechts om de vraag of de verstoring ernstig en duurzaam is (Hof 's-Hertogenbosch 20 oktober 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:4702). Dat dient enigszins genuanceerd te worden in die zin dat, wanneer uit de feiten en omstandigheden volgt dat de verstoring van de verhoudingen is gecreëerd met het uitsluitende doel een ontbinding van de arbeidsovereenkomst te forceren op de g-grond, dat niet zonder meer 'beloond' mag worden door toekenning van een dergelijk verzoek. In casu heeft werkneemster zelf bijgedragen aan de verstoring door vertrouwelijke correspondentie tussen werknemers in het geding te brengen. Bovendien is X Media BV een

kleine werkgever.

X Media BV heeft betoogd dat werknemster niet-ontvankelijk moet worden verklaard in haar hoger beroep omdat het hof slechts een billijke vergoeding op grond van artikel 7:683 lid 3 BW mag toekennen, en niet op grond van artikel 7:671b lid 8 aanhef en onderdeel c BW. Dit verweer faalt. Een dusdanige beperking van het hoger beroep kan het hof niet uit de wet afleiden. Uitgangspunt van artikel 358 Rv is dat hoger beroep openstaat. Een verbod op hoger beroep moet uit de wet blijken en een dergelijk verbod dient restrictief te worden uitgelegd. In artikel 7:683 BW zijn wel restricties opgenomen voor de rechter in hoger beroep, maar een zo vergaande beperking als door X Media BV is bepleit, leest het hof daarin niet. Het hof is van oordeel dat het enkele feit dat X Media BV het ontslag op staande voet heeft gegeven, niet zonder meer leidt tot een situatie als bedoeld in artikel 7:671b lid 8 onderdeel c BW, omdat X Media BV dat ontslag op staande voet ook weer heeft ingetrokken. Dat vervolgens de arbeidsverhouding onder spanning is komen te staan door de aanvankelijke eis dat werknemster een formele waarschuwing zou accepteren, is wellicht verwijtbaar, maar niet ernstig verwijtbaar.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 17-11-2016

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2016:5132

Zaaknummer: 200.194.066/01

Rechters: M. van Ham, C.E.L.M. Smeenk-van der Weijden en D. Osmic

Advocaten: M.A. Hupkes en M.F.M. Groot Kormelink

Wetsartikelen: 7:671 BW, 7:683 BW en 358 Rv

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgever

Verstekveroordeling. Werkgever is door onjuiste tenaamstelling in het verzoekschrift niet in haar mogelijkheden om verweer te voeren geschaad. Billijke vergoeding ad € 25.000, alsmede vergoeding wegens onregelmatige opzegging verschuldigd na onterecht gegeven ontslag op staande voet.

Werknemer is op 21 april 2016 in dienst getreden van werkgever in de functie van uitzendkracht. Op 6 mei 2016 is werknemer betrokken geweest bij een bedrijfsongeval. Zijn hand zat enkele seconden klem in een machine nadat zijn handschoen werd gegrepen. Werknemer is op 26 augustus 2016 op staande voet ontslagen, omdat hij zou hebben gefraudeerd met 'fysio rapporten'. Werknemer verzoekt onder meer veroordeling van werkgever tot betaling van een billijke vergoeding, een vergoeding wegens onregelmatige opzegging en betaling van loon over de periode van 12 tot 26 augustus 2016. Werkgever en/of diens gemachtigde zijn niet ter zitting verschenen.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Ter zitting heeft de kantonrechter al geoordeeld dat werknemer ontvankelijk is in zijn verzoek. Daartoe heeft de kantonrechter overwogen dat werkgever door de onjuiste tenaamstelling in het verzoekschrift niet in haar mogelijkheden om verweer te voeren is geschaad. Werkgever en de in het verzoekschrift genoemde partij hebben dezelfde moedermaatschappij, zijn gevestigd op hetzelfde adres en hebben hetzelfde telefoonnummer. Tussen partijen is ook niet in geschil dat werkgever de werknemer van werknemer was. Bovendien heeft mr. Koelen in het buitengerechtelijke traject namens werkgever contact gehad met mr. Spieringhs. Mr. Spieringhs heeft ook onweersproken gesteld dat zij mr. Koelen direct na het ontslag op staande voet heeft gesproken alsook direct na de indiening van het verzoekschrift. Gelet daarop kan geen onduidelijkheid bestaan over de vraag tegen welke partij het verzoekschrift zich richtte. Mr. Koelen heeft ter zitting aangegeven dat hij één week voor de mondelinge behandeling startte met de voorbereiding van de onderhavige zaak en toen heeft geconstateerd dat niet werkgever maar een andere partij als verweerster in het verzoekschrift wordt genoemd, waarna besloten is enkel het niet-ontvankelijkheidsverweer te voeren en de zaak niet verder inhoudelijk voor te

bereiden. Op grond van het voorgaande is de kantonrechter van oordeel dat werkgever op de hoogte was van de mondelinge behandeling en dat zij voldoende in de gelegenheid is geweest om zich voor te bereiden op de zitting. De keuze om de zaak niet verder inhoudelijk voor te bereiden en mr. Koelen niet (alsnog) te machtigen om namens haar verweer te voeren dient voor rekening en risico van werkgever te komen.

Nu werkgever niet ter zitting is verschenen zal de kantonrechter de verzoeken toewijzen, tenzij deze de kantonrechter onrechtmatig of ongegrond voorkomen. Nu werknemer onweersproken heeft gesteld dat het ontslag op staande voet niet rechtsgeldig is, alsmede nu geen verweer is gevoerd tegen de hoogte van de gevorderde billijke vergoeding, zal het verzoek van werknemer om toekenning van een billijke vergoeding van € 25.000 worden toegewezen. Ook de gevorderde vergoeding wegens onregelmatige opzegging zal worden toegewezen. Werknemer heeft voorts onweersproken gesteld dat het loon vanaf 12 augustus 2016 niet aan hem is voldaan. Nu de arbeidsovereenkomst is geëindigd op 26 augustus 2016 en de hoogte van het gevorderde loon niet is betwist, is ook dit deel van de vordering van werknemer toewijsbaar.

Instantie: Rechtbank Zeeland-West-Brabant

Datum uitspraak: 16-11-2016

ECLI: ECLI:NL:RBZWB:2016:7288

Zaaknummer: 5390160 AZ VERZ 16-211

Rechters: T.N.E. Meyboom

Advocaten: M.J. Spieringhs

Wetsartikelen: 7:672 BW, 7:677 BW, 7:678 BW en 7:681 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Profcore Zuid-Limburg B.V.

Het goed werkgeverschap dwingt werkgever niet ontvangen verzekeringssom uit sommenverzekering met werkgever als begunstigde bij ongevallen van werknemers aan werknemers door te betalen.

Profcore is een organisatie die personeel uitleent/beschikbaar stelt aan bedrijven. Werknemer is op 1 oktober 2005 voor onbepaalde tijd bij Profcore in dienst getreden. Op 11 april 2006 heeft hij in de uitoefening van zijn werkzaamheden bij een bedrijf genaamd Flextronics Logistics B.V. een ongeval gekregen. Als gevolg daarvan is zijn linker onderbeen geamputeerd. Profcore heeft een Collectieve Ongevallenverzekering afgesloten bij 'verzekeringsmaatschappij X'. Na melding van het ongeval heeft deze verzekeringsmaatschappij voor het ongeval een bedrag van € 17.530,75 uitgekeerd aan Profcore. Het polisblad vermeldt als 'verzekerden': 'De in vaste loondienst staande werknemers van verzekeringnemer zolang deze de leeftijd van 65 jaar niet hebben bereikt.' Als verzekeringnemer is vermeld Profcore B.V. Begunstigde op grond van deze overeenkomst is Profcore. Verzekerd zijn sommen in geval van (A) overlijden en (B) blijvende invaliditeit, respectievelijk 1 keer en 2 keer een brutojaarsalaris. Werknemer heeft Profcore aangesproken op betaling van het uitgekeerde bedrag aan hem, hetgeen Profcore heeft geweigerd. Werknemer doet een beroep op artikel 7:611 BW.

Het hof oordeelt als volgt. Uit het bepaalde in artikel 7:965 BW volgt dat de sommenverzekering een verzekerde kent en een begunstigde. De verzekerde is degene op wiens leven of gezondheid de verzekering betrekking heeft. De begunstigde is degene die tot het ontvangen van een uitkering is aangewezen. Op grond van het bepaalde in artikel 7:966 BW kan de verzekeringnemer door schriftelijke mededeling aan de verzekeraar zichzelf of een derde als begunstigde aanwijzen. Ingevolge het bepaalde in artikel 7:967 lid 8 BW komt het recht op uitkering toe aan de verzekeringnemer, zolang geen derde als begunstigde is aangewezen. Voor zover werknemer aan zijn aanspraak ten grondslag legt dat Profcore de uitkering moet doorbetalen, omdat hij de verzekerde is en het de bedoeling van partijen is geweest dat het verzekerde bedrag ook aan de verzekerde ten goede zou komen, ziet

werknemer voorbij aan de hiervoor aangehaalde wettelijke bepalingen. Hierin wordt een uitdrukkelijk onderscheid gemaakt tussen de verzekerde (ter aanduiding van de persoon wiens leven of gezondheid onderwerp is van het te verzekeren risico) en de begunstigde (als degene die gerechtigd is tot de verzekeringsuitkering). Het polisblad van de verzekering vermeldt niet wie als begunstigde is aangewezen. In dat geval vloeit uit het bepaalde in artikel 7:967 lid 8 BW voort dat de verzekeringnemer, Profcore, de begunstigde is. Voorts merkt het hof op dat een werkgeefster in het geval waarin een van haar werknemers een bedrijfsongeval overkomt ook zelf schade kan lijden, bijvoorbeeld in de vorm van kosten voor vervanging en re-integratie of in de vorm van een schadevergoeding die zij, mocht daartoe aansprakelijkheid worden vastgesteld, op grond van het bepaalde in artikel 7:658 BW aan de werknemer moet betalen. Uit het aangaan van de verzekering volgt dus niet impliciet dat het de bedoeling is geweest om een risico van de werknemer te verzekeren. Een werkgeefster kan er wel degelijk een belang bij hebben om een eigen risico als werkgeefster af te dekken met een verzekering. Ook de eisen van goed werkgeverschap brengen niet mee dat Profcore gehouden is de door haar ontvangen verzekeringspenningen door te betalen aan werknemer.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 15-11-2016

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2016:5121

Zaaknummer: 200.182.943/01

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

Advocaten: P.R.J.M. Douffet en C. Staudt-Bos

Wetsartikelen: 7:965 BW, 7:658 BW en 7:611 BW

RECHTSPRAAK

Gorka Salaberria Sorondo/Academia Vasca de Policía y Emergencias (Baskische politie| en nooddienstacademie, Spanje)

Richtlijn 2000/78 verzet zich niet tegen een regeling die bepaalt dat kandidaten voor bij een politiekorps openstaande agentfuncties waarbij sprake is van het verrichten van alle operationele en uitvoerende taken van dat politiekorps, de leeftijd van 35 jaar niet mogen hebben bereikt.

Salaberria Solondo betwist de rechtmatigheid van deel 2 punt 1 onderdeel c van de aankondiging van de selectieprocedure voor de Baskische politie- en nooddienstacademie, waarin is bepaald dat kandidaten die willen deelnemen aan de selectieprocedure de leeftijd van 35 jaar nog niet mogen hebben bereikt. Betrokkene, die ouder is dan 35 jaar, betoogt dat deze eis zich niet verdraagt met Richtlijn 2000/78 en de artikelen 20 en 21 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. Hij stelt met name dat de gestelde leeftijdsgrens niet is onderbouwd voor zover het recht om toegang te krijgen tot overheidsfuncties wordt beperkt zonder dat daarvoor een redelijke rechtvaardigingsgrond aanwezig is. De verwijzende rechter overweegt dat, gelet op de hoge eisen die ten aanzien van de taken van de politie| en veiligheidsdiensten van de Staat gelden, het nog niet hebben bereikt van de leeftijd van 35 jaar als maximale leeftijdsgrens voor toetreding tot een politiekorps dat alle taken verricht die nodig zijn voor het bewaken van de openbare orde en de openbare veiligheid, zou kunnen worden aangemerkt als proportionele en redelijke eis en daarmee kunnen worden geacht in overeenstemming te zijn met artikel 2 lid 2, artikel 4 lid 1 en artikel 6 lid 1 onderdeel c van Richtlijn 2000/78. Of deze visie juist is, legt de rechter voor aan het Hof van Justitie EU.

Het Hof van Justitie EU oordeelt als volgt. In artikel 4 lid 1 van Richtlijn 2000/78 is met name bepaald dat 'een verschil in behandeling dat op een kenmerk in verband met een van de in artikel 1 van die richtlijn genoemde gronden berust, geen discriminatie vormt, indien een dergelijk kenmerk, vanwege de aard van de betrokken specifieke beroepsactiviteiten of de context waarin deze worden uitgevoerd, een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste vormt,

mits het doel legitiem en het vereiste evenredig aan dat doel is'. Uit deze bepaling blijkt dat niet de grond voor het verschil in behandeling, maar een met die grond verband houdend kenmerk een wezenlijk en bepalend beroepsvereiste moet vormen (arrest van 13 november 2014, C-416/13, ECLI:EU:C:2014:2371 (Vital Pérez), punt 36 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Het beschikken over bijzondere fysieke capaciteiten is een leeftijdsgebonden kenmerk en bij de taken met betrekking tot bescherming van personen en zaken, arrestatie en bewaking van daders van strafbare feiten en preventieve patrouilles kan sprake zijn van het gebruik van fysiek geweld (arresten van 12 januari 2010, C-229/08, ECLI:EU:C:2010:3 (Wolf), punt 41; 13 september 2011, C-447/09, ECLI:EU:C:2011:573 (Prigge e.a.), punt 67, en 13 november 2014, C-416/13, ECLI:EU:C:2014:2371 (Vital Pérez), punten 37 en 39 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Deze taken vergen naar hun aard een uitstekende fysieke geschiktheid aangezien fysieke tekortkomingen tijdens de uitoefening van de taken belangrijke gevolgen kunnen hebben, niet alleen voor de politieagenten zelf en voor derden, maar ook voor de handhaving van de openbare orde (arrest van 13 november 2014, C-416/13, ECLI:EU:C:2014:2371 (Vital Pérez), punt 40). Hieruit volgt dat het beschikken over bijzondere fysieke capaciteiten voor het verrichten van de drie in artikel 26 lid 1 van wet 4/1992 genoemde hoofdtaken van de politie van de autonome regio Baskenland, namelijk het beschermen van personen en zaken, het waarborgen van de vrije uitoefening van ieders rechten en vrijheden en het toezicht houden op de veiligheid van de burgers, voor het in het hoofdgeding aan de orde zijnde beroep kan worden aangemerkt als een wezenlijk en bepalend beroepsvereiste in de zin van artikel 4 lid 1 van Richtlijn 2000/78. De door de politiekorpsen van de autonome regio's verrichte taken verschillen evenwel van die van de plaatselijke politie, welke taken aan de orde waren in de zaak die heeft geleid tot het arrest van 13 november 2014 (C-416/13, ECLI:EU:C:2014:2371, Vital Pérez). Uit al het voorgaande volgt dat de werkzaamheden van agenten van de basisrang bij de politie van de autonome regio Baskenland fysiek veeleisende taken behelzen. De academie heeft tevens betoogd dat de leeftijd waarop een agent van de politie van de autonome regio Baskenland wordt aangeworven, bepaalt hoelang hij in staat zal zijn deze taken uit te voeren. Een agent die op het moment van aanwerving 34 jaar oud is, zal, gelet op de ook te volgen opleiding van ongeveer twee jaar, gedurende maximaal 19 jaar, namelijk totdat hij de leeftijd van 55 jaar heeft bereikt, voor die taken kunnen worden ingezet. Aanwerving op een leeftijd die hoger ligt, zou dus een negatief effect hebben op de mogelijkheid om voldoende agenten in te zetten voor de fysiek meest veeleisende taken. Voorts zouden bij aanwerving op een hogere leeftijd de aangeworven agenten niet lang genoeg voor die taken kunnen worden ingezet. Ten slotte, zoals de academie heeft aangegeven, vereist een degelijke organisatie van het politiekorps van de autonome regio Baskenland dat er een evenwicht is tussen het aantal fysiek veeleisende posten, waarvoor de oudste agenten niet geschikt zijn, en het aantal in dit opzicht minder veeleisende posten, welke door die agenten kunnen worden ingevuld (zie naar

analogie arrest van 12 januari 2010, C-229/08, ECLI:EU:C:2010:3 (Wolf), punt 43). Verder is het zo dat, zoals de advocaat-generaal in punt 38 van zijn conclusie heeft opgemerkt, de te vrezen tekortkomingen in het functioneren van de politiediensten van de autonome regio Baskenland uitsluiten dat bij selectieprocedures de organisatie van fysiek veeleisende testen op basis van rechtstreekse eliminatie een alternatieve minder vergaande maatregel zou kunnen vormen. Het doel om de politiedienst van de autonome regio Baskenland operationeel en goed functionerend te houden, vereist immers dat, wil er weer sprake zijn van een goede leeftijdsopbouw, het beschikken over bijzondere fysieke capaciteiten niet statisch wordt gezien, bij het plaatsvinden van de examens van de selectieprocedure, maar dynamisch, door de dienstjaren in aanmerking te nemen die de agent na zijn aanwerving zal volmaken. Een regeling als in het hoofdgeding, die bepaalt dat kandidaat-agenten van de politie van de autonome regio Baskenland de leeftijd van 35 jaar niet mogen hebben bereikt, valt, mits de verwijzende rechter zich vergewist van de juistheid van de verschillende aanwijzingen die volgen uit de door de academie bij het Hof ingediende opmerkingen en aan het Hof overgelegde stukken en die eerder zijn vermeld, dus aan te merken als een regeling die geschikt is voor het beoogde doel om de inzetbaarheid en de goede werking van de betrokken politiedienst te garanderen en die tevens niet verder gaat dan nodig is om dit doel te bereiken. Aangezien het uit die regeling voortvloeiende verschil in behandeling op grond van leeftijd krachtens artikel 4 lid 1 van Richtlijn 2000/78 geen discriminatie oplevert, behoeft niet te worden nagegaan of dit verschil in behandeling kan worden gerechtvaardigd onder verwijzing naar artikel 6 lid 1 onderdeel c van die richtlijn. Gelet op al het voorgaande dient op de gestelde vraag te worden geantwoord dat artikel 2 lid 2 van Richtlijn 2000/78, gelezen in samenhang met artikel 4 lid 1 van die richtlijn, aldus moet worden uitgelegd dat het zich niet verzet tegen een regeling als in het hoofdgeding, die bepaalt dat kandidaten voor bij een politiekorps openstaande agentfuncties waarbij sprake is van het verrichten van alle operationele en uitvoerende taken van dat politiekorps, de leeftijd van 35 jaar niet mogen hebben bereikt.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 15-11-2016

ECLI: ECLI:EU:C:2016:873

Zaaknummer:

Rechters: K. Lenaerts, A. Tizzano, L. Bay Larsen, J.L. da Cruz Vilaça, E. Juhász, A. Prechal, M. Berger, A. Rosas, C. Toader, D. Šváby, E. Jarasunas, C.G. Fernlund en C. Vajda

Wetsartikelen: WGBL en Richtlijn 2000/78

RECHTSPRAAK

Van Gansewinkel Nederland B.V./werknemer

Pro-formabeëindiging arbeidsovereenkomst wegens verstoorde arbeidsrelatie in hoger beroep.

Ter zitting heeft werknemer verklaard dat hij inziet dat de relatie tussen hem en Van Gansewinkel ernstig en duurzaam is verstoord en dat herplaatsing binnen een redelijke termijn in een andere passende functie niet mogelijk is. De verstoorde arbeidsverhouding houdt geen verband met de arbeidsongeschiktheid van werknemer. Bij die stand van zaken oordeelt het hof dat er een redelijke grond voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst is. Grief I slaagt, hoewel dit, gelet op artikel 7:683 lid 5 van het Burgerlijk Wetboek, niet tot vernietiging van de bestreden beschikking van de kantonrechter voor zover daarbij de verzochte ontbinding is afgewezen, kan leiden. Het hof zal bepalen dat de arbeidsovereenkomst tussen Van Gansewinkel en werknemer eindigt op 1 januari 2017. Van Gansewinkel zal, zo heeft zij ter gelegenheid van de mondelinge behandeling verklaard, aangezien geen sprake is van ernstige verwijtbaarheid aan de zijde van werknemer, de transitievergoeding, waarvan de hoogte tussen partijen niet in geschil is, aan werknemer voldoen, zodat een veroordeling daartoe achterwege kan blijven. Werknemer heeft verder kenbaar gemaakt niet langer aanspraak te maken op een billijke vergoeding.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 15-11-2016

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2016:9099

Zaaknummer: 200.198.072

Rechters: S.C.P. Giesen, E.B. Knottnerus en M.E.L. Fikkers

Advocaten: L.V. Claassens en K. Moed

Wetsartikelen: 7:683 BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/Van Holstein Schoonmaakdiensten B.V.

Geen overgang van onderneming. Geen sprake van identiteitsbehoud. De weigering om werkneemster tot het werk toe te laten is als opzegging van de arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:667 lid 6 BW bedoeld. Vervaltermijn ex artikel 7:686a lid 4 BW is inmiddels verstreken.

Werkneemster is op 1 januari 1997 in dienst getreden van Barones Schoonmaakdiensten Rijswijk B.V. (hierna: Barones). Op het dienstverband is de CAO Schoonmaak- en Glazenwassersbedrijf 2014-2016 (hierna: de cao) van toepassing. Vanaf 1 december 2014 ontvangt werkneemster loonstroken van een andere onderneming (hierna: de Holding). Werkneemster verrichtte ten tijde van het vonnis in eerste aanleg al 18 jaar schoonmaakwerkzaamheden bij de Rijswijkse Schouwburg (hierna: de schouwburg). In het kader van een heraanbesteding heeft Barones, althans de Holding, het schoonmaakobject de schouwburg verloren aan Van Holstein. Van Holstein heeft op 23 juni 2015 een aanbod voor een arbeidsovereenkomst aan werkneemster gedaan, welk aanbod op 30 juni 2015 is herhaald. Werkneemster heeft haar werkzaamheden in de schouwburg aangevangen op 1 juli 2015. Op 10 juli 2015 heeft Van Holstein haar niet meer toegelaten tot het werk. Werkneemster heeft in eerste aanleg kort gezegd gevorderd dat Van Holstein haar toelaat tot haar werkzaamheden met doorbetaling van loon. Aan deze vorderingen legde werkneemster primair ten grondslag dat sprake is van overgang van onderneming. Subsidiair beriep zij zich op de toepasselijkheid van artikel 38 van de cao. De kantonrechter heeft de vorderingen afgewezen en overwogen dat van overgang van onderneming geen sprake is, terwijl werkneemster zich evenmin op artikel 38 van de cao kan beroepen omdat de cao niet op haar laatste werkgever, de Holding, van toepassing is. Werkneemster heeft haar vordering in beroep ongewijzigd gelaten.

Het hof oordeelt als volgt. Het geschil tussen partijen spitst zich toe op de vraag of de identiteit van de onderneming is behouden. Bij het oordeel daarover stelt het hof voorop dat sprake moet zijn van een duurzaam georganiseerde economische entiteit. Die duurzaamheid bestaat niet indien een onderneming slechts één van meerdere van haar werknemers die werden ingezet bij de volbrenging van een bepaalde opdracht, overdraagt aan een andere

onderneming. Uit de eigen stellingen van werkneemster kan worden afgeleid dat naast werkneemster ook een andere werknemer met een vast dienstverband en een aantal werknemers met een nulurencontract bij de schouwborg werkzaam waren. Dit betekent dat met een enkele overname door Van Holstein van werkneemster de identiteit van de onderneming niet zou worden behouden. Aan de vereisten voor een overgang van onderneming is naar het voorlopig oordeel van het hof al om die reden niet voldaan. De subsidiaire vordering heeft werkneemster gebaseerd op artikel 38 van de cao. Vast staat dat Van Holstein werkneemster een dienstverband van 2 uur per dag, gedurende 46 weken per jaar heeft aangeboden. Dit aanbod is aanvaard en werkneemster is in dat kader feitelijk werkzaam geweest in de schouwborg. Deze gang van zaken leidt er naar het voorshands oordeel van het hof toe dat tussen partijen in elk geval een arbeidsovereenkomst (voor onbepaalde tijd) is gesloten voor de door Van Holstein aangeboden arbeidsduur. Gelet op het voorgaande kan het tussen partijen gevoerde debat over de vraag of Van Holstein op grond van artikel 38 van de cao gehouden was een dienstverband van 15 uur per week gedurende 52 weken aan te bieden, onbesproken blijven.

Tussen partijen is voorts in geschil hoe de weigering van Van Holstein om werkneemster op 10 juli 2015 tot het werk toe te laten, moet worden gekwalificeerd. Het hof is voorshands met Van Holstein van oordeel dat werkneemster in de gegeven omstandigheden moet hebben begrepen dat de weigering om haar tot het werk toe te laten als opzegging van de arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:667 lid 6 BW is bedoeld. Dit geldt temeer nu zij in die fase niet alleen werd bijgestaan door haar voormalige werkgever maar bovendien juridische bijstand kreeg. Dit voorlopig oordeel brengt mee dat werkneemster op grond van artikel 7:686a lid 4 BW binnen twee maanden na 10 juli 2015 een verzoek tot vernietiging van de opzegging bij de kantonrechter had moeten indienen. Dit heeft zij nagelaten. De conclusie is dan ook dat de opzegging van de arbeidsovereenkomst in stand is gebleven. Ten overvloed wordt nog opgemerkt dat uit de aan Van Holstein verschaft informatie niet kan worden afgeleid dat werkneemster gedurende 52 weken per jaar 15 uur per week in de schouwborg werkte. Bij die stand van zaken heeft Van Holstein met het aanbod dat zij heeft gedaan aan haar verplichting van artikel 38 van de cao voldaan. De grieven van werkneemster falen.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 15-11-2016

Zaaknummer: 200.183.300/01

RECHTSPRAAK

werkneemster/Rotterdamse Elektrische Tram N.V.

Werkneemster is flink over de schreef gegaan, door zich discriminatoir uit te laten ten aanzien van haar leidinggevenden, de bedrijfsarts en de bedrijfsverpleegkundige. Terecht gegeven ontslag op staande voet.

Werkneemster is op 1 mei 1990 bij (de rechtsvoorganger van) Rotterdamse Elektrische Tram N.V. (hierna: RET) in dienst getreden. Vanaf 1 januari 2012 is zij daar werkzaam geweest in de functie van Medewerker Projecten bij de afdeling Concernadministratie. Op 22 juni 2016 is werkneemster op staande voet ontslagen. RET voert als redenen voor het ontslag aan (1) het door werkneemster zeer ongepast en schofferend reageren naar de leidinggevende op de afwijzing van haar aanvraag voor een verlofdag, terwijl zij voor dergelijk gedrag al officieel is gewaarschuwd, (2) het door werkneemster op 17 juni 2016 ongeoorloofd niet op het werk verschijnen en (3) de constatering dat werkneemster vanaf 31 mei 2016 via Facebook haar leidinggevenden, de bedrijfsarts en de bedrijfsverpleegkundige heeft geschoffeerd en niet onderbouwd heeft beschuldigd van discriminatie/racisme, terwijl zij voor dergelijk gedrag al eens schriftelijk is gewaarschuwd. Werkneemster verzoekt onder meer vernietiging van het ontslag op staande voet. RET verzoekt de arbeidsovereenkomst met werkneemster te ontbinden, voor het geval tot vernietiging van het ontslag op staande voet wordt overgegaan.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Allereerst wordt stilgestaan bij het onder (3) vermelde verwijt, omdat dit verwijt het meest ernstig is en genoemde constatering voor RET doorslaggevend lijkt te zijn geweest om tot het ontslag op staande voet over te gaan. Niet weersproken is door werkneemster dat de in de beschikking geciteerde teksten afkomstig zijn van haar Facebook-pagina en door haar zijn geschreven. Kennelijk heeft werkneemster niet verhinderd dat deze pagina toegankelijk was voor medewerkers van RET, althans dat haar leidinggevenden op enigerlei wijze kennis konden nemen van de inhoud van de teksten. Om begrijpelijke redenen heeft RET, die aanvoert dat zij discriminatie binnen haar organisatie absoluut niet tolereert, hierover uitleg gevraagd. Die uitleg is blijkens het gespreksverslag van 22 juni 2016 niet, althans niet genoegzaam gegeven. Werkneemster heeft geen feiten aangedragen die haar beschuldiging dat zij bij RET gediscrimineerd wordt, kunnen dragen. Zij heeft geen deugdelijke verklaring gegeven voor haar teksten, waarvan niet ontkend is dat die

betrekking hebben op haar leidinggevend, de bedrijfsarts en de bedrijfsverpleegkundige. Terecht heeft RET de ongefundeerde verwijten aan hun adres hoog opgenomen, omdat dergelijke verwijten, hoewel ongegrond, toch kunnen bewerkstelligen dat bij sommige medewerkers de gedachte postvat dat binnen RET gediscrimineerd wordt en afstand nemen daarvan lastig kan zijn, hetgeen de verhoudingen op de werkvloer niet ten goede komt. Temeer heeft RET dit hoog kunnen opnemen, nu werkneemster herhaaldelijk gewaarschuwd is over de wijze waarop zij meent uiting te moeten geven aan haar gevoelens. Daarbij komt dat uit de op Facebook geplaatste teksten blijkt dat er bij werkneemster kennelijk sprake is van dermate sterke negatieve gevoelens ten opzichte van voornoemde personen, dat zij spreekt over haat en in geweldstermen om de problemen die zij met hen ondervindt op te lossen. Haar eigen teksten zijn discriminatoir. De wijze waarop werkneemster zich heeft uitgelaten is niet alleen ernstig verwijtbaar, maar heeft haar positie volstrekt onhoudbaar gemaakt, zodat er een dringende reden is geweest voor RET om de arbeidsovereenkomst met haar onverwijld op te zeggen. Omdat de onder (3) genoemde reden het ontslag reeds kan dragen, behoeven de overige twee gronden geen uitgebreidere bespreking dan dat het kwalijk is te noemen dat werkneemster zich op 17 juni 2016 met een WhatsApp-bericht ziek heeft gemeld, terwijl de bedrijfsarts haar een dag eerder volledig arbeidsgeschikt achtte voor haar werkzaamheden en ook het UWV zich op het standpunt heeft gesteld dat zij haar eigen werk kon verrichten. Meer dan kwalijk is de wijze waarop werkneemster zich vervolgens heeft verstaan met haar leidinggevende toen die haar ziekmelding niet accepteerde en ook niet bereid was om werkneemster een verlofdag toe te kennen. Het ontslag op staande voet houdt dus stand. De verzochte vernietiging wordt afgewezen.

Ten aanzien van het tegenverzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst oordeelt de kantonrechter dat de voorwaarde om tot ontbinding over te gaan niet is vervuld. Het verzoek wordt dan ook afgewezen.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 11-11-2016

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2016:8653

Zaaknummer: KTN-5313883_11112016

Rechters: S.H. Poiesz

Advocaten: A.J. Vis en I.H.M. van den Berg-Buijsse

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

RECHTSPRAAK

werknemer/GGN Bewindvoering

Pro-formaontbinding arbeidsovereenkomst tussen werknemer en PGB-budgethoudster. Partijen zijn het erover eens dat sprake is van een onoverbrugbaar verschil van inzicht.

Werknemer is als zorgverlener in dienst van werkgeefster, door werkgeefster bekostigd door een zogenoemd PGB-budget. Werkgeefster verzoekt de arbeidsovereenkomst te ontbinden wegens een gewichtige reden, bestaande in een zodanige verandering in de omstandigheden dat de arbeidsovereenkomst billijkheidshalve met ingang van 1 januari 2017 dient te eindigen. Ter staving van haar verzoek voert werkgeefster aan dat tussen partijen een onoverbrugbaar verschil van inzicht is ontstaan omtrent de wijze waarop uitvoering dient te worden gegeven aan de door werknemer te verrichten werkzaamheden, waardoor er thans onvoldoende basis is voor een verdere vruchtbare samenwerking. Werknemer erkent de reden zoals deze door werkgeefster is gesteld.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Voldoende aannemelijk is geworden dat – zonder dat gebleken is dat een van de partijen daarvan een verwijt te maken valt – er sprake is van een verandering in de omstandigheden, die tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst dient te leiden. Voorts is niet gebleken dat het ontbindingsverzoek verband houdt met enig bijzonder opzegverbod. Volgt ontbinding met ingang van 1 januari 2017.

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 11-11-2016

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2016:9780

Zaaknummer: 5337432 AZ VERZ 16-177 en 5461120 AZ VERZ 16-208

Rechters: R.H.J. Otto

Advocaten: C.C. Berends en R.A. Wijnands

Wetsartikelen: 7:671b BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/C&A Nederland C.V. c.s.

Voorkomen moet worden dat een werknemer op staande voet wordt ontslagen wegens een beschuldiging van fraude, terwijl daarvoor onvoldoende bewijs voorhanden is. Dit rechtvaardigt een billijke vergoeding van substantiële betekenis. Vergoeding ad € 6.000 bruto in dit geval passend.

Werkneemster is met ingang van 8 september 2007 bij C&A Nederland C.V. (hierna: C&A) in dienst getreden als verkoopmedewerker. Op 7 april 2016 is werkneemster op staande voet ontslagen. Bij brief van 12 april 2016 heeft C&A het ontslag bevestigd en aangegeven dat de reden van ontslag is gelegen in het feit dat werkneemster zich schuldig heeft gemaakt aan 'fraude in dienstbetrekking'. C&A heeft uit camerabeelden moeten concluderen dat werkneemster een bedrag van € 19,90 uit de kassalade heeft weggenomen. Werkneemster verzoekt onder meer veroordeling van C&A tot betaling van een billijke vergoeding.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Werkneemster heeft verklaard dat een klant in de namiddag van 21 maart 2016 stelde een aantal dagen eerder haar aankoopbon en te retourneren kleding te hebben afgegeven aan een collega onder achterlating van haar gegevens. Na overleg via het oortje met de assistent storemanager (hierna: X) heeft werkneemster de instructie gekregen een bedrag van € 19,90 retour te geven. X gaf aan dat het haar bekend was dat een broek was teruggebracht en dat deze in het reservemagazijn was gehangen. Werkneemster vroeg nog of X kon assisteren, nu werkneemster geen bon en geen artikel had, maar X antwoordde daar geen tijd voor te hebben. Werkneemster heeft de klant toen € 19,90 uit de kassa gegeven. Na sluitingstijd heeft werkneemster de retour op de kassa aangeslagen en het retouroverzicht uitgedraaid. Het aftekenen van het retouroverzicht zou X de volgende ochtend doen. Op de camerabeelden is volgens werkneemster te zien dat zij haar handen in de kassa heeft, omdat zij achterin de kassa voelde of er nog losse muntjes lagen. Dat deed werkneemster naar eigen zeggen altijd. De kantonrechter overweegt verder onder meer dat op de camerabeelden niet (expliciet) is te zien dat werkneemster een bedrag van (circa) € 19,90 wegneemt uit de kassa. Aldus is de kantonrechter van oordeel dat C&A niet is geslaagd in het haar opgedragen bewijs en dat derhalve niet in rechte is komen vast te staan dat

werkneemster op 21 maart 2016 heeft gefraudeerd. Concluderend is de kantonrechter van oordeel dat het ontslag op staande voet een dringende reden ontbeert. Het ontslag op staande voet is daarmee niet rechtsgeldig gegeven. Gelet op de wetsgeschiedenis is een ontslag op staande voet dat niet rechtsgeldig wordt geacht als zodanig ernstig verwijtbaar, omdat dan is opgezegd in strijd met artikel 7:671 BW. Het verzoek om aan werkneemster een billijke vergoeding toe te kennen is dan ook als op de wet gegrond toewijsbaar. De kantonrechter wil bij de vaststelling van de hoogte van de billijke vergoeding tot uitdrukking brengen dat een ten onrechte gegeven ontslag op staande voet grote impact heeft op iemands persoonlijk leven. Naast de emotionele impact ziet een werknemer zich plotseling geconfronteerd met een situatie waarin geen recht meer bestaat op salaris en waarin men niet in aanmerking komt voor een WW-uitkering. Voorkomen moet dan ook worden dat een werknemer op staande voet wordt ontslagen wegens een beschuldiging van fraude, terwijl daarvoor onvoldoende bewijs voorhanden is. Dit rechtvaardigt een toe te kennen billijke vergoeding van substantiële betekenis, waarbij tevens rekening wordt gehouden met het salarisniveau van werkneemster. Alles afwegende oordeelt de kantonrechter in dit geval een billijke vergoeding van € 6.000 bruto passend. Werkneemster komt eveneens een vergoeding toe op grond van artikel 7:672 lid 9 BW. De vergoeding moet worden gesteld op het bedrag van het in geld vastgestelde loon over de termijn dat de arbeidsovereenkomst bij regelmatige opzegging had behoren voort te duren. Zodoende is een bedrag gelijk aan het loon tot 1 juli 2016, te weten een bedrag van € 3.987,58 bruto toewijsbaar.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 11-11-2016

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2016:8668

Zaaknummer: 5140129 VZ VERZ 16-13224

Rechters: R.J. van Boven

Advocaten: C.S. Ganga en A.H. Beute

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

RECHTSPRAAK

werkneemster/GGN Bewindvoering

Pro-formaontbinding arbeidsovereenkomst tussen werkneemster en PGB-budgethoudster. Partijen zijn het erover eens dat sprake is van een onoverbrugbaar verschil van inzicht.

Werkneemster is als zorgverlener in dienst van werkgeefster, door werkgeefster bekostigd door een zogenoemd PGB-budget. Werkgeefster verzoekt de arbeidsovereenkomst te ontbinden wegens een gewichtige reden, bestaande in een zodanige verandering in de omstandigheden dat de arbeidsovereenkomst billijkheidshalve met ingang van 1 januari 2017 dient te eindigen. Ter staving van haar verzoek voert werkgeefster aan dat tussen partijen een onoverbrugbaar verschil van inzicht is ontstaan omtrent de wijze waarop uitvoering dient te worden gegeven aan de door werkneemster te verrichten werkzaamheden, waardoor er thans onvoldoende basis is voor een verdere vruchtbare samenwerking. Werkneemster erkent de reden zoals deze door werkgeefster is gesteld.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Voldoende aannemelijk is geworden dat – zonder dat gebleken is dat een van de partijen daarvan een verwijt te maken valt – er sprake is van een verandering in de omstandigheden, die tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst dient te leiden. Voorts is niet gebleken dat het ontbindingsverzoek verband houdt met enig bijzonder opzegverbod. Volgt ontbinding met ingang van 1 januari 2017.

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 10-11-2016

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2016:9723

Zaaknummer: 5337465

Rechters: R.H.J. Otto

Advocaten: C.C. Berends en R.A. Wijnands

Wetsartikelen: 7:671b BW

RECHTSPRAAK

Stichting Zaam Interconfessioneel Voortgezet Onderwijs/werkneemster

***Verzoek toestemming ontslag docent op 30 juni 2015 om
transitievergoeding op grond van overgangsrecht buiten spel te zetten
faalt. Latent aanspraak op een bovenwettelijke
werkloosheidsuitkering op grond van de WOVO en aanspraak op een
arbeidsongeschiktheidspensioen van het ABP staan evenmin aan
toekenning van de transitievergoeding in de weg.***

(Hoger beroep van AR 2016-0222.) Werkneemster is in dienst van Zaam in de functie van docent. Vanaf 15 april 2013 is zij ziek. Op 30 juni 2015 heeft Zaam het UWV toestemming verzocht voor opzegging van de arbeidsovereenkomst in verband met langdurige arbeidsongeschiktheid. Op 17 juli 2015 is de toestemming verleend. De arbeidsovereenkomst is op 8 september 2015 opgezegd tegen 1 januari 2016. Werkneemster verzoekt toekenning van een transitievergoeding. Het overgangsrecht WWZ is volgens haar niet van toepassing, nu de toestemming die Zaam van het UWV heeft verkregen niet nodig was onder het oude recht (art. 2 lid 1 BBA). De kantonrechter oordeelde dat de opzegging op basis van die onnodige toestemming hetzelfde is als opzegging zonder toestemming. Die opzegging heeft na inwerkingtreding van de WWZ plaatsgevonden en leidt tot verschuldigdheid van de transitievergoeding. Tegen dit oordeel keert Zaam zich in hoger beroep.

Het hof oordeelt als volgt. Hoofddregel van het overgangsrecht onder de WWZ is onmiddellijke werking. Dat betekent dat op de opzegging van de arbeidsovereenkomst, die op 8 september 2015 plaatsvond, in beginsel het nieuwe recht van toepassing is. Aan de hand van het overgangsrecht dient te worden beoordeeld of een uitzondering op deze regel van toepassing is. Het overgangsrecht heeft naar zijn aard een beperkte strekking en moet strikt worden uitgelegd. Het overgangsrecht zoals vastgelegd in artikel XXII lid 1 onderdeel a WWZ is van toepassing als er sprake is van een verzoek om toestemming voor opzegging van de arbeidsovereenkomst als bedoeld in artikel 6 van het BBA (zoals dat luidde tot 1 juli 2015) dat is gedaan voor inwerkingtreding van de WWZ en een opzegging gedaan na dat tijdstip op

grond van een verzoek om toestemming voor opzegging van de arbeidsovereenkomst gedaan vóór dat tijdstip. In artikel 2 lid 1 aanhef en onderdeel b van het BBA is echter bepaald dat het BBA niet van toepassing is op de arbeidsverhouding van onderwijzend en docerend personeel, werkzaam aan onderwijsinrichtingen, staande onder beheer van een natuurlijk of een rechtspersoon. Nu tussen partijen vaststaat dat de arbeidsverhouding tussen partijen er een was als in laatstgenoemd artikel bedoeld, staat daarmee vast dat het BBA (oud) niet op de arbeidsovereenkomst van toepassing was. Hieruit vloeit voort dat er geen rechtens relevant verzoek in de zin van artikel XXII WWZ, namelijk gebaseerd op de bepalingen van het BBA (oud), was, omdat de arbeidsverhouding tussen Zaam en werkneemster tot 1 juli 2015 zonder de in het BBA bedoelde toestemming opgezegd kon worden. Zaam had eerst door de inwerkingtreding van de ontslagbepalingen in de WWZ de toestemming van het UWV nodig, zij het dat vanaf 1 juli 2015 het BBA daarop niet meer van toepassing is. Het hof legt deze bepaling van overgangsrecht dan ook zo strikt uit dat alleen verzoeken om toestemming aan het UWV tot opzegging van de arbeidsovereenkomst, die op grond van het vóór 1 juli 2015 geldende recht noodzakelijk waren en ook vóór die datum bij het UWV zijn ingediend, onder de beschermende werking van het overgangsrecht vallen en tot gevolg hebben dat het oude recht van toepassing blijft, met als gevolg dat in dat geval een transitievergoeding niet verschuldigd is. Daarvan is in dit geval dus geen sprake. Zaam had zonder toestemming van het UWV op 30 juni 2015 de arbeidsovereenkomst met werkneemster kunnen opzeggen. Zaam heeft overigens ter zitting van het hof erkend dat zij met het aanvragen van de toestemming vóór inwerkingtreding van de WWZ het oogmerk had om de gevolgen van de inwerkingtreding van de WWZ, meer in het bijzonder het verschuldigd zijn van de transitievergoeding, te ontwijken. Het hof merkt daarover op dat de hiervoor bedoelde regeling in het overgangsrecht slechts beoogt de rechtszekerheid te dienen en niet bedoeld is om die bescherming op oneigenlijke wijze ‘op te rekken’, in die zin dat men louter vanwege het ontgaan van de onmiddellijke werking van de WWZ de (rechtens niet vereiste) BBA-route bewandelt, om zo geen transitievergoeding verschuldigd te zijn. Dergelijk gedrag verdient in rechte geen beloning. De opzegging van Zaam is mitsdien niet gegrond op het verzoek aan het UWV op grond van het BBA en de vervolgens verleende – en op het BBA gebaseerde – toestemming-voor-zover-vereist. Dat betekent dat niet het overgangsrecht, maar de onmiddellijk werkende bepalingen van de WWZ op de opzegging van toepassing zijn, zodat in beginsel ook de transitievergoeding verschuldigd is. Het hof is ten slotte met de kantonrechter van oordeel dat het enkele feit dat Zaam zich – naar zij aanvankelijk heeft gesteld – heeft ‘vergist’ in de (on)mogelijkheid van opzegging zonder toestemming op 30 juni 2015, onvoldoende is voor de conclusie dat toekenning van de transitievergoeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Een beroep op rechtsdwaling kan dan evenmin slagen, nu een dergelijk beroep in het civiele recht in het algemeen niet kan worden

aanvaard, terwijl de uitzondering op die regel gezocht moet worden in de hiervoor genoemde beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Latent aanspraak op een bovenwettelijke werkloosheidsuitkering op grond van de WOVO en aanspraak op een arbeidsongeschiktheidspensioen van het ABP staan evenmin aan toekenning van de transitievergoeding in de weg. Conclusie is dat Zaam aan werkneemster de transitievergoeding verschuldigd is.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 08-11-2016

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2016:4435

Zaaknummer: 200.188.550/01

Rechters: C.M. Aarts, H.T. van der Meer en R.J.F. Thiessen

Advocaten: J.A. Keijser en E. Schermerhorn

Wetsartikelen: XXII WWZ

RECHTSPRAAK

werknemer/CMA CGM (Holland) B.V. c.s.

Vernietiging ontslag op staande voet. Niet is komen vast te staan dat werknemer wist van onrechtmatigheid van betalingen door leidinggevende. Dat werknemer dit in de boekhouding heeft willen verhullen evenmin.

Werknemer is vanaf 1 juli 1997 bij CMA CGM (Holland) B.V. (hierna: CMA CGM) werkzaam geweest, laatstelijk in de functie van Empl. Finance (General Ledger Manager). Werknemer is vanaf 24 oktober 2013 ook werkzaam bij CMA CGM & ANL Securities B.V. (hierna: CMA CGM & ANL). Op 11 augustus 2016 is werknemer op staande voet ontslagen. CMA CGM legt aan het ontslag ten grondslag dat werknemer fraude heeft gepleegd. Werknemer heeft namelijk in strijd met de daarvoor geldende procedures meerdere niet-zakelijke betalingen aan een externe partij, verricht door zijn leidinggevende (hierna: X), in de boekhouding verwerkt, terwijl hij wist dat aan de betalingen geen facturen ten grondslag lagen. Hij heeft niet gepoogd om alsnog onderliggende facturen te verkrijgen van X. Hij heeft de frauduleuze betalingen ook niet gemeld aan de directie. Voorts heeft werknemer hierover tegenstrijdige, althans niet eerlijke verklaringen afgelegd. Daarmee is werknemer terecht op staande voet ontslagen, aldus CMA CGM. Werknemer verzoekt vernietiging van het ontslag op staande voet en CMA CGM te verplichten werknemer toe te laten tot de overeengekomen werkzaamheden, alsmede het loon door te betalen vanaf 11 augustus 2016.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Dat werknemer de niet-zakelijke betalingen met een gezamenlijk bedrag van € 58.588 heeft verwerkt in de boekhouding zonder dat daarvoor facturen zijn overgelegd is niet betwist en staat dus vast. In zoverre staat vast dat werknemer in strijd heeft gehandeld met boekhoudkundige regels en de bij CMA CGM geldende standaardprocedures. Gezien de gemotiveerde betwisting staat echter niet vast dat werknemer wist dat de door hem ingeboekte betalingen niet-zakelijk van aard waren. De kantonrechter acht het voor het aannemen van een dringende reden van beslissende betekenis of werknemer wist of had moeten weten dat de door hem ingeboekte betalingen niet-zakelijk van aard waren, omdat in dat geval werknemer medeplichtig wordt aan de uitvoering van frauduleuze handelingen. In het nu vastgestelde geval dat werknemer de inboekingen heeft verricht zonder

onderliggende facturen, blijft het bij een vaststelling van een handelen in strijd met de regels en daardoor foutief handelen dat werknemer kan worden aangerekend, maar niet kwalificeert als een dringende reden. Daartoe is geen aanleiding omdat werknemer die betalingen inboekte in opdracht van zijn leidinggevende, werknemer de betalingen niet heeft uitgevoerd en niet gebleken is van enige betrokkenheid van werknemer bij het plan van X of zelf enig voordeel daarvan heeft gehad. Voorts wordt het werknemer verweten dat hij het management van CMA CGM niet heeft geïnformeerd over de inboekingen zonder factuur. Ervan uitgaande dat werknemer niet bekend was met het niet-zakelijk karakter van de desbetreffende betalingen en werknemer naar zijn mening niet méér deed dan de betalingen op gezag van zijn leidinggevende voorlopig 'te parkeren' in het door zijn leidinggevende aangewezen grootboeknummer, bestond er onvoldoende aanleiding voor werknemer om het management van CMA CGM hieromtrent te informeren. Ten aanzien van de door CMA CGM aangevoerde feiten en omstandigheden, die door de betwisting door werknemer niet vaststaan, is geen bewijsaanbod gedaan door CMA CGM. Daarom wordt geen reden gezien om CMA CGM tot bewijslevering toe te laten. Kortom, op basis van de thans voorhanden zijnde informatie staat niet vast dat werknemer er wetenschap van heeft gehad dat de betalingen door X onrechtmatig waren en (dus) evenmin dat hij dit door middel van de verwerking in de boekhouding heeft willen verhullen. Voor het oordeel dat werknemer (medewerking aan) fraude heeft gepleegd, is ten tijde van het ontslag op staande voet onvoldoende feitelijke grondslag geweest en aan het verwijt dat werknemer niet eerlijk is geweest, wordt – zo daarvan al sprake is geweest – om voormelde redenen weinig gewicht toegekend. Daarom is er op 11 augustus 2016 geen dringende reden aanwezig geweest om de arbeidsovereenkomst onverwijld op te zeggen. Om die reden wordt de opzegging vernietigd. Nu de arbeidsovereenkomst tussen partijen niet is geëindigd, heeft werknemer in beginsel recht op toelating tot de overeengekomen werkzaamheden. CMA CGM en CMA CGM & ANL worden beide veroordeeld tot doorbetaling van loon tot aan het moment waarop de arbeidsovereenkomst tussen partijen rechtsgeldig is geëindigd.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 07-11-2016

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2016:8654

Zaaknummer: KTN-5371337_07112016

Rechters: P. Vlaswinkel

Advocaten: M.W.A.M. van Kempen en L. van Luipen

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

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgever

Werkgever is geslaagd in het leveren van bewijs dat werknemer tijdens een vlucht de cockpit heeft verlaten en in de cabine van het vliegtuig heeft geslapen. De tijdsduur van het ‘slaapincident’ is niet relevant voor de beoordeling of sprake is van een dringende reden. Terecht ontslag op staande voet.

De kantonrechter blijft bij hetgeen bij tussenvonnis van 11 maart 2015 is overwogen (zie AR 2016-1325) omtrent het op 2 april 2014 aan werknemer gegeven ontslag op staande voet. De kantonrechter heeft aan werkgever de opdracht verstrekt te bewijzen dat werknemer op 25 maart 2014 tijdens een vlucht de cockpit heeft verlaten en ruim een uur heeft geslapen in de cabine van het vliegtuig. De kantonrechter heeft verder overwogen dat een deskundigenbericht noodzakelijk is, nu werknemer gemotiveerd heeft gesteld dat de door werkgever ter ondersteuning van haar standpunt in het geding gebrachte whatsappberichten met foto's van de lege cockpitstoel afkomstig van de telefoon van de heer A (hierna: A) zijn gemanipuleerd. De deskundige heeft op 20 januari 2016 aan de kantonrechter gerapporteerd. Partijen hebben bij akte hun standpunten kenbaar gemaakt naar aanleiding van de bevindingen van de deskundige.

De kantonrechter oordeelt als volgt. De originele foto's van de lege cockpitstoel zijn door de deskundige niet aangetroffen op de telefoon van A. Aldus is niet met zekerheid vast te stellen wanneer die foto's zijn genomen. Wel bevinden de foto's zich op whatsappbestanden, maar wegens het ontbreken van metadata kan ook daaruit niet het moment van het nemen van de foto's worden vastgesteld. De deskundige heeft geen sporen aangetroffen waaruit zou kunnen blijken dat de whatsappberichten en de datum en tijd van het verzenden zijn gemanipuleerd. De kantonrechter is van oordeel dat onvoldoende aannemelijk is gemaakt dat A of een derde deze berichten daadwerkelijk heeft gemanipuleerd, zodat ervan uit moet worden gegaan dat deze op 25 maart 2014 na de bewuste vlucht zijn verzonden. A, als getuige gehoord, bevestigt dat hij de whatsappberichten na de bewuste vlucht op 25 maart 2014 aan zijn moeder en de familieapp heeft gezonden, terwijl de ouders van A verklaren de berichten te hebben ontvangen. De kantonrechter is van oordeel dat werkgever, door middel van

getuigenverklaringen, geslaagd is in het leveren van bewijs dat werknemer op 25 maart 2014 tijdens de betreffende vlucht in de cabine van het vliegtuig heeft geslapen. Werkgever is er echter niet in geslaagd te bewijzen dat het 'slaapincident' ruim één uur heeft geduurd. Dit leidt tot het oordeel dat werkgever slechts gedeeltelijk is geslaagd in de aan haar verstrekte bewijsopdracht. De kantonrechter staat vervolgens voor de vraag welke consequenties daaraan dienen te worden verbonden. Het aan werknemer als dringende reden voor het ontslag genoemde feitencomplex dient, voor zover door werknemer betwist, in beginsel in zijn geheel in rechte vast te komen staan. Dit is slechts anders indien (a) het bedoelde gedeelte op zichzelf beschouwd kan worden als een dringende reden, (b) de werkgever heeft gesteld, en ook aannemelijk is, dat hij de werknemer ook op staande voet zou hebben ontslagen indien hij – anders dan hij blijkt de ontslagaanzegging meende – daarvoor niet meer grond zou hebben gehad dan in rechte is komen vast te staan en (c) dit laatste voor de werknemer in het licht van de gehele inhoud van die aanzegging en de overige omstandigheden van het geval ook duidelijk moet zijn geweest. De kantonrechter is van oordeel dat aan bovengenoemde criteria is voldaan. De kantonrechter overweegt daartoe dat werkgever in de ontslagbrief uitdrukkelijk heeft vermeld dat het slapen in de cabine als gevolg waarvan A ruim een uur in zijn eentje het vliegtuig heeft gevlogen in strijd is met de wet en de binnen werkgever geldende Operation Manuals, waarin staat vermeld dat het vliegtuig verplicht door twee piloten moet worden gevlogen. Aangenomen moet worden dat werknemer bekend was met bovengenoemde regelgeving en dat overtreding van die veiligheidsvoorschriften reden kan zijn voor een ontslag op staande voet. Aldus is de tijdsduur van het 'slaapincident' niet relevant voor de beoordeling of sprake is van een dringende reden. De kantonrechter is dan ook van oordeel dat het ontslag op staande voet van 2 april 2014 standhoudt en dat de vordering van werknemer tot vernietiging van het ontslag op staande voet dient te worden afgewezen. De kantonrechter gaat over tot toewijzing van de fictieve schadevergoeding aan werkgever tot een bedrag gelijk aan drie maanden salaris te vermeerderen met vakantietoelage, de grens waartoe tot matiging kan worden overgegaan.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 19-10-2016

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2016:6036

Zaaknummer: 3482870 / LC EXPL 14-4600

Rechters: R.M. Berendsen

Advocaten: M. Vissers en B.W.G. Orth

Wetsartikelen: 7:677 BW en 7:678 BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/werkgeefster

Afwijzing ontbindingsverzoek. Verzochte ontbinding houdt verband met werkzaamheden als voorzitter van de personeelsvertegenwoordiging. Lidmaatschap werkneemster staat aan toewijzing van het verzoek in de weg. Ten overvloede wordt toch ingegaan op stellingen en verweren van partijen.

Werkneemster is per 1 mei 2012 in dienst van werkgeefster. Werkneemster is voorzitter van de personeelsvertegenwoordiging (hierna: PVT). De beoordeling van werkneemster over het jaar 2015 is onvoldoende. Bij brief van 15 maart 2016 heeft werkgeefster aan werkneemster een eerste berisping gegeven wegens haar bejegening van een derde partij. Werkneemster meldt zich op 31 maart 2016 arbeidsongeschikt. De bedrijfsarts adviseert naar aanleiding van de ziekmelding mediation in te zetten ter begeleiding van de re-integratie van werkneemster. Werkneemster is, na terugkomst van een vakantie, niet verschenen op een afspraak met de directie om te spreken over haar toekomst binnen de onderneming. Naar aanleiding daarvan heeft werkgeefster haar op staande voet ontslagen. Werkneemster verzoekt vernietiging van het ontslag op staande voet. Werkgeefster verzoekt de arbeidsovereenkomst tussen partijen te ontbinden op de d-grond, de e-grond, de g-grond dan wel de h-grond.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Het verzoek tot vernietiging van het ontslag op staande voet zal worden afgewezen, omdat werkgeefster het ontslag al, met instemming van werkneemster, heeft herroepen. Met betrekking tot het ontbindingsverzoek van werkgeefster oordeelt de kantonrechter het volgende. Werkneemster is voorzitter van de PVT. Werkgeefster kan de arbeidsovereenkomst niet opzeggen zolang werkneemster lid is van de PVT. Een ontbindingsverzoek van een werkgever moet in dat geval door de kantonrechter in beginsel worden afgewezen (art. 7:670 lid 4 aanhef en onderdeel 1 en 7:671b lid 2 BW). Alleen als het ontbindingsverzoek geen verband houdt met de PVT-activiteiten kan de kantonrechter van die hoofdregel afwijken en het verzoek inwilligen (art. 7:671b lid 6 BW). Werkneemster heeft voldoende onderbouwd gesteld dat de verzochte ontbinding verband houdt met haar werkzaamheden als voorzitter van de PVT. Werkgeefster heeft niet aannemelijk kunnen maken dat dit verband ontbreekt, zodat het lidmaatschap van de PVT aan toewijzing van de

verzochte ontbinding in de weg staat.

Gelet op het uitvoerige debat tussen partijen ziet de kantonrechter toch aanleiding om – ten overvloede – in te gaan op de stellingen en verweren van partijen. Niet is gesteld of gebleken dat het ontbindingsverzoek verband houdt met de arbeidsongeschiktheid van werknemster, zodat het opzegverbod wegens ziekte niet in de weg staat aan de verzochte ontbinding. De kantonrechter oordeelt kort gezegd dat werkgeefster onvoldoende heeft onderbouwd dat van disfunctioneren sprake is. Werkneemster is daarnaast niet in de gelegenheid gesteld het vermeende onvoldoende functioneren te verbeteren, door een verbetertraject met evaluatiemomenten te volgen. Ter onderbouwing van het gestelde verwijtbaar handelen/nalaten van werknemster heeft werkgeefster dezelfde feiten en omstandigheden aangevoerd als zij ten grondslag legt aan het gestelde disfunctioneren. Die feiten en omstandigheden kunnen echter ook deze ontbindingsgrond niet dragen. Werkgeefster verwijt werknemster onder meer dat zij na haar vakantie niet is verschenen op de afspraak met de directie. Werkneemster heeft toegelicht dat sprake is geweest van een misverstand. De kantonrechter volgt haar hierin. Het beroep op de e-grond kan derhalve niet slagen. Gelet op hetgeen partijen over en weer hebben aangevoerd kan aangenomen worden dat de relatie tussen partijen verstoord is geraakt. Die verstoring is echter in overwegende mate te wijten aan werkgeefster zelf. Zij heeft het advies om een mediator in te schakelen naast zich neergelegd, net als de herhaalde verzoeken van werknemster om mediation. Voorts overweegt de kantonrechter dat de moeizame verhouding tussen werknemster en de huidige vertegenwoordigers de ontbinding van de arbeidsovereenkomst niet kan rechtvaardigen. Vast staat dat de vertegenwoordigers de organisatie binnen afzienbare tijd zullen verlaten. Het moet mogelijk zijn om tot die tijd een voor beide partijen aanvaardbare werksituatie te creëren, zeker nu werknemster re-integratiewerkzaamheden verricht op een andere locatie. Gelet op het feit dat de verstoorde arbeidsverhouding in overwegende mate aan werkgeefster is te wijten, mag van haar in dit verband de nodige inspanning en flexibiliteit worden verwacht. Het beroep op de g-grond faalt eveneens. Ter onderbouwing van de h-grond zijn dezelfde feiten en omstandigheden gesteld als voor de overige gronden, zodat ook het beroep op die grond faalt. Volgt afwijzing van het ontbindingsverzoek.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 11-10-2016

Zaaknummer: 5186013 AE VERZ 16-72, 5269789 AE VERZ 16-87 en 5366751 AE VERZ 16-101

RECHTSPRAAK

werkneemster/Stichting Amsta

Verstoorde arbeidsverhouding leidt tot g-grond ondanks opzegverbod ziekte. Werkneemster weigert mee te verwerken aan verbetertraject arbeidsrelatie.

Werkneemster (geboren 1962) is sinds 1 april 2014 in dienst van Amsta en is laatstelijk werkzaam in de functie van WAN-verpleegkundige. Het brutosalaris bedraagt € 2.272,04 per maand. Werkneemster is meerdere malen aangesproken op haar directieve wijze van communiceren zowel met haar collega-verpleegkundigen, de zorgcoördinatoren als met haar leidinggevenden. In een functioneringsgesprek heeft werkgever aangedrongen op een betere werkwijze met elkaar (communicatie). Werkneemster heeft vervolgens in twee brieven van 10 juli 2015 aan de raad van bestuur klachten geuit en daarbij uitgebreid verslag gedaan van haar bevindingen ten aanzien van het functioneren van haar collega's en het op een groot aantal punten falen van de zorg aan de bewoners op de afdeling. Nadien is de arbeidsverhouding verder verstoord en weigert werkneemster op alternatieve locaties van Amsta te werken, alsmede te communiceren met bepaalde personen. De kantonrechter oordeelde op het ontbindingsverzoek aldus. Onder de geschetste omstandigheden mag van partijen worden verwacht dat zij aan het herstel van de arbeidsverhouding gaan werken. Amsta heeft daartoe concrete voorstellen gedaan, waaronder mediationgesprekken of coachingstrajecten in verschillende samenstellingen of het draaien van meer dagdiensten in plaats van nachtdiensten. Werkneemster heeft door de wijze en het tijdstip van het indienen van de klacht bij de raad van bestuur niet geïnvesteerd in het herstel van de arbeidsrelatie, maar daaraan juist afbreuk gedaan. Daarbij komt dat uit het in opdracht van de raad van bestuur verrichte onderzoek is gebleken dat slechts enkele van de (vele) door haar geuite klachten gegrond waren en verbetering verdienden. Werkneemster heeft zich vervolgens ook bij het zoeken van een nieuwe werklocatie onvoldoende coöperatief opgesteld. Amsta heeft haar best gedaan om voor werkneemster, overeenkomstig haar meermaals geuite wens, een kleinschalig wonen-locatie te vinden. Toen deze gevonden was en met werkneemster een afspraak was gemaakt, is zij niet verschenen. De kantonrechter heeft de arbeidsovereenkomst ontbonden op de g-grond.

Het hof oordeelt als volgt. Het hof stelt voorop dat ingevolge artikel 7:671b lid 2 BW de rechter een verzoek als bedoeld in artikel 7:671b lid 1 BW slechts kan inwilligen indien aan de voorwaarden voor opzegging van de arbeidsovereenkomst, bedoeld in artikel 7:669 BW, is voldaan en er geen opzegverboden als bedoeld in artikel 7:670 BW of met deze opzegverboden naar aard en strekking vergelijkbare opzegverboden in een ander wettelijk voorschrift gelden. Evenwel bepaalt artikel 7:671b lid 6 BW dat indien de werkgever ontbinding verzoekt op grond van artikel 7:669 lid 3 onderdeel b tot en met h BW en een opzegverbod als bedoeld in artikel 7:670 lid 1 tot en met 4 en 10 BW of een met deze opzegverboden naar aard en strekking vergelijkbaar opzegverbod in een ander wettelijk voorschrift geldt, de kantonrechter, in afwijking van lid 2, het verzoek om ontbinding kan inwilligen, indien: (a) het verzoek geen verband houdt met omstandigheden waarop die opzegverboden betrekking hebben; of (b) er sprake is van omstandigheden die van dien aard zijn dat de arbeidsovereenkomst in het belang van de werknemer behoort te eindigen. Naar het oordeel van het hof doet een geval als bedoeld in artikel 7:671b lid 6 onderdeel a BW zich in het onderhavige geval voor. Amsta wenst de arbeidsovereenkomst immers te ontbinden wegens omstandigheden (disfunctioneren, een verstoorde arbeidsverhouding) die zich voorafgaand aan de ziekmelding van werkneemster gemanifesteerd hebben, terwijl geen aanwijzing bestaat (werkneemster heeft dat ook niet gesteld) dat het verzoek verband houdt met de hiervoor genoemde omstandigheden. Al aangenomen dat, zoals werkneemster heeft gesteld, het advies van de bedrijfsarts zo moet worden gelezen dat werkneemster in staat werd geacht tot het verrichten van werk in zijn algemeenheid en niet specifiek tot het verrichten van haar eigen werk, staat dit derhalve niet aan toewijzing van het verzoek tot ontbinding in de weg.

Naar het oordeel van het hof heeft werkgever alles gedaan wat van haar kon worden gevergd, zodat de ontbinding op de g-grond terecht is.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 04-10-2016

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2016:4034

Zaaknummer: 200.190.185/01

Rechters: A.M.A. Verscheure, R.J.F. Thiessen en M.L.D. Akkaya

Advocaten: W.D. van Doorn en S. de Graaf

Wetsartikelen: 7:669 lid 3 onderdeel g BW en 7:671b lid 6 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgever

Het verlaten van de cockpit tijdens een vlucht om achter in het vliegtuig te gaan slapen, levert een dringende reden voor ontslag op staande voet van een piloot op, mits een en ander komt vast te staan. Bewijsopdracht en aanhouding van de beslissing.

Werknemer is vanaf september 2008 tot augustus 2009 werkzaam geweest voor werkgever (een luchtvaartmaatschappij) in de functie van Head of Training. Werknemer is in december 2013 opnieuw in dienst getreden bij werkgever in de functie van Captain Jetstream. In de periode van 24 maart tot en met 27 maart 2014 heeft werknemer vluchten uitgevoerd met als First Officer de heer A (hierna: A). Naar aanleiding van klachten van A over werknemer is een aantal gesprekken met werknemer gevoerd. Onderwerp van het gesprek op 30 maart 2014 was de melding van A dat werknemer tijdens een vlucht de cockpit zou hebben verlaten en toen zou hebben geslapen. Bij brief van 2 april 2014 is werknemer, mede op grond van het voorgaande, op staande voet ontslagen. Bij brief van 16 april 2014 heeft werknemer de vernietigbaarheid van het ontslag op staande voet ingeroepen. Bij kortgedingvonnis van de Kantonrechter Amsterdam van 19 augustus 2014 is de loonvordering van werknemer afgewezen. Werknemer vordert thans onder meer een verklaring voor recht dat het ontslag op staande voet op 16 april 2014 buitengerechtelijk is vernietigd. Werknemer betwist dat hij de cockpit op 25 maart 2014 heeft verlaten om achter in het vliegtuig te slapen. Het voorval heeft zich volgens werknemer niet voorgedaan. A heeft de kantonrechter te Amsterdam een foto met een whatsappbericht getoond van een lege cockpitstoel ter adstructie van zijn verklaring dat werknemer de cockpit had verlaten. Werknemer stelt zich op het standpunt dat het bericht met de foto is gemanipuleerd.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Aan het vereiste van onverwijldheid is voldaan. De werkgever heeft in zijn algemeenheid enige ruimte voor het horen van de betrokken werknemer, het voeren van intern overleg na confrontatie met de werknemer en voor het inwinnen van juridisch advies. Vervolgens beoordeelt de kantonrechter in hoeverre de opgegeven reden tot ontslag als dringend kan worden aangemerkt. Op basis van Europese regelgeving, maar ook op basis van het Operations Manual moet worden geoordeeld dat het

slapen tijdens de vlucht achter in het vliegtuig niet is toegestaan. Slechts in uitzonderlijke situaties kan de cockpit worden verlaten, waarbij gedacht wordt aan noodzakelijke veiligheidswerkzaamheden of wc-bezoek. Voor zover ervan uit zou moeten worden gegaan dat sprake is van een situatie van onverwachte vermoeidheid bestaat slechts de mogelijkheid van een gecontroleerde rustperiode, die alsdan naar de kantonrechter aanneemt enkel in de cockpit dient plaats te vinden. De kantonrechter komt dan ook tot het oordeel dat de opgegeven reden, voor zover deze komt vast te staan, een dringende reden oplevert voor ontslag. Gelet op het verweer van werknemer is de kantonrechter van oordeel dat voorafgaand aan de bewijslevering door werkgever eerst nader onderzoek dient plaats te vinden. Werknemer stelt immers gemotiveerd dat de whatsappberichten met foto's van de lege cockpitstoel zijn gemanipuleerd. Werknemer verwijst daarvoor naar schriftelijke mededelingen van bedrijf X van 30 september 2014. Bedrijf X geeft aan dat een foto metadata bevat, waaronder de datum van aanmaak, het toestel, enzovoort. De ter beschikking gestelde foto's bevatten volgens bedrijf X geen of weinig metadata, waarschijnlijk omdat deze zijn verstuurd via WhatsApp. Een foto lijkt volgens bedrijf X te zijn bewerkt. Het is noodzakelijk ter vaststelling of uitsluiting van manipulatie de foto's te doen onderzoeken. Daarvoor is het noodzakelijk dat werkgever het telefoontoestel van A waarmee de foto's zijn genomen en de (originele) foto's ter beschikking stelt voor nader onderzoek door een deskundige. De kantonrechter heeft voorts nog behoefte aan nadere informatie bestaande uit het vluchtplan van de bewuste vlucht op 25 maart 2014 en de e-mail van A aan werkgever en alle overige correspondentie tussen A en werkgever verband houdende met de onderhavige zaak van na 28 maart 2014. Iedere verdere beslissing wordt aangehouden.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 11-03-2015

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2015:9794

Zaaknummer: 3482870 LC EXPL 14-4600

Rechters: R.M. Berendsen

Advocaten: M. Vissers en B.W.G. Orth

Wetsartikelen: 7:677 BW en 7:678 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgever

Verstekvonnis in kort geding. Re-integratie van zieke werknemer. Plan van aanpak. Loonbetalingsverplichting van werkgever op grond van artikel 7:629 BW en artikel 7:628 BW.

Werknemer is van 5 oktober 2015 tot en met 4 oktober 2016 voor bepaalde tijd voor 173 uren per maand als onderhoudsmedewerker/schilder in dienst geweest van werkgever tegen een brutomaandloon van € 1.580 exclusief 8% vakantietoeslag. Op 4 maart 2016 heeft werknemer zich bij werkgever ziek gemeld met burn-outklachten. Tijdens ziekte ontving werknemer geen loon en hebben partijen geen plan van aanpak opgesteld. Bij de periodieke evaluatie van 28 juli 2016 heeft de bedrijfsarts geoordeeld dat werknemer weliswaar nog beperkt was in zijn functioneren maar dat hij vanaf 1 augustus 2016 weer voor 25% kon hervatten, periodiek opbouwend, en dat hij naar verwachting met ingang van 12 september 2016 weer volledig arbeidsgeschikt zou zijn. Werknemer zou – zo luidde de afspraak – op maandag 8 augustus 2016 komen werken. Dan zou ook het plan van aanpak worden opgesteld. Op 4 augustus 2016 heeft de heer B, directeur van werkgever, zich in een telefoongesprek met het kantoor van de gemachtigde van werknemer op het standpunt gesteld dat werknemer in het kader van zijn re-integratie diende te komen werken. Daarbij heeft de heer B zich intimiderend en bedreigend jegens werknemer uitgelaten. Bij e-mail van diezelfde dag heeft de gemachtigde van werknemer meegedeeld dat werknemer bereid bleef om zijn werkzaamheden overeenkomstig de door de bedrijfsarts geadviseerde opbouw te hervatten, mits werkgever hem een veilige werkomgeving kon waarborgen. Dit standpunt is bij brief van 19 augustus 2016 namens werknemer herhaald. Op deze e-mail en die brief heeft werkgever niet gereageerd. Daarom is werknemer op 8 augustus 2016 niet gaan werken. Een plan van aanpak is niet opgesteld.

Werknemer vordert in dit kort geding onder meer loondoorbetaling over de periode van 1 augustus tot en met 4 oktober 2016. Werkgever is in dit kort geding niet verschenen.

Omdat werkgever in dit kort geding, ondanks het feit dat zij bij dagvaarding van 25 oktober 2016 deugdelijk is opgeroepen, niet is verschenen, is tegen haar verstek verleend. De kantonrechter zal eerst de vordering beoordelen voor zover deze strekt tot betaling van loon

c.a. tijdens ziekte en dus is gebaseerd op artikel 7:629 BW. Er is reden om de ziekteperiode te beperken tot 12 september 2016, zijnde de datum waartegen de bedrijfsarts werknemer weer volledig arbeidsgeschikt heeft bevonden, er daarbij van uitgaande dat daar een opbouw van de werkzaamheden aan vooraf zou gaan. Uit de door werknemer in dit kort geding overgelegde correspondentie tussen partijen, volgt dat werkgever aanvankelijk, eind mei 2016, de loondoorbetaling heeft willen stoppen, omdat werknemer zou hebben geweigerd mee te werken aan het opstellen van een plan van aanpak in de zin van artikel 7:658a lid 3 BW. Laatstgenoemde bepaling laat er geen misverstand over bestaan dat de werkgever het plan van aanpak 'in overeenstemming met de werknemer' moet opstellen. Uit hetgeen werknemer heeft aangevoerd, leidt de kantonrechter, nu dat in dit kort geding niet is betwist, af dat werkgever over de inhoud van het door haar eenzijdig opgestelde plan geen overleg met hem heeft willen voeren en hij het zelfs niet heeft mogen lezen. Van een re-integratie is het niet gekomen, aanvankelijk omdat werknemer zich door de (telefonische) uitlatingen van de heer B bedreigd voelde en niet durfde te komen werken alvorens zijn veiligheid was gegarandeerd (en in een plan van aanpak zou zijn vastgelegd), en vanaf eind augustus/begin september 2016 (tevens) omdat werkgever naliet de vakantiebijslag (verschuldigd over de periode tot eind mei 2016) en het loon vanaf 1 augustus 2016 te voldoen. Kennelijk bedoelde werkgever deze inhouding te baseren op artikel 7:629 lid 3 aanhef en onderdeel c BW. Het beroep op deze wetsbepaling slaagt niet voor zover het het loon over de maand augustus 2016 betreft. Van 1 augustus tot 12 september 2016 is werkgever dan ook tot loondoorbetaling in de zin van artikel 7:629 lid 1 BW verplicht. Omtrent de loonvordering over de periode van 12 september 2016 tot en met 4 oktober 2016 overweegt de kantonrechter dat dit deel van de vordering is gegrond op artikel 7:628 BW. Gelet op hetgeen hierboven is overwogen, komt het in redelijkheid voor rekening van werkgever dat vanaf 12 september 2016 van de aangeboden diensten van werknemer geen gebruik is gemaakt. Eind augustus/begin september 2016 heeft de gemachtigde van werknemer bovendien het opschortingsrecht ingeroepen. De vordering tot betaling van het loon c.a. over de periode van 12 september tot en met 4 oktober 2016 is dan ook toewijsbaar.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 16-11-2016

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2016:6079

Zaaknummer: 5427946 UV EXPL 16-304 LH/1040

Rechters: J.P. Killian

Advocaten: E.A.S. van Spanje

Wetsartikelen: 7:628 BW en 7:629 BW

RECHTSPRAAK

Wester-Beton BV/werkneemster

Ontbinding op de g-grond. Beide partijen erkennen dat sprake is van een verstoorde arbeidsverhouding. Betaling transitievergoeding in termijnen. Afwijzing verzoek om billijke vergoeding.

Werkneemster is op 1 mei 1982 in dienst getreden bij Wester-Beton BV (hierna: Wester-Beton). Werkneemster is de dochter van de voormalig directeur-eigenaar van Wester-Beton. Momenteel is de broer van werkneemster, de heer X, directeur en mede-eigenaar van Wester-Beton. Wester-Beton verzoekt de arbeidsovereenkomst met werkneemster te ontbinden op de g-grond. Werkneemster verweert zich tegen hetgeen door Wester-Beton is aangevoerd, maar erkent dat de verhouding tussen partijen ernstig is verstoord en zij legt zich neer bij de verzochte ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Wel verzoekt zij bij wijze van tegenverzoek om toekenning van een billijke vergoeding ad € 25.000.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Nu werkneemster zich neerlegt bij de verzochte ontbinding van de arbeidsovereenkomst omdat ook volgens haar de arbeidsverhouding ernstig is verstoord, zal het verzoek van Wester-Beton tot ontbinding worden toegewezen. Beide partijen hebben immers aangegeven dat zij van mening zijn dat een verdere voortzetting van de arbeidsrelatie niet (langer) tot de mogelijkheden behoort. Wester-Beton heeft verzocht om de transitievergoeding in termijnen te mogen voldoen, gelet erop dat gezien haar slechte financiële positie betaling ineens tot onaanvaardbare gevolgen voor haar bedrijfsvoering zal leiden. Werkneemster heeft de slechte financiële positie van Wester-Beton erkend en Wester-Beton heeft dit met de door haar overgelegde jaarstukken ook voldoende aangetoond. Met inachtneming van het bepaalde in artikel 25 Ontslagregeling wordt de betaling van de transitievergoeding gespreid over een periode van zes maanden. Wester-Beton zal ingaande 1 mei 2017 gedurende een periode van zes maanden maandelijks € 9.397,76 bruto aan werkneemster dienen te betalen. Gelet op het bepaalde in artikel 7:686a lid 1 tweede volzin BW zal Wester-Beton tevens wettelijke rente over de (resterende) transitievergoeding dienen te betalen, ingaande 1 mei 2017. Werkneemster heeft verzocht om toekenning van een billijke vergoeding, omdat er volgens haar sprake is van ernstig verwijtbaar handelen jegens haar van Wester-Beton. De kantonrechter is van oordeel dat van dergelijk ernstig verwijtbaar handelen

van Wester-Beton niet is gebleken. Wat er ook zij van de discussie over de overuren, volgens werknemster is dat al in 2009 opgelost. Door werknemster en X is ter zitting aangegeven dat zij totaal verschillende persoonlijkheden zijn en het valt niet uit te sluiten dat daardoor de tussen hen ontstane fricties in ieder geval deels kunnen worden verklaard. Voorts komt het de kantonrechter voor dat werknemster zich niet steeds heeft kunnen schikken in haar rol als ondergeschikte werknemer van haar broer X, bijvoorbeeld gelet op haar oppositie tegen diens beslissingen omtrent samenwerking met een andere betonproducent en het in vaste dienst nemen van een aantal personeelsleden, waaronder zijn dochter. Dat dit bij haar broer niet goed is gevallen en dat dit mogelijk in zijn handelwijze tot uitdrukking is gekomen kan hem niet zwaar worden aangerekend. Voorts geldt dat er, op instigatie van X, mediation is gestart tussen X en werknemster en dat werknemster deze mediation reeds tijdens het eerste gesprek samen met X en de mediator heeft beëindigd en daarmee door haar eigen toedoen deze mediation in feite weinig kans heeft gegeven. Ter zitting is door X voorts wel verklaard dat hij zelf vast ook wel een aandeel zal hebben gehad in de verslechterde verhouding met werknemster, maar dat is onvoldoende om zijn handelen, en daarmee dat van Wester-Beton, als ernstig verwijtbaar te kwalificeren. Door werknemster nog aangevoerde omstandigheden van persoonlijke aard spelen bij deze beoordeling geen rol. Gelet hierop zal het verzoek van werknemster tot toekenning van een billijke vergoeding worden afgewezen.

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 16-11-2016

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2016:5079

Zaaknummer: 5380403

Rechters: E.T.M. Zwart-Sneek

Advocaten: M.H.J. Miltenburg en L.R.C. Bos

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

RECHTSPRAAK

Koninklijke Schelde Groep BV/X

Tussenarrest. De twee-conclusie-regel die in artikel 347 lid 1 Rv ligt besloten, beperkt de aan werknemer toekomende bevoegdheid tot verandering of vermeerdering van eis in hoger beroep in die zin dat hij in beginsel zijn eis niet later dan in zijn memorie van grieven of antwoord mag veranderen of vermeerderen.

Het gaat in deze zaak om een tussenarrest inzake aansprakelijkheid voor ziekte en overlijden door werken met asbest. De kantonrechter heeft in eerste aanleg voor recht verklaard dat Koninklijke Schelde Groep BV (hierna: De Schelde) jegens werknemer verwijtbaar tekort is geschoten ingevolge artikel 7:658 BW en daardoor jegens werknemer schadeplichtig is geworden. Partijen zijn het over de hoogte van de schadepost 'verlies van levensonderhoud' niet eens. Werknemer heeft gebruik gemaakt van de gelegenheid die haar in het tussenarrest van 18 december 2012 is geboden om deze post nader toe te lichten. De Schelde heeft hier van haar kant op gereageerd. Werknemer heeft bij haar akte een rapport van expertisebureau X BV overgelegd waarin een nieuwe schadeberekening is opgenomen die uitkomt op een bedrag van € 43.045 aan schade wegens verlies van levensonderhoud. In haar akte vermeldt werknemer dat haar oorspronkelijke berekening van € 7.950 bij nader inzien niet houdbaar is en dat zij een bedrag van € 43.045 vordert, naast een bedrag van € 6.125,72 aan kosten van het expertisebureau als kosten als bedoeld in artikel 6:96 lid 2 onderdeel b BW. De Schelde maakt bezwaar tegen deze eisvermeerdering. Zij voert hiertoe aan dat de zogenaamde twee-conclusie-regel in hoger beroep aan een eiswijziging na de memorie van antwoord van werknemer in de weg staat. Van nieuwe gegevens of omstandigheden die een uitzondering op die regel rechtvaardigen is geen sprake, aldus De Schelde. Subsidiair betwist De Schelde de inhoud van het rapport en de daarbij behorende berekeningen.

Het hof oordeelt als volgt. De strekking van de akte van werknemer is onmiskenbaar een vermeerdering van eis, zowel ten aanzien van de schadevergoeding wegens verlies aan levensonderhoud als ten aanzien van de door haar opgevoerde kosten als bedoeld in artikel 6:96 lid 2 onderdeel b BW. De twee-conclusie-regel die in artikel 347 lid 1 Rv ligt besloten, beperkt de aan oorspronkelijke eiser toekomende bevoegdheid tot verandering of

vermeerdering van eis in hoger beroep in die zin dat hij in beginsel zijn eis niet later dan in zijn memorie van grieven of antwoord mag veranderen of vermeerderen. Dit geldt ook als de verandering of vermeerdering van eis slechts betrekking heeft op de grondslag van hetgeen ter toelichting van de vordering door de oorspronkelijke eiser is gesteld. Op deze in beginsel strakke regel kunnen onder omstandigheden uitzonderingen worden aanvaard, met name indien de wederpartij ondubbelzinnig erin heeft toegestemd dat de eisverandering of -vermeerdering plaatsvindt, of indien de aard van het geschil meebrengt dat in een later stadium nog een zodanige verandering of vermeerdering van eis kan plaatsvinden. Deze omstandigheden doen zich in dit geval niet voor. De Schelde heeft juist ondubbelzinnig bezwaar gemaakt tegen de eiswijziging en in de aard van het geschil is geen rechtvaardiging voor een uitzondering gelegen. Voorts kan in het algemeen een verandering of vermeerdering van eis na het nemen van de memorie van grieven of antwoord toelaatbaar zijn, indien daarmee aanpassing wordt beoogd aan eerst na dat tijdstip voorgevallen of gebleken feiten en omstandigheden en de eisverandering of -vermeerdering ertoe strekt te voorkomen dat het geschil aan de hand van inmiddels achterhaalde of onjuist gebleken (juridische of feitelijke) gegevens zou moeten worden beslist, of dat – indien dan nog mogelijk – een nieuwe procedure zou moeten worden aangespannen om het geschil alsnog aan de hand van de juiste en volledige gegevens te kunnen doen beslissen. Ook deze uitzondering doet zich hier niet voor. In haar akte heeft werknemer niet gesteld dat sprake is van feiten of omstandigheden die opgekomen zijn na het moment waarop zij de memorie nam waarbij als onderdeel 3 de vordering tot betaling van het bedrag van € 7.950 werd ingesteld. Het hof heeft werknemer in de gelegenheid gesteld deze vordering nader toe te lichten en eventueel aan te passen en te onderbouwen, maar dat houdt geen uitnodiging in voor een eisvermeerdering die in dit stadium in beginsel niet meer is toegelaten. Alleen binnen de grenzen van haar vordering zoals deze in de plaats van de verwijzing naar de schadestaatprocedure was ingesteld kon werknemer tegenover de door De Schelde geuite kritiek op haar berekeningen die nadere toelichting, aanpassing en/of onderbouwing verstrekken. De slotsom is dat de eiswijziging van werknemer om de hiervoor vermelde redenen niet kan worden toegelaten. Met haar akte heeft werknemer de door het hof bedoelde toelichting op haar vordering ten bedrage van € 7.950 evenwel niet verschaft.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 15-11-2016

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2016:5098

Zaaknummer: 200.076.627_02

Rechters: B.A. Meulenbroek, M.G.W.M. Stienissen en M. van Ham

Advocaten: M. Timpert-de Vries en R.F. Ruers

Wetsartikelen: 347 lid 1 Rv

RECHTSPRAAK

TMG Distributie B.V./X

Gesloten agentenovereenkomst met distributiebedrijf TMG is geen arbeidsovereenkomst, maar opdrachtovereenkomst in verband met ontbreken gezagsverhouding. Doorbetaling loon bij niet kunnen uitvoeren opdracht wordt beperkt tot periode van opzegtermijn.

X heeft met de rechtsvoorgangers van TMG, een distributiebedrijf voor onder andere kranten, op 30 oktober 1995 een agentenovereenkomst gesloten. X was verantwoordelijk voor de distributie van de dagbladen vanuit een distributiedepot, inclusief de nabezorging en de klachtafhandeling. Haar gemiddelde ontvangsten beliepen € 1.149,89 bruto per vier weken. Op 6 juni 2011 is TMG gestopt met het verstrekken van ter bezorging te verspreiden kranten en folders aan X. Bij brief van haar gemachtigde van 14 juni 2011 heeft X zich, stellende dat tussen partijen een arbeidsovereenkomst geldt, op ontslagbescherming beroepen. Vanaf juli 2011 zijn de betalingen van TMG aan X gestaakt. In de onderhavige procedure vorderde X onder meer primair € 10.349,01 brutoloon en € 1.149,89 bruto per vier weken vanaf maart 2012 totdat de arbeidsovereenkomst rechtsgeldig zal zijn beëindigd, subsidiair een gelijk bedrag totdat de overeenkomst van opdracht rechtsgeldig zal zijn beëindigd. In het eindvonnis van 3 december 2014 heeft de rechtbank geoordeeld dat de overeenkomst tussen partijen nog steeds voortduurt en dat X dan ook recht heeft op doorbetaling van de agentenvergoeding. TMG heeft in haar principaal hoger beroep zes grieven aangevoerd. X heeft de vorderingen in het principaal hoger beroep van TMG bestreden. In haar incidenteel hoger beroep heeft X drie grieven aangevoerd.

Het hof oordeelt als volgt. Incidentele grief 1: bestaat tussen partijen een arbeidsovereenkomst? De agentenovereenkomst bevat geen bepalingen waaruit zou volgen dat tussen TMG en X een gezagsrelatie bestond. Het voorgaande wordt bevestigd door getuige 1 die heeft verklaard dat hij met X heeft gewerkt, dat zij deponthoudster/agent was, dat hij niet in de positie zat dat hij X instructies kon geven en dat hij haar begeleidde en met haar sprak over haar werkzaamheden. In artikel 2 van de agentenovereenkomst is bepaald dat het de agent vrijstaat haar taken zelf uit te voeren dan wel een derde daarmee te belasten. Op grond hiervan bestond dus voor X de mogelijkheid haar werk door anderen uit te laten voeren. Het

hof trekt uit het voorgaande de conclusie dat X zich kon laten vervangen. Het voorgaande betekent dat de grief faalt en dat de kantonrechter terecht heeft geoordeeld dat de overeenkomst tussen partijen niet als arbeidsovereenkomst kan worden gekwalificeerd. Dan principale grieven I tot en met III en incidentele grief 2. In de genoemde grieven komt TMG op tegen het oordeel dat de overeenkomst van 30 oktober 1995 niet is geëindigd. Op TMG rust de last haar verweer voldoende te onderbouwen en aan te tonen. Het enkele door TMG naar voren gebrachte feit, dat (ook) met de zoon van X op 9 mei 1996 een agentenovereenkomst is gesloten voor het agentschap en dat ook de zoon van X op grond van zijn overeenkomst(en) met TMG recht had op betaling van zijn werkzaamheden, leidt niet tot de conclusie dat de agentenovereenkomst tussen partijen is beëindigd met wederzijds goedvinden. Op grond van het voorgaande falen de grieven van TMG. Dan principale grief IV. TMG vindt dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat zij de overeenkomst met X niet heeft opgezegd. Niet is gesteld dat er een opzeggingsbrief van TMG aan X is. De grief is ongegrond. Met principale grief V voert TMG aan dat ten onrechte is geoordeeld dat het feit dat X na juni 2011 geen prestatie heeft geleverd op basis van de overeenkomst geen reden is tot matiging van de vordering, nu het feit dat er geen werk was aan TMG zou zijn te wijten. In het hierna volgende gaat het hof uit van het (thans nog) bestaan van een agentenovereenkomst tussen partijen, welke overeenkomst kwalificeert als een overeenkomst van opdracht. Vast staat dat X sinds 6 juni 2011 geen kranten en folders meer ontvangt van TMG. Uit de brief van de advocaat van X van 14 juni 2011 blijkt dat enige tijd vóór die brief aan X te kennen is gegeven dat TMG voornemens is om bedrijfsactiviteiten over te dragen aan de Groep Y en dat bij gelegenheid van deze overdracht ook een aantal overeenkomsten met deponhouders zou worden beëindigd. Op grond van het voorgaande gaat het hof ervan uit dat X enige tijd vóór 14 juni 2011 wist dat de mogelijkheid bestond dat zij geen kranten en folders meer van TMG zou krijgen ter bezorging. Voor de beantwoording van de vraag of de oorzaak van het niet meer kunnen werken redelijkerwijs voor rekening van TMG komt en dus meer in de risicosfeer van TMG en haar bedrijf komt, dan in die van X, acht het hof van doorslaggevend belang dat de agentenovereenkomst inhoudt dat de vergoeding van X nagenoeg geheel afhankelijk was van hetgeen TMG aan kranten en folders ter distributie ter beschikking stelde aan X. Daarmee heeft X naar het oordeel van het hof als agent van TMG uitdrukkelijk haar economisch lot verbonden met dat van TMG. In het licht van alle hiervoor geschetste feiten en omstandigheden acht het hof doorbetaling van de agentenvergoeding door TMG aan X onredelijk. Het voorgaande geldt echter niet voor de duur van de tussen partijen in artikel 9 van de agentenovereenkomst vastgestelde opzegtermijn. Grief V slaagt ten dele, zo volgt uit het bovenstaande. Concluderend bekrachtigt het hof de tussen partijen gewezen tussenvonnissen en vernietigt het hof het tussen de partijen op 3 december 2014 gewezen vonnis.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 15-11-2016

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2016:5109

Zaaknummer: 200.167.896_01

Rechters: C.E.L.M. Smeenk-van der Weijden, O.G.H. Milar en P.P.M. Rousseau

Advocaten: W.D. Kootstra en D.G.V. Mingels

Wetsartikelen: 7:411 lid 2 BW en 7:400 BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/Accountancy Zuyd B.V.

Verzoek van werkneemster om billijke vergoeding, nadat zij zelf de arbeidsovereenkomst heeft opgezegd, wordt afgewezen nu dit verzoek geen grondslag kent. Verrekeningsverweer werkgever wordt afgewezen.

Op 1 januari 2016 is werkneemster op grond van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd in dienst van Zuyd getreden in de functie van assistent-accountant voor 16 uur per week. Het overeengekomen loon bedraagt € 1.300 bruto per maand exclusief 8% vakantiebijslag. De arbeidsovereenkomst bevat een relatie- en een geheimhoudingsbeding. Bij e-mailbericht van 30 juni 2016 deelt werkneemster aan Zuyd mede haar arbeidsovereenkomst op te zeggen met inachtneming van de opzegtermijn. Op 6 juli 2016 heeft werkneemster aan een klant van Zuyd via e-mail (onder meer) medegedeeld: 'Ik heb 10 jaar voor de bestuurder van Zuyd X gewerkt, maar interne irritaties zijn voor mij doorslaggevend geweest om er mee te stoppen.' Bij brief van 13 juli 2016 heeft de gemachtigde van werkneemster namens haar aan Zuyd een 'beëindigingsvoorstel' gedaan. Bij brief van 13 juli 2016 heeft Zuyd het voorstel van werkneemster afgewezen en medegedeeld van werkneemster € 12.000 boete te eisen omdat werkneemster het geheimhoudingsbeding geschonden heeft doordat zij informatie verstrekt heeft aan AD en aan klanten van Zuyd. Werkneemster verzoekt onder meer (1) Zuyd te veroordelen tot betaling van een redelijke en billijke vergoeding van € 17.000, (2) het relatiebeding te vernietigen dan wel te matigen en (3) Zuyd te veroordelen tot betaling van het loon, het vakantiegeld en overige emolumenten. Het verweer van Zuyd strekt tot niet-ontvankelijkverklaring, althans tot afwijzing van de vordering.

De rechter oordeelt als volgt. Werkneemsters stelling dat partijen in onderling overleg de arbeidsovereenkomst beëindigd hebben, moet voor onjuist gehouden worden. Aangezien de arbeidsovereenkomst door de opzegging van werkneemster is geëindigd, kan zij voor wat betreft de door haar verzochte vergoeding van € 17.000, anders dan door haar kennelijk beoogd, niet met succes een beroep doen op de bepalingen van afdeling 9 van titel 10 van Boek 7 BW. Dit onderdeel van haar verzoek moet derhalve reeds om die reden afgewezen worden. Ten overvloede, voor het geval werkneemster dit onderdeel van haar verzoek ook heeft

gebaseerd op artikel 7:611 BW, moet worden geoordeeld dat niet is komen vast te staan dat Zuyd zich niet als goed werkgever gedragen heeft. Werkneemster stelt voorts dat Zuyd een dringende reden (de overtreding van het geheimhoudingsbeding) heeft verzonnen om aan haar geen vergoeding bij ontslag verschuldigd te zijn. Die redenering van werkneemster is niet te volgen. Zoals hiervoor reeds geoordeeld is Zuyd aan werkneemster immers geen vergoeding verschuldigd. De arbeidsovereenkomst was op het moment van die beschuldiging namelijk reeds opgezegd door werkneemster. In haar verzoekschrift stelt werkneemster dat zij in de toekomst in een andere bedrijfstak dan die waarin Zuyd actief is wil gaan werken. Naar het oordeel van de kantonrechter duidt dit erop dat werkneemster geen belang heeft bij toewijzing van onderdeel (2) van haar verzoek. Het enkele gegeven dat zij door het relatiebeding beperkt wordt, is onvoldoende om tot vernietiging daarvan over te gaan, want dat is juist de bedoeling van een dergelijk beding. Er is verder door werkneemster niet gesteld en ook niet onderbouwd dat zij in verhouding tot het te beschermen belang van Zuyd door het beding onbillijk wordt benadeeld. Zuyd erkent dat zij het brutoloon van de maand juli 2016 en de vakantiebijslag niet aan werkneemster betaald heeft. Ook betwist zij niet dat werkneemster recht heeft op betaling van deze bedragen. Zuyd doet een beroep op verrekening met de volgens haar door werkneemster verschuldigde boete van € 12.000 wegens overtreding van het geheimhoudingsbeding. Anders dan Zuyd betoogt is de mededeling van werkneemster in haar e-mailbericht van 6 juli 2016 echter geen overtreding van het geheimhoudingsbeding. De mededeling van werkneemster dat er sprake is van 'interne irritaties' is daarvoor te algemeen van aard. In zoverre slaagt het verrekeningsverweer van Zuyd niet. De door werkneemster verzochte uitbetaling van vakantie-uren zal worden afgewezen. Zuyd heeft terecht gesteld dat werkneemster die uren reeds heeft opgenomen.

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 11-11-2016

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2016:9781

Zaaknummer: 5302633 AZ VERZ 16-168

Rechters: R.J.H. Otto

Advocaten: J.P.J. Franssen en W.C.G.J. Sterk

Wetsartikelen: afdeling 9 titel 10 Boek 7 BW en 7:611 BW

RECHTSPRAAK

HQF BV/werknemer

Ontbindingsverzoek werknemer toegewezen. Toekenning transitievergoeding en billijke vergoeding ad € 20.000 wegens ernstig verwijtbaar handelen werkgever.

Werknemer is per 1 januari 2013 in dienst getreden bij HQF BV (hierna: HQF). Op 1 september 2015 is werknemer door collega-medewerker X en een externe personeelsfunctionaris aangesproken op zijn functioneren. Een verslag van het gesprek is neergelegd in een brief. Bij deze brief is een vaststellingsovereenkomst gevoegd. Bij brief van 22 september 2015 heeft werknemer bericht dat hij niet akkoord gaat met beëindiging van het dienstverband op basis van de voorgestelde vaststellingsovereenkomst. Werknemer heeft zich op 25 september 2015 ziek gemeld. Partijen hebben zonder succes een mediationtraject doorlopen. Werknemer vordert ontbinding van de arbeidsovereenkomst en veroordeling van HQF tot betaling van onder meer de transitievergoeding en een billijke vergoeding ad € 20.000. De kantonrechter heeft de vorderingen van werknemer toegewezen. Tegen dit vonnis komt HQF in hoger beroep.

Het hof oordeelt als volgt. Voldoende is komen vast te staan dat X niet de leidinggevende van werknemer was. Leidinggevende Z heeft immers verklaard dat hij de direct leidinggevende van werknemer was en dat X een collega van werknemer was. Het hof onderschrijft het oordeel van de kantonrechter dat leidinggevende Z het gesprek op 1 september 2015 niet had behoren over te laten aan collega Y. Het is bovendien ongepast om bij een eerste gesprek over het in de ogen van de werkgever onvoldoende functioneren van de werknemer, aan de laatste direct een vaststellingsovereenkomst aan te bieden. Ook al zou werknemer HQF ter gelegenheid van één of meer van de met leidinggevende Z gevoerde gesprekken hebben verzocht een beter voorstel te doen, dan leidt dit niet tot een ander oordeel omtrent de aanpak van HQF na de brief van werknemer van 22 september 2015, waarbij werknemer duidelijk heeft gekozen voor hervatting van zijn werkzaamheden en het starten van een verbetertraject. Het had op de weg van HQF gelegen om een verbetertraject handen en voeten te geven en te benoemen en te beschrijven hoe het verbetertraject eruit zou zien, welke begeleiding zou plaatsvinden en wanneer zou worden beoordeeld of het functioneren van werknemer

verbeterd was. Bovendien heeft Z verklaard dat hij bij zijn gesprekken met werknemer heeft aangegeven in tegenstelling tot het verleden aan dossieropbouw te gaan doen, waaruit naar het oordeel van het hof geen vertrouwen in het slagen van een verbetertraject spreekt. Dat laatste geldt ook voor het feit dat werknemer zijn werktelefoon op 23 september 2015 moest inleveren en het feit dat zijn bureau op die datum aanvankelijk ook niet meer beschikbaar voor hem was. Het is het hof bovendien onduidelijk op grond waarvan de casemanager tot de conclusie is gekomen dat verdere gesprekken met werknemer niet nodig waren en dat werkgever en werknemer gezamenlijk afspraken konden maken, temeer nu nog geen sprake was van een duidelijk en gestructureerd verbetertraject. Nadat vervolgens op advies van de bedrijfsarts een mediationtraject was gestart, heeft HQF na twee gesprekken, die niet tot een oplossing hebben geleid, de mediation beëindigd zonder voorafgaande kennisgeving aan werknemer. Wat er zij van de reden van beëindiging – daarover dient vertrouwelijkheid in acht te worden genomen – het had in ieder geval op de weg van HQF gelegen alvorens tot beëindiging over te gaan, werknemer daarvan in kennis te stellen. Al met al is het hof van oordeel dat HQF ernstig verwijtbaar heeft gehandeld jegens werknemer. Zij is niet alleen op 1 september 2015 direct na terugkeer van werknemer van zijn vakantie en zonder voorafgaande aankondiging een harde confrontatie met hem aangegaan, maar heeft daarna ook niet laten zien serieus werk te willen maken van een verbetertraject waarvoor werknemer had gekozen. Haar handelen wijst erop dat zij van meet af aan heeft aangestuurd op een situatie waarin werknemer akkoord zou gaan met een vaststellingsovereenkomst ter beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Werknemer komt dan ook een transitievergoeding toe. Gelet op het ernstig verwijtbaar handelen van HQF komt werknemer naar het oordeel van het hof ook een billijke vergoeding toe ad € 20.000. Het bezwaar van HQF tegen de veroordeling tot betaling van brutoloon, inclusief emolumenten, waaronder de toeslag van € 108,33 bruto, over de periode van 3 december 2015 tot 21 december 2015 slaagt. Zoals HQF terecht heeft aangevoerd, dateerde het laatste oordeel van de bedrijfsarts van 13 oktober 2015. Volgens de bedrijfsarts was toen geen sprake van arbeidsongeschiktheid door ziekte of gebrek. Werknemer heeft geen deskundigenoordeel bij het UWV aangevraagd en zich evenmin opnieuw ziek gemeld. Onder die omstandigheden dient het feit dat werknemer in de periode van 3 tot 21 december 2015 geen arbeid heeft verricht voor zijn rekening te komen.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 09-11-2016

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2016:8972

Zaaknummer: 200.191.950

Rechters: I.A. Katz-Soeterboek, E.B. Knottnerus en J.H. Kuiper

Advocaten: A.J.C. van Gurp en J.H. Kolenbrander

Wetsartikelen: 7:671c BW en 7:673 BW

RECHTSPRAAK

**werkneemster/Van Koppen & van Eijk Projectservice
B.V.**

***Opzegging arbeidsovereenkomst van kwekerijmedewerker na twee
jaar arbeidsongeschiktheid niet in strijd met artikel 7:669 lid 3
onderdeel b BW. Werkgever heeft zich voldoende ingezet voor
herplaatsing.***

Werkneemster is op 13 augustus 2013 in dienst getreden bij werkgever en vervulde laatstelijk de functie van kwekerijmedewerker. Werkneemster is sinds 15 mei 2014 arbeidsongeschikt. In een deskundigenoordeel d.d. 23 oktober 2015 is geoordeeld dat de re-integratie-inspanningen van werkgever tot op dat ogenblik voldoende zijn. In een arbeidsdeskundige rapportage d.d. 25 februari 2016 is geconcludeerd dat de functie van kwekerijmedewerker niet passend is en dat er geen passende arbeidsmogelijkheden binnen de onderneming van werkgever te duiden zijn. Hij adviseerde inzet van een tweedespoortraject. Uit een arbeidsdeskundige rapportage d.d. 26 april 2016 volgt dat de re-integratie-inspanningen van werkgever voldoende zijn. Voorts acht de arbeidsdeskundige werkneemster niet geschikt voor de maatgevende arbeid. Werkgever heeft de arbeidsovereenkomst bij brief van 24 juni 2016 opgezegd met ingang van 23 augustus 2016, na op 17 juni 2016 verkregen toestemming van het UWV. Werkneemster verzoekt werkgever te veroordelen de arbeidsovereenkomst te herstellen op grond van artikel 7:682 lid 1 onderdeel a BW, omdat de opzegging door werkgever in strijd is met artikel 7:669 lid 1 BW. Werkgever verweert zich.

De kantonrechter begrijpt de stellingen van werkneemster aldus, dat zij meent dat de opzegging in strijd is met artikel 7:669 lid 3 onderdeel b BW. Vast staat dat werkneemster ten tijde van de beslissing van het UWV 104 weken onafgebroken arbeidsongeschikt was. Dit levert op zichzelf een redelijke grond voor opzegging van de arbeidsverhouding op. Werkneemster heeft echter gesteld dat niet is voldaan aan de voorwaarden van artikel 7:669 lid 1 BW, omdat werkgever zich niet voldoende heeft ingespannen om werkneemster, al dan niet met scholing, binnen een redelijke termijn te herplaatsen en voorts het tweedespoortraject niet heeft ingezet. Allereerst verdient in dit verband aandacht dat A.,

arbeidsdeskundige van het UWV, in het deskundigenoordeel d.d. 23 oktober 2015 heeft geoordeeld dat de re-integratie-inspanningen van werkgever tot op dat ogenblik voldoende zijn. Vervolgens heeft de arbeidsdeskundige M. blijkens de rapportage van 25 februari 2016 specifiek gekeken naar passende werkzaamheden voor werkneemster binnen de onderneming van werkgever. De arbeidsdeskundige concludeerde dat er geen passende arbeidsmogelijkheden binnen de organisatie van werkgever te duiden zijn en adviseerde inzet van een tweedespoortraject. Dit laatste is klaarblijkelijk gebeurd, want de arbeidsdeskundige B. stelde in de rapportage van 26 april 2016 vast dat het eerstespoortraject is onderzocht en is afgerond en dat in het tweedespoortraject verschillende mogelijkheden zijn onderzocht en aanvullende scholing is ingezet en achtte de re-integratie-inspanningen van werkgever voldoende. De enkele stelling van werkneemster dat het 'onlogisch is te stellen dat zij niet kan re-integreren binnen de organisatie van werkgever, terwijl zij door de arbeidsdeskundige arbeidsgeschikt is verklaard om vergelijkbare werkzaamheden te verrichten', waarmee werkneemster kennelijk doelt op de vaststelling van haar arbeidsongeschiktheidspercentage op 0,00%, is in dit verband onvoldoende. Bedoeld oordeel van de arbeidsdeskundige ziet op de theoretische verdien capaciteit van werkneemster, dat wil zeggen dat zij in de door de arbeidsdeskundige benoemde functies evenveel of meer kan verdienen dan in haar functie bij werkgever het geval was. Dit laatste betekent echter niet dat zij dan arbeidsgeschikt is voor vergelijkbare functies bij werkgever, omdat het daarbij immers niet gaat om de verdien capaciteit, maar om de vraag of de functies, gegeven de medische beperkingen en de belastbaarheid van werkneemster, passend zijn. Voorts is de stelling van werkneemster dat werkgever het tweedespoortraject niet heeft ingezet, aantoonbaar onjuist. Gelet op het vorenstaande komt de kantonrechter tot het oordeel dat door werkneemster niet is aangetoond dat werkgever zich te weinig heeft ingespannen om werkneemster, al dan niet met behulp van scholing, binnen een redelijke termijn te herplaatsen. De kantonrechter zal het verzoek van werkneemster om de werkgever te veroordelen de arbeidsovereenkomst te herstellen daarom afwijzen.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 08-11-2016

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2016:8512

Zaaknummer: 5291487 VZ VERZ 16-17617

Rechters: K.J. Bezuijen

Advocaten: P.H.J. Körver en A. Rupp

Wetsartikelen: 7:669 lid 1 BW, 7:669 lid 3 onderdeel b BW, 7:670 lid 1 onderdeel a BW en 7:682 lid 1 onderdeel a BEW

RECHTSPRAAK

USG People The Netherlands BV/werknemer

Beperking duur concurrentiebeding. Werknemer heeft een wezenlijk belang bij een overstap naar het andere uitzendbureau. De kennis waarover werknemer beschikt veroudert bovendien in een snel veranderende markt als de uitzendmarkt.

Werknemer is in 2007 in dienst getreden bij USG People The Netherlands BV (hierna: USG), in de functie van financieel directeur. In zijn arbeidsovereenkomst is een concurrentiebeding opgenomen. Op 15 maart 2016 heeft werknemer USG op de hoogte gesteld van een aanbod aan hem van Olympia Nederland B.V. (hierna: Olympia) om daar in dienst te treden als CFO. USG heeft werknemer medegedeeld dat USG werknemer onverkort aan het concurrentiebeding wil houden. Op 31 maart 2016 heeft werknemer schriftelijk opgezegd bij USG. Werknemer vordert primair een verklaring voor recht dat hij het concurrentiebeding niet overtreedt door in dienst te treden bij Olympia. Subsidiair vordert hij schorsing van het concurrentiebeding. De voorzieningenrechter heeft de duur van het concurrentiebeding met ingang van 1 december 2016 geschorst. Tegen dit vonnis komt USG in hoger beroep. Werknemer heeft voldoende aannemelijk gemaakt dat hij een wezenlijk belang heeft bij een overstap naar Olympia. Hij zal daar een aanzienlijk hoger salaris (vast en variabel) ontvangen en krijgt de mogelijkheid om voor maximaal 1% te participeren in Olympia. Voorts is duidelijk dat werknemer er met de door hem beoogde overstap ook vakinhoudelijk in aanzienlijke mate op vooruit gaat doordat hij bij Olympia als CFO een bestuursfunctie zal krijgen, terwijl hij bij USG een directiefunctie had bij een van de *star brands* van USG. In die functie kon hij in het verleden rapporteren aan de raad van bestuur. Door de recente invoering van de landenstructuur binnen USG is er tussen de directies van de *star brands* en de raad van bestuur van USG een nieuwe managementlaag geschoven, de Country Directie, waardoor werknemer nog verder van het bestuurlijk niveau binnen USG af kwam te staan. Als Financieel Directeur van Unique diende hij in deze nieuwe structuur aan de Country Directie te rapporteren en niet meer aan de raad van bestuur. De functie van CFO bij Olympia maakt dat werknemer niet alleen op financieel gebied de bestuurlijke eindverantwoordelijkheid zal krijgen, maar ook medeverantwoordelijk zal worden voor het strategisch beleid van Olympia. Een dergelijke doorgroei of een andere

wezenlijke positieverbetering is voor werknemer bij USG de facto, gelet op het feit dat functies met doorgroeimogelijkheden recentelijk aan anderen zijn vergeven, voorlopig niet mogelijk. USG heeft voldoende aannemelijk gemaakt dat Olympia op de Nederlandse uitzendmarkt met USG concurreert, in ieder geval ten aanzien van bepaalde categorieën personeel. Het hof trekt uit hetgeen partijen hierover naar voren hebben gebracht echter ook de conclusie dat Olympia om meerdere redenen niet kan worden beschouwd als een grote en overwegend directe concurrent van USG. In de eerste plaats is USG vele malen groter dan Olympia, de omzet van USG is ruwweg acht keer groter dan die van Olympia. Bovendien opereert USG op de internationale markt en Olympia alleen op de Nederlandse markt. Werknemer beschikte als Financieel Directeur van Unique over specifieke kennis op het terrein van kostprijzen, rendement en indirecte kosten. Dergelijke kennis en informatie is concurrentiegevoelig, maar verouderd ook in een snel veranderende markt als de uitzendmarkt. Het feit dat USG tweemaal per jaar de standaardkostprijsfactor bepaalt, laat dat zien en heeft tot gevolg dat werknemers kennis op dat terrein betrekkelijk snel zal verouderen. Juist omdat die kostprijs maar uit enkele vaste elementen bestaat en de hoogte van de andere elementen wordt bepaald op basis van nadere analyse, die moet aansluiten bij de ontwikkelingen in de markt, zal de relevantie van de kennis van werknemer betrekkelijk snel verouderen. Bovendien heeft USG de stelling van werknemer dat deze markt op het vlak van prijsstelling onder druk staat en transparant is, waardoor veel kennis van openbare aard is of bekend bij specialisten, onvoldoende weerlegd. Kennis over sectorindeling, fiscale aspecten en procesoptimalisatie is op zichzelf gezien belangrijke kennis, maar kan niet worden beschouwd als specifieke, bedrijfsgevoelige kennis die thuishoort in deze belangenafweging. Deze kennis behoort immers tot het repertoire van managers in de uitzendbranche die op hetzelfde niveau werken als werknemer bij USG en die daarvoor bovendien ook nog specialisten kunnen inhuren. Ten slotte overweegt het hof dat werknemer heeft gesteld dat zeven collega's die bij USG op een vergelijkbaar functieniveau werkten in het (recente) verleden met matiging of terzijdestelling van het concurrentiebeding mochten vertrekken, ook naar andere uitzendorganisaties. Doordat USG deze stelling van werknemer maar zeer ten dele heeft betwist, moet het ervoor worden gehouden dat USG in vergelijkbare gevallen andere maatstaven heeft gehanteerd en kennelijk minder zwaar tilde aan integrale handhaving van het concurrentiebeding. USG kan daar gegronde redenen voor hebben gehad, bijvoorbeeld doordat zij bij die medewerkers het initiatief heeft genomen om te komen tot beëindiging van de arbeidsrelatie, maar dat laat onverlet dat de aantasting van haar bedrijfsdebet voor USG geen beletsel vormde om deze medewerkers met een vergelijkbare positie als werknemer toch te ontheffen uit hun verplichtingen uit het concurrentiebeding. Op grond van de hiervoor genoemde belangen van werknemer enerzijds en USG anderzijds is handhaving van het concurrentiebeding voor de volle duur van 12 maanden onder de omstandigheden van dit geval voor werknemer onredelijk

bezwarend. De voorzieningenrechter heeft om die reden op juiste gronden de duur van dit beding met ingang van 1 december 2016 geschorst.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 08-11-2016

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2016:8955

Zaaknummer: 200.196.888/01

Rechters: H. de Hek, W. Breemhaar en D.J. Keur

Advocaten: F.B.J. Grapperhaus en L.J. de Vroe

Wetsartikelen: 7:653 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Nimo dog events security B.V.

Het verrichten van (deels concurrerende) nevenwerkzaamheden, zonder dit te melden bij werkgever leidt tot rechtsgeldig gegeven ontslag op staande voet. Geen transitievergoeding.

Werknemer is sedert 3 oktober 2011 in dienst van Nimo, laatstelijk in de functie van coördinator beveiliging tegen een loon van € 2.104,13 bruto per maand exclusief vakantiebijslag. In de door partijen ondertekende arbeidsovereenkomst is onder meer een verbod tot het verrichten van nevenactiviteiten opgenomen. ENCI is een vaste opdrachtgever van Nimo. Op zaterdag 11 juni 2016 heeft werknemer op de locatie van ENCI te Maastricht werkzaamheden verricht, te weten het bewaken van de parkeerplaats van ENCI ten behoeve van het evenement 'Nightshift', in rechtstreekse opdracht van de derde die dit evenement organiseerde, zonder Nimo daarover in te lichten. Op maandag 13 juni 2016 heeft de heer X, bestuurder van Nimo, met werknemer hierover gesproken. Vervolgens heeft Nimo werknemer bij brief van 13 juni 2016 meegedeeld dat hij op non-actief is gesteld wegens het vermoeden van een ernstig vergrijp en het overtreden van de door de werkgever vastgestelde voorschriften en reglementen. Bij brief van 14 juni 2016 heeft werknemer de reden van de op non-actiefstelling betwist en zich bereid en beschikbaar gehouden voor het verrichten van arbeid. Op 15 juni 2016 is werknemer op staande voet ontslagen. In de brief staat onder meer dat werknemer als zzp'er diensten aanbiedt aan derden als beveiliging, zonder Nimo hiervan op de hoogte te stellen. Bij brieven van 17 en 23 juni 2016 heeft de gemachtigde van werknemer meegedeeld dat werknemer niet instemt met het ontslag op staande voet, en de nietigheid daarvan ingeroepen. Werknemer verzoekt onder meer (1) vernietiging van het ontslag op staande voet en wedertewerkstelling en subsidiair, betaling door Nimo van een transitievergoeding. Nimo heeft verweer gevoerd en doet, onder de voorwaarde dat het primaire verzoek van werknemer wordt toegewezen, het verzoek de arbeidsovereenkomst met werknemer te ontbinden.

De rechter oordeelt als volgt. Dat het ontslag op staande voet onverwijld is gegeven, staat niet ter discussie. De dringende reden die in de ontslagbrief is meegedeeld en dus moet worden beoordeeld, is dat werknemer op 11 juni 2016 nevenwerkzaamheden als beveiliging heeft

verricht waarvoor hij geen toestemming aan Nimo heeft gevraagd en dat gebleken is dat werknemer reeds eerder, met gebruikmaking van de bedrijfscomputer van ENCI, zonder Nimo daarover in te lichten, nevenwerkzaamheden als beveiliging heeft verricht, en daartoe zelfs een eenmanszaak exploiteert. Vast staat dat werknemer aan Nimo nooit enige opgave van nevenwerkzaamheden heeft gedaan, terwijl hij die wel heeft verricht, en evenmin toestemming heeft gevraagd en verkregen voor het verrichten van de werkzaamheden op 11 juni 2016. Werknemer was op de hoogte van de geldende regels met betrekking tot het melden van nevenwerkzaamheden, aangenomen moet dan ook worden dat hij deze willens en wetens heeft overtreden. Gebleken is dat de nevenwerkzaamheden zich niet hebben beperkt tot de genoemde evenementen, ENCI Bergloop en Nightshift. Werknemer had, objectief beschouwd, moeten begrijpen dat beveiligingswerkzaamheden (tegen betaling) het belang van Nimo *kunnen* raken als bedoeld in artikel 2 van de arbeidsovereenkomst en dus bij Nimo gemeld dienen te worden. Het complex van voornoemde feiten en omstandigheden levert grond op voor een ontslag op staande voet. Nimo kon in redelijkheid beslissen dat van haar niet kon worden gevergd de arbeidsovereenkomst met werknemer te laten voortduren. Het ontslag heeft weliswaar ingrijpende en nadelige gevolgen voor werknemer, maar daartegenover staat dat werknemer het vertrouwen dat Nimo in hem moet kunnen stellen in ernstige mate heeft geschaad. Werknemer heeft subsidiair verzocht om Nimo te veroordelen een transitievergoeding te betalen van € 3.409 bruto. Hoewel een dringende reden niet zonder meer samenvalt met ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer, leveren de feiten en omstandigheden die de dringende reden vormen in dit geval ook een dergelijke ernstige verwijtbaarheid op. Immers, die feiten en omstandigheden zijn van dien aard dat het eindigen van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van handelen of nalaten van werknemer dat als ernstig verwijtbaar moet worden aangemerkt. Nu de voorwaarde waaronder Nimo het zelfstandig tegenverzoek heeft ingediend niet is vervuld, komt de kantonrechter niet toe aan een inhoudelijke beoordeling van het zelfstandig verzoek van Nimo.

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 04-10-2016

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2016:8597

Zaaknummer: 5289357 AZ VERZ 16-166 en 5395892 AZ VERZ 16-193

Rechters: E.P. van Unen

Advocaten: M. Rahnema'i en E.P.B. Moors

Wetsartikelen: 7:677 BW en 7:678 lid 1 BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/P+S Plantlab B.V.

Brief ‘betreft: einde dienstverband’ die aan werkneemster wordt uitgereikt op de bijeenkomst om ‘gedag te kunnen zeggen’ is aan te merken als opzeggingsbrief van werkgever. Billijke vergoeding van € 250.

De werkneemster is op 6 juni 2006 in dienst getreden bij de werkgever en vervulde laatstelijk de functie van lab-medewerkster voor 24 uur per week (€ 842,50 per maand excl. emolumenten). De werkneemster is op 7 januari 2014 arbeidsongeschikt geraakt. Per 5 januari 2016 is aan haar een WIA-uitkering toegekend. Op 12 januari 2016 is een bijeenkomst met collega's voor de werkneemster georganiseerd door de werkgever om 'gedag te kunnen zeggen'. Op deze bijeenkomst heeft de werkneemster van een PZ-medewerker een brief ontvangen waarin onder meer staat opgenomen: 'Betreft: einde dienstverband (...) dit jaar zou je 10 jaar in dienst geweest zijn, helaas is dat niet gelukt. [...] Jij had het hier ook altijd prima naar je zin en het is jammer dat de omstandigheden ons dwingen om vandaag elkaar gedag te moeten zeggen. De afhandeling van je salaris zal deze maand plaatsvinden. Eventuele nog openstaande vakantiedagen zullen samen met je restant vakantiegeld naar je worden overgemaakt.' Kort daarna heeft de werkneemster een salarisspecificatie ontvangen van de werkgever op welke ook is vermeld: 'Datum uit dienst: 04-01-2016'. Na enkele berichten tussen werkneemster en werkgever heeft de werkneemster op 10 maart 2016 een verzoek ex artikel 7:681 BW gedaan om ten laste van de werkgever onder meer een billijke vergoeding, transitievergoeding en vergoeding wegens onregelmatige opzegging toe te kennen.

De kantonrechter is van oordeel dat de werkgever met de brief van 12 januari 2016 de arbeidsovereenkomst heeft opgezegd en de werkneemster heeft deze brief ook als een opzegging kunnen en mogen opvatten. Voor de werkneemster is op 12 januari 2016 een afscheidsbijeenkomst met collega's georganiseerd, waarbij behalve de collega's ook haar leidinggevende en een medewerkster van PZ aanwezig waren. Tijdens deze bijeenkomst kreeg zij verder de bewuste brief overhandigd. Gesteld noch gebleken is dat daarbij tegen de werkneemster is gezegd dat dit uitsluitend en alleen een 'bedankbrief' betrof. Evenmin is gesteld noch gebleken dat aan haar op enigerlei wijze is verteld dat er nog een nader contact

zou plaatsvinden om de formele beëindiging van het dienstverband te regelen. De inhoud van die brief betreft een opzegging. De brief begint immers met de woorden: 'Betreft: einde dienstverband'. Voorts wordt in de brief aangegeven dat de werkneemster haar 10-jarig dienstverband niet gaat halen, er gedag wordt gezegd en dat er een eindafrekening wordt opgemaakt. Ook wordt meegedeeld dat de openstaande vakantiedagen en het vakantiegeld worden uitbetaald. De conclusie moet zijn dat uit niets is gebleken dat de brief uitsluitend bedoeld was als 'bedankbrief'. Het staat voorts vast dat ná 12 januari 2016 geen enkel contact meer is gezocht met de werkneemster, ook geen uitnodiging om de stappen naar een formele beëindiging te bespreken. De werkgever heeft met de brief de arbeidsovereenkomst met de werkneemster opgezegd per 12 januari 2016. Er is geen sprake van een verleende ontslagvergunning noch van een wederzijds goedvinden (zie art. 7:671a lid 1 en 7:671 BW). De geldende opzegtermijn is niet in acht genomen. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de werkneemster, naast de toewijsbare transitievergoeding (waarover tussen partijen geen discussie bestaat), aanspraak kan maken op de vergoeding wegens onregelmatig ontslag als bedoeld in artikel 7:672 lid 9 BW. Het staat vast dat, gelet op het voor overwogene, de arbeidsovereenkomst niet rechtsgeldig is opgezegd. De werkneemster heeft daarom in beginsel op goede gronden verzocht om toekenning van de billijke vergoeding zoals bedoeld in artikel 7:681 BW. Er is geen discussie over het feit dat de werkneemster meer dan twee jaar arbeidsongeschikt is en dat het ontslag grondslag vindt in artikel 7:669 lid 3 onderdeel b BW. Het is ook aannemelijk te achten dat het UWV een ontslagvergunning zou hebben verleend. Het handelen van de werkgever is dan ook vooral heel onzorgvuldig geweest. De kantonrechter acht een vergoeding van € 250 netto billijk, gelet op de specifieke omstandigheden van dit geval, zoals hiervoor vermeld, en naast de hiervoor bedoelde vergoeding wegens onregelmatige opzegging.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 13-05-2016

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2016:8888

Zaaknummer: 4907262 AO VERZ 16-99

Rechters: L.M. de Vries

Advocaten: D.H.J. van Roeters Lennep en S.G.E. van Ruitenbeek

Wetsartikelen: 7:671 BW, 7:672 BW en 7:681 BW

RECHTSPRAAK

Koninklijke Schelde Groep BV/X

Tussenarrest. Termijn instellen beroep in cassatie.

Het gaat in deze zaak om een tussenarrest inzake aansprakelijkheid voor ziekte en overlijden door werken met asbest. Op de rol van 26 februari 2013 heeft Koninklijke Schelde Groep BV (hierna: De Schelde) bij H16-formulier het hof – kort gezegd – verzocht te bepalen dat tegen het tussenarrest van 18 december 2012 tussentijds beroep in cassatie kan worden ingesteld, alsmede dat in afwachting van de beslissing van het hof op dit verzoek, werknemer een uitstel wordt verleend voor het indienen van de akte na tussenarrest dan wel dat de procedure bij het hof wordt aangehouden in afwachting van de procedure in cassatie. In de toelichting op haar verzoek heeft De Schelde – kort gezegd – aangegeven dat op de dag waarop het hof het genoemde tussenarrest heeft gewezen, het Hof Den Haag in twee andere, soortgelijke zaken eindarrest heeft gewezen. Vanwege het principiële karakter van die zaken (verjaringsdiscussie bij asbest) acht De Schelde het wenselijk dat in alle drie de zaken tegelijkertijd beroep in cassatie wordt ingesteld.

Het hof oordeelt hieromtrent als volgt. Geconstateerd wordt dat ingevolge het bepaalde in artikel 402 lid 1 Rv, het beroep in cassatie in dit geval moet worden ingesteld binnen drie maanden, te rekenen van de dag van de uitspraak, te weten 18 december 2012, alsmede dat de termijn voor het instellen van het beroep in cassatie derhalve inmiddels is verstreken. Een medewerkster van het advocatenkantoor van mr. Van Zinnicq Bergmann heeft op 4 april 2013 desgevraagd telefonisch medegedeeld dat van de zijde van De Schelde geen beroep in cassatie is ingesteld en dat het verzoek om tussentijds beroep in cassatie open te stellen daarom wordt ingetrokken. Een medewerkster van het advocatenkantoor van mr. Ruers had op 26 maart 2013 al op verzoek telefonisch medegedeeld dat van de zijde van werknemer geen beroep in cassatie is ingesteld. Gelet op het vorenstaande, zal het hof de zaak verwijzen naar de rol van 23 april 2013, zodat De Schelde en de erflater van werknemer de hiervoor bedoelde mededelingen bij akte kunnen bevestigen. Gezien het door De Schelde ten behoeve van werknemer gedane verzoek om uitstel, zal het hof tevens bepalen dat de zaak daarna wordt verwezen naar de rol van 21 mei 2013 voor het alsnog nemen van de akte aan de zijde van werknemer met de in het tussenarrest van 18 december 2012 onder 4.52 vermelde doeleinden,

waarna De Schelde in de gelegenheid zal worden gesteld hierop bij antwoordakte te reageren.
Iedere verdere beslissing zal worden aangehouden.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 09-04-2013

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2013:1478

Zaaknummer: HD 200.076.627-01

Rechters: C.M. Aarts, M.G.W.M. Stienissen en M. van Ham

Advocaten: J. van Zinnicq Bergmann en R.F. Ruers

Wetsartikelen: 402 Rv

RECHTSPRAAK

Koninklijke Schelde BV/X

Schadevergoeding toegekend in verband met aansprakelijkheid voor ziekte en overlijden werknemer door het werken met asbest. Causaal verband aangenomen. Werkgever heeft bovendien zorgplicht geschonden.

Werknemer is van 31 augustus 1959 tot 15 maart 1967 bij Koninklijke Schelde Groep BV (hierna: De Schelde) in dienst geweest met een onderbreking van 20 maanden voor de vervulling van zijn militaire dienstplicht. Tijdens zijn werkzaamheden voor De Schelde is werknemer blootgesteld geweest aan asbeststof. Op 9 juli 2007 is bij werknemer de diagnose maligne mesotheliom in de vorm van longvlieskanker gesteld. Bij brief van 12 november 2007 heeft werknemer De Schelde aansprakelijk gesteld voor de materiële en immateriële schade van zijn ziekte. Bij brief van 8 juli 2008 heeft Allianz, als verzekeraar van De Schelde, de aansprakelijkheid van de hand gewezen. Werknemer vordert voor recht te verklaren dat De Schelde jegens hem op grond van artikel 7:658 BW verwijtbaar tekort is geschoten en daardoor jegens hem schadeplichtig is geworden en De Schelde te veroordelen om zijn schade te vergoeden, zowel zijn immateriële schade begroot op € 60.000 als zijn geleden en nog te lijden materiële schade, nader op te maken bij staat, een en ander te vermeerderen met rente en kosten. Op 7 juni 2009 is werknemer overleden. X heeft de procedure zowel voor zichzelf als in haar hoedanigheid van erfgename van werknemer voortgezet. De kantonrechter heeft de vorderingen van werknemer toegewezen. Tegen dit vonnis komt De Schelde in hoger beroep.

Het hof oordeelt als volgt. Tussen partijen staat vast dat de absolute verjaringstermijn van 30 jaar ex artikel 3:310 lid 2 BW ruimschoots was verstreken op het moment dat De Schelde door werknemer aansprakelijk werd gesteld. Verjaring dient de hoofdregel te zijn en, gelet op het absolute karakter hiervan, kan het oordeel dat het beroep op verjaring naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, alleen bij uitzondering worden gehonoreerd. Beoordeling van de gezichtspunten die door de Hoge Raad in het arrest van 28 april 2000 (ECLI:NL:HR:2000:AA5635 (Van Hese/De Schelde)) zijn geformuleerd, leidt tot de conclusie dat in dit geval sprake is van een dergelijke uitzondering, zodat het beroep op verjaring in dit geval onaanvaardbaar is. Vervolgens dient beoordeeld te worden of werknemer schade heeft

opgelopen in de uitoefening van de werkzaamheden. Tussen partijen staat vast dat werknemer tijdens zijn dienstverband bij De Schelde blootgesteld is geweest aan asbeststof. Daarbij is het niet van belang aan welke soort asbest werknemer blootgesteld is geweest. Uit de stelling van De Schelde dat wit asbest minder gevaarlijk is dan blauw asbest, volgt niet dat wit asbest niet gevaarlijk is. Uit de door De Schelde aangehaalde literatuur blijkt niet dat in de hier van belang zijnde periode, te weten tijdens het dienstverband van werknemer, algemeen werd aangenomen dat zonder risico op gezondheidsschade met wit asbest gewerkt kon worden. De Schelde was ervan op de hoogte, althans moest er redelijkerwijs van op de hoogte zijn, dat het werken met asbest als zodanig, dus zonder dat onderscheid werd gemaakt naar soort, gevaarlijk was voor de gezondheid. De toenmalige bedrijfsarts van De Schelde heeft immers zowel in zijn proefschrift van 1969 als in een andere publicatie vermeld dat alle soorten asbest op zich kankerverwekkend zijn en zowel verwekker kunnen zijn van asbestose als van mesothelioom. Er is bovendien sprake van een causaal verband tussen de blootstelling aan asbest en het oplopen van de ziekte mesothelioom. Anders dan De Schelde kennelijk meent behoeft X niet met 100% zekerheid te bewijzen dat de ziekte mesothelioom is veroorzaakt door een van De Schelde afkomstige asbestvezel. Gelet op de jarenlange, en naar het hof aanneemt dagelijkse blootstelling van werknemer aan asbeststof tijdens zijn werk bij De Schelde, is het zeer aannemelijk dat de ziekte mesothelioom daardoor is veroorzaakt, hetgeen voldoende is om in dit geval van het causaal verband uit te gaan. Voorts is de schending van de zorgplicht aanleiding om in dit geval het oorzakelijk verband aan te nemen. Werknemer is immers gedurende zijn gehele dienstverband bij De Schelde, dus gedurende een periode van ruim zeven jaar, blootgesteld aan een voor de gezondheid zeer gevaarlijke stof. De Schelde stelt terecht dat het in beginsel eerst aan de werknemer is om te bewijzen dat hij schade heeft geleden in de uitoefening van de werkzaamheden en dat pas daarna de werkgever dient te bewijzen dat hij de zorgplicht is nagekomen. Het hof ziet in de omstandigheden van het geval echter aanleiding om op die zorgplicht vooruit te lopen, gelet op enerzijds het feit dat werknemer gedurende vele jaren is blootgesteld aan asbest, waarvan De Schelde wist dat dit een stof is die een groot gevaar op gezondheidsschade oplevert, en zij anderzijds onvoldoende maatregelen heeft getroffen om die schade te voorkomen. De Schelde zich had dienen te realiseren dat zij niet kon wachten op door de overheid te stellen veiligheidsnormen. Om die reden kon De Schelde ook niet afwachten wat andere met asbest werkende ondernemingen al dan niet aan maatregelen namen. De Schelde was er immers van op de hoogte, althans behoorde ervan op de hoogte te zijn, dat de blootstelling aan asbest kon leiden tot gezondheidsschade in de meest ernstige vorm, te weten dat er een in aanmerking te nemen risico op een ernstige ziekte en overlijden ontstaat als gevolg van die blootstelling. Gelet op deze uiterste consequentie, in het licht van het feit dat De Schelde klaarblijkelijk in ruime mate met asbest werkte, had De Schelde zelf nader dienen te bepalen hoe zij

gezondheidsschade kon (trachten te) voorkomen, hetgeen zij klaarblijkelijk heeft nagelaten. De Schelde heeft aldus niet aan haar zorgplicht voldaan.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 18-12-2012

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2012:5659

Zaaknummer: HD 200.076.627-01

Rechters: C.A.M. Walsteijn, C.M. Aarts en M. van Ham

Advocaten: J. van Zinnicq Bergmann en R.F. Ruers

Wetsartikelen: 7:658 BW en 3:310 BW

RECHTSPRAAK

Algemene Centrale van Overheidspersoneel c.s./De Staat der Nederlanden

Is de overlegverplichting ex artikel 1 RROP van toepassing op een initiatiefwetsvoorstel?

Het (initiatief)wetsvoorstel ‘Wet normalisering rechtspositie ambtenaren’ is op 4 februari 2014 door de Tweede Kamer en op 8 november 2016 door de Eerste Kamer aangenomen. Thans vorderen de Ambtenarencentrales de Staat te gebieden de Ambtenarencentrales binnen één week na het vonnis uit te nodigen voor overleg in de zin van artikel 1 RROP met betrekking tot het wetsvoorstel en de Staat te verbieden het wetsvoorstel te bekrachtigen voordat overleg in de zin van artikel 1 RROP heeft plaatsgevonden. Daartoe voeren de Ambtenarencentrales het volgende aan. Ingevolge het bepaalde in artikel 1 (lid 1 en 2) RROP is de minister verplicht om over het wetsvoorstel open en reëel en op overeenstemming gericht overleg te voeren met de Ambtenarencentrales. Ondanks verschillende verzoeken, weigert de minister echter daartoe over te gaan. Het tot stand brengen van de wet zonder bedoeld overleg is onrechtmatig. De Staat voert gemotiveerd verweer.

De voorzieningenrechter oordeelt als volgt. Voor de goede orde wordt vooropgesteld dat de Ambtenarencentrales zich niet op het standpunt stellen dat de Staat onrechtmatig handelt doordat de minister voorafgaand aan de stemming door de Eerste Kamer over het wetsvoorstel overleg ex artikel 1 RROP heeft geweigerd. Volgens hen ontstaat die overlegverplichting in geval van een initiatiefwetsvoorstel eerst op het moment dat de Eerste Kamer het wetsvoorstel heeft aangenomen. De Staat heeft als verweer gevoerd dat de overlegverplichting ex artikel 1 RROP niet van toepassing is ten aanzien van een initiatiefwetsvoorstel. De voorzieningenrechter overweegt daarover het volgende. Het wetsvoorstel betreft een initiatiefwetsvoorstel, zodat de invloed daarop van de zijde van de regering beperkt is. Voor haar is in feite geen rol weggelegd totdat de Eerste Kamer het wetsvoorstel heeft aangenomen. Daarna dient de regering enkel te besluiten of tot bekrachtiging zal worden overgaan, zonder mogelijkheid tot wijziging van het wetsvoorstel (art. 87 lid 1 Gw). De huidige minister – wiens standpunt hier ter toetsing voorligt – heeft in zijn brieven van 29 januari 2014, 26 maart 2014 en 29 september 2016 telkens aangegeven dat ter zake van het wetsvoorstel op hem op geen

enkel moment de overlegverplichting ex artikel 1 RROP rust, aangezien het een initiatiefwetsvoorstel betreft. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter volgt de juistheid van die opvatting van de huidige minister uit de totstandkomingsgeschiedenis van de RROP. In de nota van toelichting is immers uitdrukkelijk opgenomen dat het verplichte overleg betrekking heeft op kabinetsvoorstellen. Aangenomen moet worden dat een dergelijke expliciete aanduiding niet zou zijn opgenomen indien bedoeld is dat de overlegverplichting voor zowel kabinetswetsvoorstellen als initiatiefwetsvoorstellen geldt. Daarnaast brengt ook de ratio van de RROP mee dat de overlegverplichting niet van toepassing is in geval van een initiatiefwetsvoorstel. De op de minister rustende overlegverplichting vloeit namelijk voort uit het feit dat de minister een ‘dubbele’ rol vervult, namelijk die van wetgever en die van werkgever. In geval van een kabinetswetvoorstel kan de minister – als wetgever – de uitkomsten van een overleg ex artikel 1 RROP – waaraan hij in zijn rol van werkgever deelneemt – implementeren in het wetsvoorstel. Zoals al aangegeven kan hij dat niet bij een initiatiefwetsvoorstel. Voorts strekt de regeling ertoe te voorkomen dat de minister – als wetgever – op een eenvoudige wijze eenzijdig en zonder ruggespraak met werknemersorganisaties wijzigingen doorvoert in arbeidsvoorwaarden van ambtenaren. Aan het beroep van de Ambtenarencentrale op artikel X van het wetsvoorstel wordt voorbijgegaan. Ook de verwijzing door de Ambtenarencentrales naar de brieven van voormalige ministers leiden niet tot een ander oordeel. Daarvoor is allereerst van belang dat in het onderhavige geschil uitsluitend het standpunt van de huidige minister ter toetsing voorligt. Bovendien volgt naar het oordeel van de voorzieningenrechter de juistheid van de zienswijze van de Ambtenarencentrales niet uit bedoelde brieven. Reeds op grond van het bovenstaande zullen de vorderingen van de Ambtenarencentrales worden afgewezen.

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 17-11-2016

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2016:13777

Zaaknummer: C/09/520566 / KG ZA 16-1297

Rechters: G.H.I.J. Hage

Advocaten: S.F. Sagel en M.B. den de Witte-van Haak

Wetsartikelen: 1 RROP

RECHTSPRAAK

Krijco Casino Holding B.V./werknemer

Ontbinding wegens verwijtbaar handelen en verstoorde arbeidsverhouding afgewezen. De overtredingen van werknemer zijn begrijpelijk en gepleegd vanuit het bedrijfsbelang en/of zeer beperkt van aard. Daarbij speelt mee dat werknemer een zelfstandig opererende vestigingsmanager was die onder invloed van het nieuwe management (een deel van) zijn vrijheid moest inleveren. Dat vergt enige aanpassingstijd en werkgever moet daar gelegenheid toe bieden.

Op 3 januari 2011 is werknemer bij Krijco in dienst getreden en vervult thans de functie van vestigingsmanager. Vanaf oktober 2015 zijn er wijzigingen binnen de organisatie van Krijco doorgevoerd. Als gevolg van de wijzigingen heeft werknemer een nieuwe direct leidinggevende gekregen, de heer A. Op 14 januari 2016 heeft werknemer een eerste officiële schriftelijke waarschuwing gekregen. Op 10 februari 2016 volgt er een tweede schriftelijke waarschuwing. Vanaf 10 maart 2016 is werknemer arbeidsongeschikt. Bedrijfsarts stelt in verband met de arbeidsongeschiktheid van werknemer voor dat partijen het arbeidsconflict oplossen. Derhalve heeft Krijco mediation voorgesteld. Thans verzoekt Krijco de arbeidsovereenkomst te ontbinden wegens (ernstig) verwijtbaar handelen of een verstoorde arbeidsverhouding. Krijco voert hiervoor het volgende aan. De handelwijze van werknemer is ernstig verwijtbaar, omdat hij de regels voortdurend negeert, hij geen overleg voert met A, hij gemaakte afspraken niet nakomt en hij volledig naar zijn eigen inzicht handelt. Door deze gang van zaken is een ernstig verstoorde arbeidsrelatie ontstaan en een diepgeworteld gebrek aan vertrouwen. Werknemer voert gemotiveerd verweer.

De kantonrechter oordeelt als volgt. De kantonrechter stelt voorop dat werknemer onbestreden heeft gesteld dat sinds zijn in dienst treden zijn functioneren nimmer onderwerp van kritiek is geweest. Integendeel, de vestiging was op zo grote afstand gelegen van het hoofdkantoor dat hij in grote mate de vrijheid kreeg om zijn werk naar eigen inzicht in te richten. Het gevolg was dat hij kosten wist te beperken en de omzet te verhogen. Pas vanaf het moment dat er wijzigingen zijn doorgevoerd in de organisatie (oktober 2015) en werknemer

als gevolg daarvan een nieuwe manager kreeg in de persoon van A (officieel vanaf 24 december 2015) worden er verwijten gemaakt aan het adres van werknemer. Feitelijk doen zich binnen anderhalve maand nadat A formeel is aangesteld als zijn leidinggevende twee voorvallen voor die beide leiden tot een zogenaamde officiële schriftelijke waarschuwing. Deze worden gegeven op respectievelijk 14 januari 2016 en op 10 februari 2016. Met betrekking tot de eerste waarschuwing oordeelt de kantonrechter als volgt. Duidelijk is dat werknemer de nodige privileges en vrijheden had binnen de oude organisatievorm. Het is ook duidelijk geworden dat werknemer die vrijheden en privileges inzette om zijn werk als vestigingsmanager goed uit te voeren. Zo heeft hij ervoor gekozen om twee nieuwe medewerkers aan te trekken. Uit een overgelegde e-mail van B blijkt dat deze daarvan op de hoogte was. Uit de e-mail blijkt niet van enig bezwaar tegen het aannemen van deze mensen. Ten aanzien van het zelf fabriceren van de twee arbeidscontracten en het ondertekenen namens Krijco heeft werknemer in dit kader voldoende aannemelijk gemaakt dat dit een noodgreep was. Als gevolg van de in de organisatie doorgevoerde wijzigingen was het HR immers niet gelukt om de contracten voor werknemer te maken. Dit geldt ook voor de tweede officiële waarschuwingsbrief. Feit is dat werknemer beschikte over een stuwmeer aan snipperuren en dat hij met zijn vorige manager had afgesproken dat hij dit stuwmeer moest afbouwen. Vervolgens verwijt de nieuwe manager hem dat hij zich te vaak uitroosterde of dat hij zich uitroosterde en daarna toch weer kwam werken. Hier lijkt sprake van een contradictie. Moest hij nu zijn stuwmeer aan verlofdagen afbouwen, of toch niet? Het is de kantonrechter niet helemaal duidelijk, en wellicht werknemer ook niet. Krijco is van mening dat werknemer door het opnemen van deze vakantie in strijd heeft gehandeld met haar regels en ook in strijd heeft gehandeld met zijn re-integratieverplichtingen. Hiertegen heeft werknemer aangevoerd dat hij de vakantie heeft opgegeven maar geen reactie heeft gehad van de organisatie, zodat hij ervan uitging dat het akkoord was. Dit was ook zo het geval binnen de oude organisatievorm. Bovendien had werknemer de vakantie met zijn vervanger besproken, aldus werknemer, hetgeen in het verleden ook zo gebeurde. Daarbij moet ook nog bedacht worden dat hij op dat moment arbeidsongeschikt was en niet was ingeroosterd voor het verrichten van arbeid. Krijco heeft dus geen nadeel gehad van deze vakantie in de vorm van roosterproblemen. Het vorenstaande in onderlinge samenhang bezien leidt tot de conclusie dat werknemer wellicht op onderdelen de nieuwe bedrijfsregels niet heeft nageleefd. Maar de overtredingen zijn begrijpelijk en gepleegd vanuit het bedrijfsbelang en/of zeer beperkt van aard. Daarbij speelt mee dat werknemer een betrekkelijk zelfstandig opererende vestigingsmanager was die onder invloed van het nieuwe management (een deel van) zijn vrijheid moest inleveren. Dat vergt enige aanpassingstijd en een behoorlijk optredende werkgever geeft daartoe ook de gelegenheid, eventueel in combinatie met een aantal gesprekken en een vorm van begeleiding. In dit geval is de tijd om zich aan te passen echter niet gegeven, en evenmin is er sprake

geweest van gesprekken en begeleiding. Krijco is derhalve tekortgeschoten in haar verplichtingen als goed werkgever. De conclusie is dan ook dat deze verwijten niet leiden tot ontbinding wegens verwijtbaar handelen. Ook ontbinding wegens een verstoorde arbeidsverhouding wordt afgewezen. Van een ernstige en duurzame verstoring is niet gebleken. Het mediationtraject was immers nog niet eens in gang gezet. Daar komt bij dat voor zover er al sprake zou zijn van een verstoorde arbeidsverhouding dit door het gedrag van Krijco is veroorzaakt.

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 15-11-2016

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2016:9832

Zaaknummer: 5386773 \ AZ VERZ 16-346

Rechters: R.A.J. van Leeuwen

Advocaten: K.L.M. Kaldenbach en E.C.E. van Heel

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

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgever

Cateringmedewerker vordert betaling van overuren, maar van een opdracht van werkgever om buiten normale arbeidstijd werk te verrichten is geen sprake geweest. Werknemer kan niet volstaan met de overlegging van een door hemzelf opgesteld Excel-bestand met gemaakte overuren.

Werknemer is op 1 september 2007 in dienst getreden bij werkgever. Op de arbeidsovereenkomst is van toepassing de CAO voor het Horecabedrijf (hierna: de cao). Werknemer heeft de arbeidsovereenkomst opgezegd tegen 1 oktober 2015. Bij brief van 12 oktober 2015 maakt werknemer aanspraak op uitbetaling van 2492 gewerkte overuren conform artikel 3.12 van de cao. Werkgever laat op 17 december 2015 weten dat de arbeidsovereenkomst reeds is geëindigd en dat een correcte eindafrekening is verstrekt. Werknemer vordert veroordeling van werkgever tot betaling van onder meer € 35.437,50 bruto aan 2162,12 overuren en € 959,05 bruto aan salaris over september 2015. Werknemer stelt daartoe dat overuren die niet in tijd zijn gecompenseerd volgens de cao tot en met 2184 uur per jaar op basis van 100% moeten worden uitbetaald en daarboven op basis van 150% van het uurloon. Voorts is in geschil wanneer de arbeidsovereenkomst is beëindigd. Werknemer gaat uit van 1 oktober 2015 en werkgever van 16 september 2015.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Onweersproken staat vast dat werknemer op 6 september 2015 aan werkgever heeft medegedeeld dat hij per 1 oktober 2015 elders werkzaam zou zijn. Niet is gebleken dat werkgever zich op het standpunt heeft gesteld dat het dienstverband op initiatief van werknemer al met ingang van 16 september 2015 is geëindigd. Van een werkgever mag verwacht worden dat een andersluidende einddatum van het dienstverband direct schriftelijk zou worden bevestigd. Door dit niet te doen en de stellingen verder ook niet te onderbouwen, dienen de gevolgen daarvan voor rekening en risico van werkgever te blijven. De arbeidsovereenkomst is eerst per 1 oktober 2015 beëindigd. De vordering tot doorbetaling van het loon tot 1 oktober 2015 wordt toegewezen.

Voor de beantwoording van de vraag of werknemer aanspraak kan maken op een vergoeding

voor de door hem gestelde overuren is het volgende van belang. Op grond van de cao is sprake van overwerk als een werknemer in opdracht van de werkgever buiten de normale arbeidstijd werk verricht. In deze zaak moet dan ook beoordeeld worden of werkgever opdracht heeft gegeven tot het door werknemer gestelde overwerk. Daarbij moet worden aangenomen dat een dergelijke opdracht niet alleen expliciet maar ook impliciet kan zijn verstrekt. Een *expliciete* opdracht is naar het oordeel van de kantonrechter door werkgever niet gegeven. Om te beoordelen of sprake is geweest van een *impliciete* opdracht is niet alleen van belang of werkgever wist of hoorde te weten dat werknemer (aanzienlijke) overuren maakte, maar ook of werkgever wist of moest begrijpen dat werknemer aanspraak maakte op vergoeding van die overuren. Dat er overuren zijn gemaakt wordt door werkgever niet betwist, maar de mate waarin wel. Werkgever heeft een urenregistratie bijgehouden en de resultaten daarvan overgelegd. Werknemer kan niet volstaan met de overlegging van een door hemzelf opgesteld Excel-bestand over de afgelopen 4,5 jaar zonder gemotiveerd aan te geven waaruit blijkt hoe en op welke wijze hij zijn uren heeft bijgehouden. De schriftelijke verklaringen van twee voormalige medewerkers, die enkel verklaren dat werknemer veel overuren heeft gedraaid, maken dat niet anders. Dit klemmt temeer nu dat die overuren heel geleidelijk en over een periode van ruim 4,5 jaar zijn opgebouwd, terwijl werknemer tot kort voor zijn opzegging niet op concrete wijze aanspraak heeft gemaakt op vergoeding van die uren. Uit het bovenstaande volgt dat werknemer onvoldoende heeft onderbouwd dat en op welke wijze hem opdracht is gegeven voor het door hem gestelde overwerk. Dat betekent dat niet is komen vast te staan dat sprake was van overwerk in de zin van artikel 3.12 van de cao. Werkgever gaat uit van 517,59 overuren, zodat de kantonrechter ervan uitgaat (na onvoldoende betwisting hiervan door werknemer) dat werknemer terecht aanspraak maakt op uitbetaling van 517,59 overuren. Tot zover wordt de vordering toegewezen.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 09-11-2016

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2016:5974

Zaaknummer: 5038662 / MC EXPL 16-5078

Rechters: R.M. Berendsen

Advocaten: E.G. Gosselink en H. den Besten

Wetsartikelen: 3.12 CAO voor het Horecabedrijf

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgeefster

Statutair bestuurder handelt verwijtbaar door tijdens onderhandelingen over verkoop van werkgeefster te trachten de grootste klant van werkgeefster te bewegen werkgeefster over te nemen en daarbij uiterst vertrouwelijke informatie te verstrekken. Aanhouding beslissing omtrent bonus en concurrentiebeding.

Werknemer is op 1 oktober 2014 in dienst getreden bij werkgeefster. Op diezelfde datum is werknemer benoemd tot statutair bestuurder van werkgeefster. Begin 2016 heeft werkgeefster haar voornemen tot verkoop van werkgeefster kenbaar gemaakt. Tijdens de verkooponderhandelingen gaf de aspirant-koper aan dat werknemer als bestuurder niet aan kon blijven. Op 10 mei 2016 heeft werknemer zich ziek gemeld. Bij besluit van de 100% aandeelhouder van werkgeefster d.d. 30 mei 2016 is werknemer ontslagen als statutair directeur per 1 juni 2016 en is de arbeidsovereenkomst per gelijke datum beëindigd.

Werknemer verzoekt onder meer primair vernietiging van de opzegging van de arbeidsovereenkomst wegens strijd met het opzegverbod tijdens ziekte, subsidiair een verklaring voor recht dat geen redelijke grond bestond om de arbeidsovereenkomst op te zeggen en veroordeling van werkgeefster tot betaling van een billijke vergoeding en meer subsidiair een verklaring voor recht dat werkgeefster ernstig verwijtbaar heeft gehandeld/nagelaten en veroordeling van werkgeefster tot betaling van een billijke vergoeding. Voorts verzoekt werknemer onder meer een verklaring voor recht dat aan hem over 2015 een bonus is verschuldigd en ontheffing uit zijn verplichtingen uit hoofde van het tussen partijen gesloten concurrentiebeding.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Volgens vaste jurisprudentie geldt het opzegverbod tijdens ziekte ook voor bestuurders. Het opzegverbod tijdens ziekte geldt bij een bestuurder echter niet indien de ziekmelding plaatsvindt na het moment van de uitnodiging voor de BAvA. In de onderhavige zaak dateert die uitnodiging van 22 april 2016. Vast staat dat werknemer zich op 10 mei 2016 ziek heeft gemeld, derhalve nadat hij van het voornemen tot ontslag kennis had genomen. De ziekmelding kan dan ook niet aan een rechtsgeldig ontslag in de weg staan, zodat het primaire verzoek wordt afgewezen. Met betrekking tot het subsidiaire

verzoek overweegt de kantonrechter dat werknemer is ontslagen wegens verwijtbaar handelen. Met werkgeefster is de rechtbank van oordeel dat het verzenden van een e-mail op 8 april 2016 kwalificeert als verwijtbaar handelen. Evident is dat werknemer hangende de onderhandelingen over verkoop van werkgeefster, waarbij het mee overgaan van de grootste klant van werkgeefster van doorslaggevend belang was, heeft getracht die grootste klant te bewegen zelf werkgeefster over te nemen en daarbij uiterst vertrouwelijke informatie aan die klant heeft verstrekt. De overname zou aldus kunnen worden gefrustreerd. Dit levert verwijtbaar handelen in de zin van artikel 7:669 lid 3 onderdeel e BW op, zodat ook het subsidiaire verzoek wordt afgewezen. Ook het meer subsidiaire verzoek wordt afgewezen. Er is geen sprake van ernstig verwijtbaar handelen aan de zijde van werkgeefster. De stelling van werknemer dat werkgeefster geen inzage heeft gegeven in de voor vaststelling van de verkoopwaarde van de onderneming relevante stukken maakt dat niet anders.

Werknemer stelt voorts aanspraak te hebben op een bonus over 2015. Alvorens nader te beslissen zal werkgeefster in de gelegenheid worden gesteld bij akte haar stelling te onderbouwen en schriftelijke bewijsstukken aangaande de Ebitda 2015 (waaraan de bonus is gerelateerd) in het geding te brengen. Werknemer zal vervolgens de gelegenheid worden geboden daarop bij akte te reageren. Werkgeefster heeft voorts verklaard bereid te zijn werknemer te ontheffen uit zijn verplichtingen uit hoofde van het concurrentiebeding, onder voorwaarde dat werknemer gebonden blijft aan het geheimhoudingsbeding. Bij wege van tegenverzoek heeft werkgeefster voorts verzocht voor recht te verklaren dat werknemer de boete ex artikel 13 van de arbeidsovereenkomst is verschuldigd. Alvorens nader te beslissen zullen partijen in de gelegenheid worden gesteld op beide onderdelen bij akte nader te reageren. Voor het overige zal iedere beslissing worden aangehouden.

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 02-11-2016

Zaaknummer: C/05/306260/HA RK 16-156

RECHTSPRAAK

werkneemster/werkgeefster

Vernietiging ontslag op staande voet. Toepassing van hoor en wederhoor is weliswaar geen voorwaarde voor terecht ontslag op staande voet, het niet bieden van die gelegenheid getuigt bepaald niet van goed werkgeverschap. Verwijten aan adres werkneemster onvoldoende komen vast te staan.

Werkneemster is in dienst van werkgeefster. Per e-mail van 1 juli 2016 is werkneemster op staande voet ontslagen. In de e-mail wordt onder meer vermeld dat werkneemster, zonder toestemming van werkgeefster, geld uit de kassa van werkgeefster heeft weggenomen en dat werkneemster klanten van werkgeefster heeft benaderd met de intentie om hen in haar privétijd te behandelen in plaats van bij werkgeefster. Over deze verwijten hebben partijen voorafgaand aan het ontslag op staande voet niet met elkaar gesproken. Werkneemster verzoekt het ontslag op staande voet te vernietigen. Aan dit verzoek legt werkneemster onder meer ten grondslag dat geen sprake is van een dringende reden en dat geen hoor en wederhoor is toegepast.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Werkgeefster heeft niet betwist dat zij in feite werkneemster zonder enige nadere aankondiging heeft overvallen met ernstige verwijten, zonder dat werkneemster enige mogelijkheid heeft gekregen om zich over deze verwijten uit te spreken. Daarmee heeft werkgeefster niet alleen werkneemster maar ook zichzelf beroofd van de kans op een deugdelijk onderzoek, waarbij de feiten al dan niet zouden kunnen worden vastgesteld. Het een werknemer op een adequate manier in de gelegenheid stellen om zijn visie op de gestelde dringende reden te geven vormt weliswaar geen voorwaarde voor een (terecht) ontslag op staande voet, maar het niet bieden van die gelegenheid getuigt bepaald niet van goed werkgeverschap en heeft bovendien mogelijk wel als gevolg dat de aan een werknemer gemaakte verwijten onvoldoende komen vast te staan. Door de ontkenning en gemotiveerde betwisting door werkneemster staan de haar verweten feiten allerm minst vast. Uit de overgelegde stukken volgt niet dat de twee aan werkneemster verweten feiten juist zijn. Beide verwijten kennen onvoldoende feitelijke grondslag. Voor zover werkgeefster wijst op eerdere signalen dat werkneemster verantwoordelijk zou zijn geweest voor kastekorten dan

wel het benaderen van klanten, overweegt de kantonrechter dat dergelijke signalen het gegeven ontslag op staande voet in ieder geval niet kunnen rechtvaardigen, omdat van werkgeefster verwacht had mogen worden dat zij deze signalen in de ontslagbrief had geconcretiseerd. Bij de beoordeling of sprake is van een dringende reden mag immers alleen rekening worden gehouden met aan het gewraakte gedrag voorafgaande feiten en omstandigheden als de werknemer bij het ontslag heeft kunnen of moeten begrijpen dat die eerdere feiten mede redengevend waren voor het ontslag. Naar het oordeel van de kantonrechter is het ontslag gezien het vorenstaande niet rechtsgeldig. Volgt vernietiging van het ontslag op staande voet. Werkneemster heeft recht op doorbetaling van haar salaris.

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 26-10-2016

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2016:13162

Zaaknummer: 5345512 RP VERZ 16-50616

Rechters: F.J. Verbeek

Advocaten: A.J. Tavasszy en B.A. Boer

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

RECHTSPRAAK

werkgeefster/werknemer

Toewijzing ontbindingsverzoek (h-grond). Werknemer acht de twee aangeboden functies, na beëindiging expatriate agreement, niet passend. Dat levert de situatie op dat werknemer in dienst is zonder dat er werk voor hem is. Die situatie kan niet voortduren en rechtvaardigt ontbinding op de h-grond.

Werknemer is sedert 1 juli 1995 in dienst van (rechtsvoorgangers van) werkgeefster, laatstelijk als Creative Director. Vanaf 1 januari 2006 werkt werknemer voor een inlener binnen hetzelfde concern (hierna: de inlener) in Hong Kong op basis van een expatriate agreement met werkgeefster.

In november 2015 heeft de inlener te kennen gegeven de werknemer niet meer te willen inlenen. De inlener biedt werknemer een lokaal contract aan tegen lokale arbeidsvoorwaarden.

Op 24 november 2015 biedt de inlener werknemer een verlenging van de expatriate agreement aan ingaande 1 januari 2016 voor de duur van twee maanden, hetgeen werknemer op 16 december 2015 accepteert. Bij brief van 5 januari 2016 heeft de gemachtigde van werknemer de verlengingsovereenkomst buitengerechtelijk vernietigd op grond van dwaling, misbruik van omstandigheden en/of bedrog. Begin 2016 heeft de inlener te kennen gegeven de expatriate agreement met werknemer niet verder te zullen verlengen. Op 29 januari 2016 heeft werkgeefster toestemming aan het UWV gevraagd om de arbeidsovereenkomst met werknemer te mogen opzeggen. UWV heeft zich onbevoegd verklaard, omdat er volgens het UWV geen sprake is van een bedrijfseconomische reden. Werknemer zet na 1 maart 2016 zijn werkzaamheden voor de inlener voort, maar wordt per 4 juli 2016 op non-actief gesteld. Werkgeefster verzoekt vervolgens thans op 15 juli 2016 om ontbinding van de arbeidsovereenkomst, primair vanwege bedrijfseconomische redenen (a-grond) en subsidiair op grond van andere omstandigheden (h-grond). Werknemer wordt in augustus 2016 op kosten van werkgeefster gerepatrieerd. Hem is een functie aangeboden van projectmanager. Werknemer heeft laten weten deze functie niet passend te vinden. Bij de behandeling van het

verzoekschrift heeft werkgeefster aan de opgeworpen ontslaggronden nog verwijtbaar handelen van werknemer (e-grond) toegevoegd. Werknemer verzoekt onder meer ontheffing uit de verplichtingen van het tussen partijen gesloten concurrentiebeding en een verklaring voor recht dat de buitengerechterlijke vernietiging doel heeft getroffen.

De kantonrechter oordeelt als volgt. In de van toepassing zijnde 'standard expatriate conditions' is opgenomen dat werknemer gedurende zijn 'expatriate assignment' te Hong Kong in dienst blijft van werkgeefster. Tegen deze achtergrond moet allereerst beoordeeld worden of het beëindigen van de expatriate agreement kan worden aangemerkt als een verval van arbeidsplaats in de zin van de a-grond van artikel 7:669 lid 3 BW. Gevolg van die beëindiging is dat de arbeidsplaats zoals werknemer die in Hong Kong vervulde is komen te vervallen. Het vervallen van die arbeidsplaats kan echter niet worden aangemerkt als het gevolg van het treffen van noodzakelijke maatregelen door werkgeefster wegens bedrijfseconomische omstandigheden. Of de maatregel van de inlener op grond van bedrijfseconomische omstandigheden is genomen is niet van belang. Voor de toepasselijkheid van de a-grond moet het immers gaan om bedrijfseconomische maatregelen die door werkgeefster zelf zijn genomen en die tot verval van de arbeidsplaats bij haar hebben geleid. Op de a-grond is het verzoek dan ook niet toewijsbaar. Op grond van de expatriate agreement dient werknemer, na beëindiging daarvan, werk aangeboden te krijgen bij een van de vennootschappen binnen het concern van werkgeefster. Het hem in Hong Kong aangeboden werk vindt hij niet passend vanwege de salariëring. Ook de in september 2016 in Nederland aangeboden functie vindt hij niet passend. Ander werk is er niet volgens werkgeefster. Werknemer heeft van zijn kant ook niet aangegeven welke andere mogelijkheid er voor hem is binnen het concern. Dat levert op dat werknemer in dienst is bij werkgeefster zonder dat er werk voor hem is. Die situatie kan niet voortduren en rechtvaardigt derhalve ontbinding op de h-grond. Volgt toewijzing van het ontbindingsverzoek. Voor de berekening van de transitievergoeding wordt uitgegaan van het loon zonder dat rekening wordt gehouden met de expat-emolumenten. Onvoldoende aannemelijk is geworden dat die emolumenten als verkapt loon dienen te worden aangemerkt. Voor toekenning van een billijke vergoeding is naar het oordeel van de kantonrechter geen aanleiding. De gevraagde verklaring voor recht wordt geweigerd, nu ter zake geen sprake is van een wilsgebrek.

Partijen hebben voorts vrij summier en in nogal algemene termen hun belangen bij het tussen partijen bestaande concurrentiebeding toegelicht. Overleg tussen partijen over duur, omvang, noodzaak, vergoeding enzovoort zou voor de hand hebben gelegen. Tegen die achtergrond wordt beslist dat werknemer zich dient te houden aan het concurrentieverbod. Werkgeefster dient hem echter wel maandelijks een vergoeding te betalen gelijk aan 1/12 van zijn jaarsalaris voor iedere maand die werkgeefster werknemer aan het concurrentieverbod houdt. Bovendien

wordt de duur van het concurrentieverbod beperkt tot 1 juli 2017. Dit is in overeenstemming met de bedoeling van het verbod dat bescherming aan werkgeefster beoogt te geven tot twaalf maanden na het vertrek van de werknemer.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 13-10-2016

Zaaknummer: C104310

RECHTSPRAAK

AFMB Limited/Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor het Beroepsvervoer over de Weg

De Wet Bpf 2000 en het Verplichtstellingsbesluit zijn aan te merken als bepalingen van bijzonder dwingend recht als bedoeld in artikel 9 Rome I. Omdat AFMB chauffeurs in dienst heeft die op basis van een uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW werkzaam zijn bij (hoofdzakelijk) Nederlandse vervoersondernemingen, valt AFMB als werkgever onder de werkingssfeer van het Pensioenfonds en is zij werkgever als bedoeld in artikel 5 van de statuten van het Pensioenfonds.

Bij brief van 19 mei 2014 heeft het Pensioenfonds aan AFMB geschreven dat zij AFMB heeft aangesloten bij het Pensioenfonds. AFMB heeft hiertegen bezwaar gemaakt. Bij brief van 29 augustus 2014 heeft het Pensioenfonds aan AFMB geschreven dat door nader onderzoek het vermoeden is ontstaan dat de bedrijfssituatie van AFMB anders is dan door AFMB is ingevuld op het formulier 'Bedrijfsonderzoek voor Pensioenfonds Vervoer' en dat het Pensioenfonds zich op het standpunt stelt dat AFMB een uitzendbureau is met bedrijfsactiviteiten die voornamelijk bestaan uit het uitzenden van in Nederland woonachtige chauffeurs aan in Nederland gevestigde vervoersondernemingen, zodat wel degelijk een aansluitplicht bij het Pensioenfonds bestaat. Op 9 maart 2015 heeft het Pensioenfonds een dwangbevel doen laten betekenen aan AFMB, waarbij AFMB wordt bevolen € 373.162,71 te betalen. Thans vordert AFMB primair gegrondverklaring van het verzet tegen het dwangbevel en buiteneffectstelling daarvan, subsidiair beperking van de hoogte van de vordering, alsmede van de gevorderde rente, incassokosten en btw. AFMB legt aan haar vorderingen ten grondslag dat er geen sprake is van een verplichting tot deelname aan het Pensioenfonds voor AFMB, zodat zij niet premieplichtig is. AFMB is geen uitzendonderneming en zendt geen in Nederland woonachtige chauffeurs uit aan in Nederland gevestigde vervoersondernemingen. Daarnaast is op de arbeidsovereenkomsten uitdrukkelijk Cypriotisch recht van toepassing verklaard. Bovendien valt de verplichtstelling van het Pensioenfonds niet onder de werkingssfeer van

artikel 9 Rome I. Evenmin kan Nederlands recht op grond van artikel 8 van Rome I van toepassing worden verklaard, omdat Nederland niet het gewoonlijke werkland is van de chauffeurs die bij AFMB in dienst zijn en er ook geen sprake is van een kennelijk nauwere band met Nederland (dan met Cyprus). Het Pensioenfonds voert gemotiveerd verweer.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Gelet op hetgeen partijen naar voren hebben gebracht en met stukken hebben onderbouwd is voldoende aannemelijk geworden dat AFMB kan worden gekwalificeerd als een uitzendonderneming als bedoeld in artikel 7:690 BW. Daarbij wordt met name van belang geacht dat de opdrachtgevers van AFMB voor het overgrote deel in Nederland gevestigde vervoersondernemingen betreffen, waaraan AFMB blijkens haar leveringsvoorwaarden en website-informatie chauffeurs ter beschikking stelt, waarmee deze opdrachtgevers kwalificeren als 'derden' in de zin van artikel 7:690 BW. Voorts acht de kantonrechter de stelling van het Pensioenfonds dat deze chauffeurs hoofdzakelijk in Nederland woonachtig zijn, onvoldoende weersproken door AFMB. Vervolgens komt de kantonrechter toe aan de behandeling van artikel 9 Rome I. In het eerste lid van artikel 9 Rome I is bepaald dat bepalingen van bijzonder dwingend recht bepalingen zijn aan de inachtneming waarvan een land zoveel belang hecht voor de handhaving van zijn openbare belangen, zoals zijn politieke, sociale of economische organisatie, dat zij moeten worden toegepast op elk geval dat onder de werkingssfeer ervan valt, ongeacht welk (gekozen dan wel objectief toepasselijk) recht overeenkomstig Rome I overigens van toepassing is op de overeenkomst. De kantonrechter is van oordeel dat de Wet Bpf 2000 en het daaraan ontleende Verplichtstellingsbesluit zijn aan te merken als bepalingen van bijzonder dwingend recht als bedoeld in artikel 9 Rome I. De Wet Bpf 2000 behoort als zodanig niet tot het overeenkomstenrecht 'sec' maar grijpt daar – vanwege haar karakter – wel op in. Ook in de Wet Bpf 2000 gaat het om voorschriften die in private rechtsverhoudingen ingrijpen (de premiebedragen zijn veelal behoorlijk en de pensioenregelingen hebben naar hun aard verstreckende en langdurige gevolgen) en die niet primair dienen ter bescherming van private belangen, maar vooral ter bescherming van publieke, bovenindividuele belangen. Ten tweede komt het voorrangskarakter van de Wet Bpf 2000 naar het oordeel van de kantonrechter tot uiting in de pijlers waarop het systeem van de wet is gebaseerd, te weten collectiviteit, solidariteit en het tegengaan van concurrentie. In de derde plaats acht de kantonrechter van belang voor haar oordeel dat de bepaling of een bepaalde arbeidsvoorwaarde (namelijk het pensioen) van toepassing is voor een gehele bedrijfstak een publiekrechtelijke daad betreft. Nu is geoordeeld dat het op de Wet Bpf 2000 gebaseerde Verplichtstellingsbesluit is aan te merken als een bepaling van bijzonder dwingend recht als bedoeld in artikel 9 Rome I en om die reden van toepassing is, kan het antwoord op de vraag of AFMB en haar werknemers al dan niet een expliciete rechtskeuze voor Cypriotisch recht hebben gemaakt, alsmede of ingevolge artikel 8 Rome I het Verplichtstellingsbesluit alsdan dient te worden bestempeld als

een beschermingsbepaling die ongeacht een rechtskeuze van toepassing is, hier in het midden blijven. Gelet op het vorenstaande is vast komen te staan dat AFMB chauffeurs in dienst heeft die op basis van een uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW werkzaam zijn bij (hoofdzakelijk) Nederlandse vervoersondernemingen. Daarmee valt AFMB als werkgever onder de werkingssfeer van het Pensioenfonds en is zij werkgever als bedoeld in artikel 5 van de statuten van het Pensioenfonds. De stelling van AFMB dat het Pensioenfonds hier ten onrechte van uit is gegaan bij de oplegging van de premienota wordt verworpen. Met betrekking tot de hoogte van de verschuldigde pensioenpremie heeft het Pensioenfonds aangevoerd dat de premie geschat mocht worden, omdat AFMB geen gegevens heeft aangeleverd. Op grond van artikel 4.2 van het Uitvoeringsreglement is AFMB volgens het Pensioenfonds aan die schatting gebonden. De kantonrechter is van oordeel dat het Pensioenfonds met de verwijzing naar het Uitvoeringsreglement voldoende heeft onderbouwd dat AFMB verplicht is de door het Pensioenfonds op basis van schattingen vastgestelde pensioenpremies voor haar werknemers te betalen. Het enkele, blote verweer dat het bedraga 'absurd' zou zijn, wordt in dit verband onvoldoende geacht. Het had op de weg van AFMB gelegen haar verweer nader te onderbouwen. Nu AFMB dit heeft nagelaten, dient een eventuele te hoge inschatting van de verschuldigde pensioenpremie voor haar eigen rekening en risico te blijven (zie in dit verband ook Hof Arnhem-Leeuwarden 8 april 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2869). De subsidiair gevorderde beperking van de hoogte van de vordering en de opgelegde rente, incassokosten en btw wordt derhalve afgewezen. Het voorgaande leidt ertoe dat het verzet ongegrond wordt verklaard.

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 15-11-2016

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2016:4935

Zaaknummer: 4105872 \ CV EXPL 15-5630

Rechters: E.Th.M. Zwart-Sneek

Advocaten: M.J. van Dam, E. Lutjens en B. Degelink

Wetsartikelen: Wet Bpf 2000, 8 Rome I, 9 Rome I en 5 statuten Pensioenfonds

RECHTSPRAAK

Jumbo Supermarkten B.V./werkneemster

Ontbinding wegens disfunctioneren. Uit de functionerings- en beoordelingsgesprekken met blijkt genoegzaam dat de vier competenties (prestatiemotivatie, samenwerken, klantgericht en initiatief) die nodig zijn om de functie van kassamedewerkster succesvol te kunnen vervullen, onvoldoende bij werkneemster aanwezig zijn. Toewijzing transitievergoeding ad € 5.771,52 bruto.

Op 12 februari 2007 is werkneemster bij Jumbo in dienst getreden als kassamedewerkster, tegen een loon van laatstelijk € 1.687,58 bruto per maand. Vanaf haar indiensttreding tot en met 2012 heeft werkneemster voldoende gefunctioneerd. Vanaf 2013 is het functioneren van werkneemster met een D beoordeeld (matig, presteert onder de functie-eisen).

Kassamedewerkers worden beoordeeld op basis van de competenties prestatiemotivatie, samenwerken, klantgericht en initiatief. In november 2014 heeft werkneemster een plan van aanpak opgesteld. Het functioneren van werkneemster is over 2014 wederom met een D beoordeeld. Vervolgens is in 2015 afgesproken dat werkneemster een nieuw plan van aanpak zou maken, een product- en klanttraining zou volgen en dat bij haar een assessment zou worden afgenomen. Tevens heeft Jumbo aan werkneemster een MBO2-opleiding aangeboden, hetgeen werkneemster in 2016 met succes heeft afgerond. Op 16 april 2016 heeft Jumbo bij werkneemster een DNA-Scan (eindscore: E, 2,06) afgenomen en een definitieve beoordeling over 2015 gegeven: een E-beoordeling (slecht, presteert ver onder de functie-eisen). Thans verzoekt Jumbo de arbeidsovereenkomst met werkneemster te ontbinden op grond van artikel 7:669 lid 3 onderdeel d BW. Werkneemster voert gemotiveerd verweer.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Uit de aangehaalde functionerings- en beoordelingsgesprekken met werkneemster blijkt genoegzaam dat de vier competenties (prestatiemotivatie, samenwerken, klantgericht en initiatief) die nodig zijn om de functie van kassamedewerkster succesvol te kunnen vervullen, onvoldoende bij werkneemster aanwezig zijn. De uitvoerige reactie van werkneemster in haar verweerschrift laat zien dat zij geen enkele mate van zelfreflectie toont. Werkneemster kan, gelet op de inhoud van alle

functionerings- en beoordelingsgesprekken, de plannen van aanpak, de tussentijdse en schriftelijk vastgelegde gesprekken en de DNA-scan, bezwaarlijk volhouden dat zij wél over de vereiste competenties bezit om de functie van kassamedewerkster succesvol te kunnen uitoefenen. Dat dit nu eenmaal lastig voor werkneemster te accepteren is, maakt dat niet anders. Ook – en dat is eveneens door Jumbo benoemd – is dat niet aan haar inzet en motivatie te wijten: die is immers goed! Vervolgens gaat de kantonrechter in op de vraag of werkneemster tijdig in kennis is gesteld van haar disfunctioneren. Werkneemster is in april 2014, toen haar functioneren over 2013 werd beoordeeld, voor het eerst in kennis gesteld van haar disfunctioneren. Aldus is zij daarvan tijdig in kennis gesteld, aangezien vanaf april 2014 tot het wijzen van deze beschikking tweeëneenhalf jaar is verstreken. In die periode is zij door Jumbo ruimschoots in de gelegenheid gesteld om haar functioneren te verbeteren. Kortheidshalve wordt verwezen naar de feiten, waaruit blijkt dat werkneemster gedurende die tweeëneenhalf jaar een product- en klanttraining, een assessment en een MBO2-opleiding (dit alles op kosten van Jumbo) heeft gevolgd. Daarnaast is tot tweemaal toe een plan van aanpak opgesteld, welke plannen zijn bijgesteld en tussentijds zijn geëvalueerd. Helaas heeft dit niet tot de gewenste verbetering geleid. De conclusie is dat werkneemster door Jumbo tijdig van haar disfunctioneren in kennis is gesteld en meer dan voldoende gelegenheid heeft gehad om haar functioneren te verbeteren, maar dat zij daarin desalniettemin niet in is geslaagd. De conclusie uit het vorenstaande is dat de d-grond volledig is vervuld. Voor toekenning van een billijke vergoeding is echter vereist dat de ontbinding van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. Daarvan is in dit geval geen sprake, zodat dit verzoek van werkneemster een grondslag mist. Niet in geschil is dat werkneemster recht heeft op een transitievergoeding. De omvang van die vergoeding is door Jumbo, onder overlegging van een berekening, becijferd op € 5.771,52 bruto. Werkneemster heeft die berekening niet gemotiveerd betwist. Alhoewel Jumbo heeft aangegeven deze vergoeding bij de eindafrekening uit te keren, zal zij desalniettemin worden veroordeeld tot betaling daarvan aan werkneemster.

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 26-10-2016

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2016:9799

Zaaknummer: 5266372 AZ VERZ 16-158

Rechters: J.J. Groen

Advocaten: W. van der Boon en L.M.S.W. Kissels

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

RECHTSPRAAK

Terugvordering te veel ontvangen voorschotten op de WW-uitkering is niet in strijd met het vertrouwensbeginsel en het evenredigheidsbeginsel.

Appellant komt met ingang van 8 november 2010 in aanmerking voor een WW-uitkering. Hij krijgt toestemming om van 8 november 2010 tot en met 19 december 2010 met behoud van WW-uitkering onderzoek te doen naar het starten van een eigen bedrijf (oriëntatieperiode). UWV verleent vervolgens toestemming om gedurende de periode van 20 weken van 20 december 2010 tot en met 19 juni 2011 werkzaamheden te verrichten ten behoeve van de start van een eigen bedrijf (startperiode). In het besluit is vermeld dat de uitkering over de startperiode als voorschot wordt betaald en dat 70% van de inkomsten als zelfstandige op die uitkering in mindering wordt gebracht. Tevens is vermeld dat UWV appellant na de startperiode nader zal informeren over de verrekening van zijn inkomsten met zijn WW-uitkering. Bij besluit van 16 augustus 2013 stelt UWV aan de hand van de definitieve aanslagen inkomstenbelasting over 2010 en 2011 vast dat appellant in verband met zijn inkomsten als zelfstandige een bedrag van € 10.988,90 bruto te veel aan voorschotten op zijn WW-uitkering heeft ontvangen en dat appellant dat bedrag moet terugbetalen. Het bezwaar en beroep worden ongegrond verklaard. In hoger beroep neemt appellant het standpunt in dat hij er op grond van de door UWV verstrekte informatie op mocht vertrouwen dat de inkomsten uit zijn werkzaamheden als zelfstandige slechts over de startperiode van 26 weken en niet over 52 weken zouden worden berekend en dat daarbij zou worden uitgegaan van de belastbare winst zonder bijtelling van de ondernemersaftrek en de mkb-vrijstelling. Appellant doet tevens een beroep op het evenredigheidsbeginsel en voert in dat verband aan dat de verhouding tussen de gerealiseerde winst en het teruggevorderde bedrag onevenredig is.

De Centrale Raad van Beroep oordeelt als volgt. Niet in geschil is dat UWV de inkomsten als zelfstandige over de periode van 20 december 2010 tot en met 19 juni 2011 in overeenstemming met artikel 35aa van de WW en het Inkomstenbesluit WW heeft verrekend met de WW-uitkering. Het gaat in dit geding om de vraag of UWV wegens schending van het vertrouwensbeginsel en het evenredigheidsbeginsel bij de verrekening van inkomsten had moeten afwijken van de toepasselijke wettelijke bepalingen. De brieven van 8 maart 2011 en 11

juli 2011 bevatten geen uitdrukkelijke, ondubbelzinnige en ongeclausuleerde toezeggingen dat van de wettelijke regels zou worden afgeweken. Ook uit de verslagen van gesprekken van appellant met medewerkers van UWV, opgenomen in Sonar, blijkt niet dat aan appellant dergelijke toezeggingen zijn gedaan. Het beroep op het vertrouwensbeginsel slaagt daarom niet. Dat appellant niet goed op de hoogte was van de voorwaarden van de startersregeling is hoofdzakelijk aan hemzelf te wijten. Appellant is na afloop van de oriëntatieperiode begonnen als zelfstandige voordat hem toestemming voor de startperiode was verleend. UWV heeft hem daardoor niet tijdig over die regeling kunnen informeren. De besluitgever heeft bewust gekozen voor een systeem van inkomstenverrekening bij startende zelfstandigen waarbij onder inkomsten als zelfstandige wordt verstaan de belastbare winst vermeerderd met de ondernemersaftrek en de mkb-winstvrijstelling en waarbij de periode waarover de inkomsten worden berekend niet is beperkt tot de periode van 26 weken gedurende welke de zelfstandige gebruik kan maken van de startersregeling, maar een ruimere periode van 52 weken, wordt gehanteerd. Uit die keuze blijkt dat de besluitgever de evenredigheid in die systematiek heeft betrokken. Er is geen ruimte voor de bestuursrechter om van die systematiek af te wijken. Het hoger beroep slaagt niet.

Instantie: Centrale Raad van Beroep

Datum uitspraak: 09-11-2016

ECLI: ECLI:NL:CRVB:2016:4265

Zaaknummer: 15/240 WW

Rechters: H.G. Rottier, B.M. van Dun en E. Dijt

Wetsartikelen: 35aa WW en 77a WW

RECHTSPRAAK

Het kunnen aanwenden van een schenking van oma om een boete te voldoen brengt mee dat de boete passend en geboden is. Uit de uitspraak van de Raad (ECLI:NL:CRVB:2016:9) blijkt immers dat eventueel aanwezig vermogen moet worden aangewend voor het betalen van de boete.

Appellante ontvangt van 4 september 2012 tot 4 april 2013 een uitkering op grond van de Werkloosheidswet (WW). Bij besluit van 13 oktober 2013 trekt UWV de WW-uitkering in met ingang van 29 oktober 2012 in verband met door appellante ontvangen stagevergoeding over de periode van week 44 van 2012 tot en met week 18 van 2013 en vordert het onverschuldigd betaalde terug. Ook legt UWV een boete op van € 4.439,43 wegens schending van de informatieplicht. Appellante maakt bezwaar tegen het boetebesluit en stelt vervolgens beroep in tegen de afwijzende beslissing op bezwaar. De rechtbank stelt appellante in het gelijk en verlaagt de boete naar € 2.710. De rechtbank overweegt hiertoe dat UWV bij de bepaling van de hoogte van de boete ten onrechte voorbij is gegaan aan het overgangsrecht van artikel XXV van de Wet aanscherping handhaving en sanctiebeleid SZW-wetgeving (Wet aanscherping), en dat dat overgangsrecht deels strijdig is met artikel 7 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden. Appellante heeft hoger beroep ingesteld tegen de aangevallen uitspraak omdat de rechtbank artikel XXV van de Wet aanscherping naar haar mening ten onrechte niet geheel buiten toepassing heeft gelaten. Daarnaast heeft zij betoogd dat een boete van € 2.710 onevenredig is. UWV beslist opnieuw over de boete en bepaalt deze nader op € 1.500. Appellante acht ook een boete van € 1.500 onevenredig. Zij stelt dat het boetebeleid van UWV onredelijk, onbillijk en in strijd met het gelijkheidsbeginsel is, omdat personen als zij, die in staat zijn de boete binnen een jaar te betalen, de volledige boete moeten voldoen, terwijl personen die dat niet kunnen, een boete van slechts € 10 behoeven te betalen.

De Centrale Raad van Beroep oordeelt als volgt. De beroepsgrond dat artikel XXV van de Wet aanscherping geheel buiten toepassing moet worden gelaten slaagt niet. Nu – anders dan appellante van mening is – de overtreding van de inlichtingenverplichting zowel in 2012 als in 2013 heeft plaatsgevonden, heeft UWV terecht de boete over de periode vanaf 1 januari 2013

gebaseerd op de sindsdien geldende regeling (ECLI:NL:CRVB:2014:3754). De Raad vervolgt met de stelling dat het betoog van appellante over het beleid van UWV ten aanzien van de vaststelling van boetes berust op een onjuiste opvatting over dat beleid. Naar UWV ter zitting uiteen heeft gezet wordt bij personen die onvoldoende aflossingscapaciteit hebben om de uit het beleid voortvloeiende boete in een jaar af te lossen, deze slechts op € 10 vastgesteld indien iedere aflossingscapaciteit ontbreekt. In alle andere gevallen wordt, anders dan appellante heeft aangenomen, de boete vastgesteld op het bedrag dat de betrokkene in een jaar kan aflossen. Bij het berekenen daarvan houdt UWV rekening met preferente schulden. Appellante heeft niet betwist dat zij de boete heeft kunnen voldoen. Zij staat echter een in haar ogen rechtvaardiger berekeningswijze voor, waarbij de boete wordt vastgesteld op basis van de aflossingscapaciteit in een jaar, waarbij de inkomsten boven 90% van de bijstandsnorm uitgangspunt zijn en geen rekening wordt gehouden met schulden. In het geval van appellante zou dat tot een veel lagere boete hebben geleid. Dit betoog wordt niet gevolgd. Appellante heeft gesteld dat zij de boete heeft betaald uit gelden die zij eerder van haar oma had gekregen. Dit is in overeenstemming met het uitgangspunt in de uitspraak van de Raad van 11 januari 2016 (ECLI:NL:CRVB:2016:9) dat eventueel aanwezig vermogen wordt aangewend voor het betalen van de boete. De door appellante voorgestelde berekeningswijze gaat hieraan ten onrechte voorbij. Dat vermogen brengt mee dat de boete passend en geboden is. Het hoger beroep slaagt niet.

Instantie: Centrale Raad van Beroep

Datum uitspraak: 09-11-2016

ECLI: ECLI:NL:CRVB:2016:4274

Zaaknummer: 14/6158 WW

Rechters: H.G. Rottier, B.M. van Dun en E. Dijt

Advocaten: B.C.F. Kramer

Wetsartikelen: 25 WW en 27 WW

RECHTSPRAAK

Sing's B.V./werknemer

Toewijzing uitvoerbaarverklaring loonvordering. De uitvoerbaarverklaring is echter beperkt tot de loonbetaling en het verstrekken van bruto-nettospecificaties. De betaling van de wettelijke verhoging wordt derhalve niet uitvoerbaar bij voorraad verklaard.

Vanaf 1999 heeft werknemer gewerkt als kok in het door Sing's geëxploiteerde restaurant. Met ingang van 9 december 2011 heeft werknemer zich ziek gemeld en sindsdien is hij arbeidsongeschikt. In 2015 is werknemer twee aparte loonprocedures tegen Sing's begonnen. In het eindvonnis van 29 juli 2015 heeft de kantonrechter de loonvorderingen van werknemer toegewezen. In incidenteel appel heeft werknemer één grief ontwikkeld tegen het eindvonnis. Ter onderbouwing heeft werknemer aangevoerd dat hij in eerste aanleg per abuis heeft nagelaten te vorderen dat de veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad zouden worden verklaard. Sing's heeft in het incident ten verweze aangevoerd dat werknemer onvoldoende belang heeft bij toewijzing van zijn vordering. Bovendien is het eindvonnis van de kantonrechter van 29 juli 2015 volgens Sing's gebaseerd op een aantal feitelijke en/of juridische misslagen, zodat er te minder aanleiding is voor het alsnog uitvoerbaar bij voorraad verklaren van genoemd vonnis.

Het hof oordeelt als volgt. De vraag waar het in het incident om gaat is of er voldoende grond bestaat om een beslissing die in een vorige instantie is gegeven, alsnog uitvoerbaar bij voorraad te verklaren op de voet van artikel 234 Rv. Bij gebreke van een daartoe strekkende vordering, heeft de kantonrechter zijn veroordelingen niet uitvoerbaar bij voorraad verklaard. Het hof zal de incidentele vordering daarom beoordelen aan de hand van de door de Hoge Raad (ECLI:NL:HR:2015:688) geformuleerde maatstaven. Van een juridische misslag is pas sprake wanneer het evident is dat het beroepen vonnis op een vergissing in het recht berust. Daarvan is nog geen sprake wanneer ook een andere beslissing mogelijk was. Sing's heeft zijn aangehaalde stellingen niet nader uitgelegd. Verder gaat het hof voorbij aan de stelling van Sing's dat werknemer geen belang bij zijn incidentele vordering heeft, omdat werknemer in eerste aanleg heeft nagelaten de uitvoerbaarverklaring bij voorraad te vorderen. Met haar stelling miskent Sing's de herkansingsfunctie van het hoger beroep. Ook aan de stelling van

Sing's dat werknemer zijn belang niet heeft gemotiveerd, gaat het hof voorbij. Voor zover de beroepen vonnissen strekken tot betaling van een geldsom, is het belang van werknemer bij voldoening door Sing's in beginsel gegeven. Dat geldt zeker bij een veroordeling tot betaling van loon, aangezien het loon doorgaans wordt aangewend ter bestrijding van de kosten van levensonderhoud. Het belang van werknemer bij voldoening aan de veroordelingen die betrekking hebben op de wettelijke verhoging, legt naar het oordeel van het hof evenwel minder gewicht in de schaal dan werknemers belang bij voldoening van zijn toegewezen loonvordering. De wettelijke verhoging is immers slechts een (financiële) prikkel voor de werkgever om tot uitbetaling van het verschuldigde loon over te gaan. Naar het oordeel van het hof is een zeker restitutierisico daarmee niet onaannemelijk, maar dat wil nog niet zeggen dat uitvoerbaarverklaring bij voorraad achterwege dient te blijven, dan wel dat daaraan de door Sing's gevraagde voorwaarde van zekerheidstelling dient te worden verbonden. Wanneer er veronderstellenderwijs van wordt uitgegaan dat werknemer – zoals Sing's stelt – inderdaad niet over enig ander inkomen beschikt dan uit het dienstverband met Sing's, is het aannemelijk dat werknemer geen zekerheid kan stellen. De voorwaarde van zekerheidstelling zou de uitvoerbaarverklaring bij voorraad daarmee tot een dode letter maken. Alles afwegende zal het hof de in eerste aanleg uitgesproken veroordelingen die betrekking hebben op de betaling door Sing's van het loon van werknemer, uitvoerbaar bij voorraad verklaren zonder hieraan de voorwaarde van zekerheidstelling te verbinden. Dat betekent dat Sing's mogelijk geconfronteerd wordt met een zeker restitutierisico. Daar staat tegenover dat het hof de veroordelingen die betrekking hebben op de betaling door Sing's van de wettelijke verhoging niet uitvoerbaar bij voorraad zal verklaren. Naar 's hofs oordeel wordt daarmee voldoende tegemoetgekomen aan het restitutierisico dat Sing's vreest. De veroordelingen tot afgifte van bruto-nettospecificaties zullen eveneens uitvoerbaar bij voorraad worden verklaard.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 08-11-2016

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2016:8957

Zaaknummer: 200.179.868/01

Rechters: J.H. Kuiper, D.H. de Witte en I.F. Clement

Advocaten: A.J.F. Gonesh en R. Grijpstra

Wetsartikelen: 234 Rv

ANNOTATIE

S.K. Schreurs**Feiten**

Werkneemster is in dienst bij werkgeefster als bewindvoerder voor 32 uur per week. Op 7 december 2010 meldt zij zich ziek met psychische klachten. Zij re-integreert in eigen aangepast werk tot maximaal 12 uur per week. Op 5 maart 2012 adviseert het externe bureau voor arbeidsconsultancy Elabo om uiterlijk 1 april 2012 de re-integratiemogelijkheden te beoordelen en mediation in te zetten. Werkneemster dient op 10 september 2012 een WIA-aanvraag bij het UWV in. De verzekeringsarts oordeelt in dat kader op grond van eigen bevindingen en na overleg met de bedrijfsarts dat een medische onderbouwing ontbreekt voor het standpunt dat slechts 12 uur per week in aangepast werk kan worden gewerkt. Bij besluit van 25 oktober 2012 legt het UWV een loonsanctie op (het loonsanctiebesluit). Het UWV oordeelt dat de re-integratie-inspanningen onvoldoende zijn en een deugdelijke grond voor dat verzuim ontbreekt.

Procedure

Werkgeefster en werkneemster tekenen bezwaar aan tegen het loonsanctiebesluit. Het UWV verklaart het bezwaar ongegrond. Daaraan ligt o.a. ten grondslag een rapportage van de verzekeringsarts bezwaar en beroep. Deze meent, anders dan de primaire verzekeringsarts, dat een urenbeperking geldt, maar dat voor de door de bedrijfsarts gestelde beperking tot maximaal 12 uur een onderbouwing ontbreekt. Werkneemster wordt geschikt geacht gemiddeld 20 uur per week te werken. Daarmee werkt werkneemster onder haar belastbaarheid en blijft de loonsanctie in stand, aldus het UWV. In beroep vernietigt de rechtbank het loonsanctiebesluit. Volgens de rechtbank is op basis van de door werkgeefster en werkneemster ingebrachte verklaringen van de behandelend psychiater uit 2012 en 2013 voldoende onderbouwd dat werkneemster in de periode in geding niet in staat was meer dan 12 uur te werken. De rechtbank oordeelt dat voldoende re-integratie-inspanningen in het eerste spoor zijn verricht en bespreking van de beroepsgronden over het tweede spoor achterwege kan blijven. Het UWV stelt hoger beroep in en betwist dat bespreking van de

beroepsgronden over de inspanningen in het tweede spoor niet meer nodig is. Volgens het UWV heeft werkgeefster zich te lang en ten onrechte uitsluitend gericht op hervatting in de eigen functie. De stagnatie in herstel is onvoldoende (tijdig) geanalyseerd en er zijn niet tijdig re-integratie-activiteiten in het tweede spoor gestart. Het UWV verwijst tevens naar een rapport van een verzekeringsarts bezwaar en beroep van 26 september 2014, waarin geoordeeld wordt dat het advies van de bedrijfsarts in het re-integratieproces belemmerend heeft gewerkt en een discussie over urenbeperking daarmee overbodig is. Werkgeefster onderschrijft in hoger beroep het oordeel van de rechtbank en wijst erop dat de werkzaamheden van werkneemster dermate vereenvoudigd waren dat een verdergaande aanpassing niet mogelijk was. Ook is getracht werkneemster bij een andere werkgever te plaatsen, maar deze weg bleek niet haalbaar of relevant gelet op het ziekteverloop. Werkneemster acht het oordeel van de verzekeringsarts bezwaar en beroep van 26 september 2014 dat het advies van de bedrijfsarts in het re-integratieproces belemmerend heeft gewerkt en een discussie over urenbeperking overbodig is, niet dan wel onvoldoende gemotiveerd en onterecht. Volgens haar is het aantal uren wel van belang voor de inschatting van de re-integratiemogelijkheden en -verplichtingen, zowel in het eerste als in het tweede spoor.

Oordeel Raad

De Raad vernietigt de uitspraak van de rechtbank en verklaart het beroep van het UWV gegrond. Het standpunt dat onvoldoende re-integratie-activiteiten zijn verricht, is gebaseerd op conclusies in de rapporten van de primaire verzekeringsarts en arbeidsdeskundige, alsmede van de verzekeringsarts en arbeidsdeskundige in bezwaar en beroep. De verzekeringsarts bezwaar en beroep heeft de benutbare mogelijkheden vastgelegd in een Functionele Mogelijkhedenlijst van 6 februari 2013. Naar aanleiding van nadere informatie van de behandelend psychiater is de urenbeperking vervolgens bijgesteld op ongeveer 20 uur per week. Voor een verdergaande urenbeperking is geen medische onderbouwing gevonden en daarmee sluit de omvang van de door werkgeefster aangeboden passende arbeid niet aan bij de functionele mogelijkheden van werkneemster. Bovendien heeft werkgeefster de re-integratie in het tweede spoor niet of niet adequaat opgepakt. Door de verzekeringsartsen van het UWV is overtuigend gemotiveerd dat de bedrijfsarts de beperkingen van werkneemster te ernstig heeft ingeschat en dat een te afwachtend en op de geuite klachten gebaseerd beleid is gevoerd waardoor re-integratiemogelijkheden zijn gemist, aldus de Raad. De Raad volgt werkgeefster ook niet in haar standpunt dat zij onmogelijk voorbij kon gaan aan de adviezen van de bedrijfsarts. Werkgeefster heeft ook niets met het advies van Elabo van maart 2012 gedaan, dat onder meer luidde een deskundigenoordeel bij het UWV aan te vragen en bespreking van de urenbelasting met de bedrijfsarts om eventueel een bijstelling van de re-integratie te bewerkstelligen, indien werkneemster op 1 april 2012 nog onveranderd 12 uur zou

werken.

Commentaar

De Raad verwijst naar het vaste beoordelingskader zoals dat volgt uit artikel 65 Wet WIA en de Beleidsregels beoordelingskader poortwachter (Besluit van 3 december 2002, *Stcrt.* 2002, 236, gewijzigd bij Besluit van 17 oktober 2006, *Stcrt.* 2006, 224) (Beleidsregels). Dit kader is ingericht rond het doel van de re-integratie-inspanningen, welk doel is het voorkomen van het doen van een beroep van de werknemer op een WIA-uitkering. Dat betekent dat het verrichten van re-integratie-inspanningen wordt verlangd zodra en zolang met een mogelijke instroom van de werknemer in de WIA rekening moet worden gehouden (zie ook: CRvB 18 mei 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:1916, 14/4481 en CRvB 7 september 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:3343, 14/1877). Daartoe beoordelen verzekeringsartsen en arbeidsdeskundigen van het UWV voorafgaand aan de claimbeoordeling WIA de re-integratie-inspanningen van werkgever en werknemer zoals vastgelegd in het re-integratieverslag, ook wel genoemd: 'de RIV toets'. In 2011 heeft UWV de werkwijzer 'RIV toets in de praktijk' (Werkwijzer) samengesteld voor verzekeringsartsen en arbeidsdeskundigen. De Werkwijzer bevat concrete beoordelingscriteria en praktische aanwijzingen voor de uitvoering van de RIV toets. Volgens het beoordelingskader moet beoordeeld worden of werkgever en werknemer in redelijkheid konden komen tot de re-integratie-inspanningen die zijn verricht. Het bereikte resultaat staat voorop. Van een bevredigend resultaat is sprake als gekomen is tot (gedeeltelijke) hervatting, die aansluit bij de resterende mogelijkheden van de werknemer, waardoor de werknemer minder dan 35% arbeidsongeschikt is en geen aanspraak hoeft te maken op de WIA. Is daarvan sprake, dan wordt aangenomen dat werkgever en werknemer in redelijkheid konden komen tot de inspanningen die zijn verricht. Als het UWV het resultaat niet bevredigend acht, moet worden ingezoomd op hetgeen daadwerkelijk is ondernomen. Daarbij wordt in het bijzonder gelet op de probleemanalyse en het plan van aanpak dat periodiek moet zijn geëvalueerd. Met name de eerstejaarsevaluatie, welk moment uitdrukkelijk wordt benoemd in artikel 4 lid 2 onder 5 Regeling procesgang eerste en tweede ziektejaar, kent een extra dimensie. Er moeten dan basale keuzes worden gemaakt voor inspanningen in het eigen bedrijf of bij een andere werkgever. Werkgever en werknemer dienen zich volgens artikel 7:658a lid 1 BW in eerste instantie in te spannen om de werknemer zijn eigen functie weer te laten oppakken. Mocht dat niet mogelijk zijn, dan wordt gekeken naar passend werk bij werkgever. Mogelijkheden bij een andere werkgever komen in de volgorde die artikel 7:658a lid 1 BW kent aan de orde als hervatting in eigen of passend werk bij de eigen werkgever niet meer mogelijk is. Dit suggereert dat inzetten van het tweede spoor afhankelijk zou zijn van het eerste spoor. De Centrale Raad van Beroep (zie bijvoorbeeld: CRvB 29 april 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:1413 en CRvB 26 januari 2011,

ECLI:NL:CRVB:2011:BP2230) legt dit echter zo uit dat de werkgever ook twee sporen tegelijk moet volgen. In het tweede jaar moet altijd het tweede spoor worden ingezet, tenzij dit niet mogelijk of niet nodig is. In de Beleidsregels staat dat activiteiten met het oog op werk bij een andere werkgever slechts achterwege kunnen blijven als er nog concreet perspectief bestaat op hervatting in het eigen bedrijf. Stagnatie in medische behandeling, niet stabiele werkhervatting, hervatting op te laag niveau of op arbeidstherapeutische basis kunnen bijvoorbeeld redenen vormen om de re-integratie bij te stellen. In bijlage 1, onder 4, van de Werkwijzer is dit uitgewerkt als een aanwijzing in het kader van de RIV-toets die inhoudt dat ten tijde van de eerstejaarsevaluatie re-integratieactiviteiten in het tweede spoor slechts achterwege kunnen blijven als er binnen drie maanden nog geen concreet perspectief op hervatting in het eigen bedrijf is. Volgens vaste rechtspraak geldt een gedurende het traject afgegeven inadequaats oordeel van de bedrijfsarts, arbodienst, re-integratiebedrijf of andere door de werkgever ingeschakelde dienstverlener niet als een 'deugdelijke grond' voor een tekortkoming in de re-integratie. In onderhavige uitspraak kwam dit ook aan de orde. De Raad verwijst hiervoor naar CRvB 18 november 2009, ECLI:NL:CRVB:2009:BK3713. Daaruit volgt dat de werkgever zich niet kan beroepen op inadequaats handelen en oordelen van de door hem ingeschakelde deskundigen. Zij werken immers onder zijn verantwoordelijkheid. Het risico dat de bedrijfsarts de belastbaarheid te laag heeft ingeschat, zoals in onderhavige casus, komt voor rekening van de werkgever. Werkgevers worden geacht het risico van inadequate handelwijzen en oordelen te beperken door zelf een vinger aan de pols te houden en alert te blijven in de ziekteperiode (zie ook paragraaf 5.5.3.1 Werkwijzer). Bovendien geldt volgens het UWV dat naarmate de wachtperiode voor de WIA verder verstrijkt van werkgever een alertere houding mag worden verwacht. Het is overigens wel aan het UWV om aannemelijk te maken dat sprake is van daadwerkelijk tekortschieten (CRvB 25 maart 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:926). Voor werkgevers is dit vaak een bittere pil en ook beschouwen zij het als een ingewikkelde verantwoordelijkheid. Zij beschikken immers niet over de medische informatie, noch over de deskundigheid die informatie te vertalen in concrete stappen ten behoeve van de re-integratie. Daarvoor schakelen zij nu juist deskundigen in, maar voor de kwaliteit van diens adviezen blijven zij dan wel verantwoordelijk. Dit brengt werkgevers in een positie waarin ze zich steeds moeten afvragen of de aanpak eigenlijk wel de juiste is. Die aanpak kan immers, achteraf beoordeeld, door een UWV-deskundige die 'inzoomt op het proces' niet de juiste blijken te zijn geweest. Dat leidt tot vragen en twijfels in het traject zelf, wat weer een vertroebelend effect kan hebben op het uiteindelijke doel van re-integratie. Werkgevers besluiten dan ook vaak toch maar zekerheidshalve een tweedespoortraject in te zetten om een loonsanctie te voorkomen, terwijl zij in het nut van het traject op zichzelf soms geen enkele fiducie hebben. Het eventueel tussentijds vragen van een deskundigenoordeel bij het UWV kan de zekerheid over de juistheid van de aanpak verhogen, maar vormt wél weer een extra

schakel in het proces en biedt geen garantie. Ook daar dienen betrokkenen bovendien alert te zijn dat het deskundigenoordeel adequaat is en niet is gebaseerd op onvolledige, onjuiste gegevens of inhoudelijke fouten bevat (zie paragraaf 3.7.3 Werkwijzer). Ook na het gegeven deskundigenoordeel blijft alertheid dus geboden. Ook de werkgeefster in onderhavige casus loopt tegen deze problematiek aan. Zij verliet zich op de advisering van de bedrijfsarts, die vanuit zijn eigen beoordelingsbevoegdheid meende dat werkneemster maximaal 12 uur per week kon werken, terwijl inzet van het tweede spoor (op basis van dat advies) niet aangewezen werd geacht. Op beide punten stelde het UWV, ondanks de advisering van de bedrijfsarts, vast dat sprake was van een tekortkoming. Werkgeefster had echter al aangegeven dat het ziekteverloop van werkneemster plaatsing bij een andere werkgever in de weg stond. Anders gezegd: werkgeefster verwachtte geen toegevoegde waarde van een tweedespoortraject en kennelijk had ook de bedrijfsarts geen aanleiding gezien dat te adviseren. Desondanks werd dit door het opleggen van de loonsanctie als een tekortkoming gezien. In zijn op 21 april 2016 gepresenteerde arbeidsmarktpakket heeft Minister Asscher de dilemma's die werkgevers ondervinden bij het al dan niet inzetten van een tweede spoor onderkend. Hij heeft aangekondigd de regelgeving te zullen aanpassen om dit knelpunt te verlichten. In zijn brief aan de Tweede Kamer 'loondoorbetaling bij ziekte' van 21 april 2016 (www.rijksoverheid.nl/binaries/rijksoverheid/documenten/kamerstukken/2016/21/kamerbrief-loondoorbetaling-bij-ziekte/brief-tk-loondoorbetaling-bij-ziekte.pdf) kondigt Asscher aan: *"(...) Het wel of niet en het moment van inzetten van een tweede spoortraject wordt de keuze van werkgever en werknemer op basis van advies van de bedrijfsarts en leggen zij vast in een plan van aanpak. UWV toetst vervolgens of het re-integratietraject conform plan van aanpak is verlopen. Het wel of niet, het te laat of te vroeg inzetten van een tweede spoortraject zal hierdoor niet langer kunnen leiden tot een loonsanctie van UWV. Op die manier wordt voorkomen dat werkgevers een tweede spoortraject inzetten alleen maar om een loonsanctie te voorkomen. Er wordt vertrouwd op het inzicht van werkgever, werknemer en bedrijfsarts met betrekking tot het inzetten van re-integratieactiviteiten. De rol van de bedrijfsarts blijft in deze nieuwe situatie hetzelfde. De adviezen die de bedrijfsarts geeft worden door werkgever en werknemer vertaald in een plan van aanpak, het plan van aanpak wordt bijgesteld indien daartoe aanleiding is. Werkgever en werknemer moeten uit kunnen gaan van het oordeel van de bedrijfsarts. Een (kleine) werkgever dient immers niet te worden afgerekend wanneer deze het advies van een bedrijfsarts opvolgt. Hierdoor zal het tweede spoor alleen nog worden ingezet als een toegevoegde waarde te verwachten is.(...)"* De uitwerking van de door Asscher aangekondigde maatregel in conceptwetgeving is op dit moment nog niet gerealiseerd. Toch kan het inzicht bieden na te gaan waar de maatregel toe zou hebben geleid in de onderhavige casus. Van belang daarbij is in de eerste plaats dat de maatregel is aangekondigd binnen het kader van het al dan niet inzetten van het tweede spoor. Voor de onderhavige casus betekent dit dat de maatregel geen directe betekenis zou hebben gehad

voor de vastgestelde tekortkoming ten aanzien van het bereikte urenaantal, maar wel voor de vastgestelde tekortkoming ten aanzien van het tweede spoor. Als de re-integratie, los van het urenaantal, volgens het plan van aanpak is verlopen en daarin ligt besloten dat een tweede spoor geen toegevoegde waarde zou hebben, zou dit – anders dan de Raad oordeelde in de casus – niet meer als tekortkoming kunnen worden aangemerkt. Daarmee zou de loonsanctie in de redenering van de Raad nog niet van de baan zijn geweest. Onveranderd zou immers blijven dat de hervatting in het eerste spoor niet aansloot bij de resterende mogelijkheden van werkneemster. De werkgeefster zal echter wel eerder een bekortingsverzoek op grond van artikel 25 lid 9 WIA hebben kunnen indienen, namelijk als werkneemster conform haar functionele belastbaarheid zou zijn gaan werken voor 20 uur per week, en dit werk structureel aan haar zou worden aangeboden. Daarmee zou immers zijn aangetoond dat de resterende tekortkoming is hersteld. Blijft het hiervoor geschetste probleem staan dat een werkgever niet is verschoond van het niet hebben van een deugdelijke grond als hij de adviezen van de bedrijfsarts heeft opgevolgd en de onzekerheid die dat met zich meebrengt. De door Asscher aangekondigde maatregel lijkt daarin in zijn algemeenheid geen wijziging te beogen. Daarin wordt immers expliciet aangekondigd dat de werkgever mag afgaan op het oordeel van de bedrijfsarts ten aanzien van inzetten van het tweede spoor, wat niet wil zeggen dat dit ook geldt als andere re-integratiemogelijkheden in geschil zijn (zoals omvang werkhervatting of aard van het werk). Een oplossing voor de onzekerheid die daarmee blijft bestaan zou kunnen zijn dat een tussentijds, gedurende de wachttijd, door het UWV af te geven deskundigenoordeel (wél) de garantie biedt over het niet opleggen van een loonsanctie. Dat deskundigenoordeel zou dan moeten inhouden dat de weg die partijen zijn ingeslagen de juiste is, en zij dus op die voet verder kunnen gaan zonder het risico op een loonsanctie te lopen. Daarmee kunnen partijen zich verder concentreren op vervolmaking van de re-integratie in plaats van het voorkomen van een loonsanctie.

Sanne Schreurs, DingemansVanderKind advocaten, Amsterdam

ANNOTATIE

Vrijwilligersovereenkomst, arbeidsovereenkomst of overeenkomst van opdracht?***mr. O. van der Kind*****1. Feiten**

De werkneemster – gemakshalve duid ik haar zo aan hoewel het in deze annotatie om meer gaat dan deze kwalificatie – is sinds 25 november 2004 bestuurder van Woningbouwvereniging Laren (hierna: de woningbouwvereniging). Bij aanvang van haar aanstelling als bestuurder verricht zij haar werkzaamheden op vrijwillige basis. Enkele jaren later gaat de woningbouwvereniging de werkneemster een vaste maandelijkse vergoeding van € 1.460 bruto betalen. Op 22 november 2012 is de werkneemster benoemd tot voorzitter van het bestuur. Bij besluit van 19 september 2014 merkt de Belastingdienst de arbeidsverhouding tussen de woningbouwvereniging en haar bestuurders aan als een arbeidsovereenkomst. Uit praktisch oogpunt neemt de woningbouwvereniging de bestuursleden vervolgens met terugwerkende kracht op in de loonadministratie, met ingang van 1 januari 2014.

Begin februari 2016 ontstaat een conflict tussen de werkneemster en de raad van commissarissen (RvC). Volgens de RvC functioneert de werkneemster niet goed. Mediation leidt niet tot een oplossing en bij brief van 3 juni 2016 zegt de RvC de overeenkomst met de werkneemster op, met ingang van 1 augustus 2016. De werkneemster protesteert tegen de opzegging waarna de woningbouwvereniging de werkneemster meedeelt dat aan de opzegging geen uitvoering zal worden gegeven en dat de vaste maandelijkse vergoeding ook na 1 augustus 2016 wordt doorbetaald. Wel is de werkneemster met ingang van 2 september 2016 geschorst. De werkneemster stelt zich op het standpunt dat de woningbouwvereniging de opzegging niet eenzijdig ongedaan kan maken en verzoekt de kantonrechter de woningbouwvereniging te veroordelen tot betaling van (1) een billijke vergoeding ex artikel 7:681 lid 1 aanhef en onderdeel a BW van € 35.040 bruto, (2) een transitievergoeding van € 5.962 bruto en (3) een vergoeding van € 2.920 bruto vanwege onregelmatige opzegging van de arbeidsovereenkomst.

2. Oordeel kantonrechter

In zijn tussenbeschikking van 11 oktober 2016 overweegt de kantonrechter dat de woningbouwvereniging gebonden is aan de opzegging, wat betekent dat de arbeidsovereenkomst met ingang van 1 augustus 2016 tot een einde is gekomen. Om de door de werknemster verzochte vergoedingen te kunnen bepalen, is volgens de kantonrechter van belang te weten vanaf welk moment de arbeidsovereenkomst is aangevangen. In dat kader overweegt hij dat de woningbouwvereniging heeft erkend dat altijd sprake is geweest van een gezagsverhouding. Volgens de kantonrechter is in ieder geval vanaf 1 januari 2014 sprake geweest van een arbeidsovereenkomst, gelet op de loonbetalingen die vanaf die datum vaststaan. Omdat de werknemster heeft gesteld dat de arbeidsovereenkomst eerder dan per 1 januari 2014 is ontstaan nu ook voor die datum sprake was van loon, krijgt zij de gelegenheid nadere inlichtingen daarover te verstrekken.

3. Commentaar

Zoals uit de hier besproken beschikking volgt, is niet onbelangrijk vrijwilligerswerk te onderscheiden van arbeid in het kader van een arbeidsovereenkomst. Als de arbeidsrelatie kwalificeert als arbeidsovereenkomst bestaat voor de arbeidskracht ontslagbescherming, terwijl deze bescherming ontbreekt als de arbeidsrelatie wordt aangemerkt als 'vrijwilligersovereenkomst'. Dat maakt nogal een verschil. Het is niet alleen van belang voor de arbeidskracht (wel of geen ontslagbescherming), maar ook voor de organisatie waarvoor hij werkt (wel of geen ontslagprocedure met bijbehorende kosten en eventueel vergoedingen). Dit roept de vraag op wanneer sprake is van vrijwilligerswerk. De Nederlandse wet geeft geen definitie en kent de vrijwilligersovereenkomst als zodanig niet. Dat is anders onder Belgisch recht. Voor onze zuiderburen geldt de Wet betreffende de rechten van vrijwilligers (Wet van 3 juli 2005, *Belgisch Staatsblad* 26 augustus 2005, N. 2005 – 2048). Deze wet, die vooral een sociaalverzekeringsrechtelijke oriëntatie lijkt te hebben, definieert met artikel 3 vrijwilligerswerk als 'elke activiteit die a) onbezoldigd en onverplicht wordt verricht' voor (kort weergegeven) een of meer derden, 'd) en die niet door dezelfde persoon en voor dezelfde organisatie wordt verricht in het kader van een arbeidsovereenkomst, een dienstencontract of een statutaire aanstelling;'. Als vrijwilliger is in artikel 3 gedefinieerd: 'elke natuurlijke persoon' die het vrijwilligerswerk verricht. Samengevat moet naar Belgisch recht dus sprake zijn van werk voor een derde dat door een natuurlijk persoon onbezoldigd en onverplicht wordt verricht en zonder dat die persoon dat werk voor die derde ook verricht uit hoofde van een arbeidsovereenkomst. Dat sluit aan bij de benadering van Zondag, die de overeenkomst met de vrijwilliger langs de lat van artikel 7:610 BW heeft gelegd en concludeert dat wel sprake is van arbeid gedurende zekere tijd, maar niet van loon en een gezagsverhouding (W.A. Zondag, 'De vrijwilliger', in: A.R. Houweling & G.W. van der Voet (red.), *Bijzondere*

arbeidsverhoudingen, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012). Hierbij geldt overigens dat het ontbreken van een gezagsverhouding niet betekent dat de vrijwilliger geen instructies gegeven mogen worden en dat hem geen onkostenvergoeding mag worden betaald. De vrijwilliger dient zich uiteraard te houden aan de werkinstructies van de organisatie, al was het maar vanwege de veiligheid. En zolang de onkostenvergoeding reëel is, kan niet gesproken worden van een vergoeding als tegenprestatie voor het geleverde werk (zie ook art. 10 van de Belgische Wet betreffende de recht van vrijwilligers: 'Het onbezoldigd karakter van het vrijwilligerswerk belet niet dat de door de vrijwilliger voor de organisatie gemaakte kosten door de organisatie worden vergoed.'). Overigens kan ook het afzien van loon maken dat geen sprake is van een arbeidsovereenkomst, maar van een vrijwilligersovereenkomst, zelfs als de waarde van de arbeid een loonaanspraak zou rechtvaardigen (Hof Arnhem-Leeuwarden 5 maart 2013, AR 2013-0216 (DWN Service/Belastingdienst). Zie over deze uitspraak ook de annotatie van G.W. van der Voet in AR Updates van 10 april 2013). Het zal bij de beantwoording van de kwalificatievraag op een beoordeling van de criteria loon en gezagsverhouding aankomen, nu per definitie sprake is van een natuurlijk persoon, net als bij een arbeidsovereenkomst.

De kantonrechter lijkt ervan uit te gaan dat de arbeidsrelatie tussen de werkneemster en de woningbouwvereniging in de eerste periode van die relatie (dat wil zeggen: voordat de maandelijkse vergoeding werd betaald) kwalificeerde als een overeenkomst met een vrijwilliger omdat de werkneemster de werkzaamheden toen onbetaald verrichtte. Als wordt weggedacht dat het bestaan van een gezagsverhouding door de woningbouwvereniging niet werd betwist (zie hierna) rijst de vraag of niet (ook) sprake is geweest van een overeenkomst van opdracht. Ook tussen de opdrachtgever en zijn opdrachtnemer ontbreekt het element van gezagsverhouding en is sprake van een minder vergaande instructiebevoegdheid. Uit de wettelijke regeling van de overeenkomst van opdracht (Boek 7, titel 7, Burgerlijk Wetboek) volgt verder dat de opdrachtnemer een natuurlijk persoon kan zijn. Bedenkt men daarbij dat ook bij de overeenkomst van opdracht sprake kan zijn van afwezigheid van loon, namelijk als de opdracht niet in de uitoefening van beroep of bedrijf wordt aangegaan (vgl. art. 7:405 lid 1 BW dat bepaalt dat loon verschuldigd is als de overeenkomst door de opdrachtnemer wél in de uitoefening van beroep of bedrijf is aangegaan), dan lijkt niet uitgesloten dat in de hier besproken zaak sprake had kunnen zijn van toepasselijkheid van de wettelijke regeling van de overeenkomst van opdracht. Het criterium 'in de uitoefening van een beroep of bedrijf' moet weliswaar ruim worden uitgelegd (Castermans & Krans, *T&C Burgerlijk Wetboek*, art. 7:405 BW, aant. 2, Deventer: Wolters Kluwer 2015) waardoor niet snel sprake zal zijn van een overeenkomst van opdracht zonder loonverplichting (en dus een vrijwilligersovereenkomst) maar moeilijk voorstelbaar is dat die ruime uitleg zo ver gaat dat vrijwilligerswerk daaronder valt. Zelfs als de beweegredenen van de vrijwilliger om het vrijwilligerswerk te verrichten

duiden op een sterk eigen belang (bijvoorbeeld het opdoen van relevante werkervaring om de kansen op de arbeidsmarkt te vergroten) is de afstand tot 'beroep of bedrijf' mijns inziens te groot. Zie ook Boot, die eveneens meent dat niet snel gezegd kan worden dat geen recht bestaat op loon en die als voorbeeld van een overeenkomst van opdracht zonder loonverplichting noemt de zogeheten vriendendienst (G.C. Boot, *Arbeidsrechtelijke bescherming*, Den Haag: SDu Uitgevers 2004, p. 214). In hoeverre verschilt het verrichten van vrijwilligerswerk van een vriendendienst? Niet veel, denk ik, hoewel bij vrijwilligerswerk dus andere drijfveren kunnen meespelen dan uitsluitend het verrichten van werk bij wijze van gunst. Toegepast op de casus uit de hier besproken beschikking lijkt mij hoe dan ook goed te bepleiten dat in de eerste periode van de arbeidsrelatie, toen geen loonverplichting bestond, het vrijwilligerswerk werd gedaan in het kader van een overeenkomst van opdracht. Dat past ook beter bij de aard van het werk, het verrichten van bestuurstaken voor een professionele woningbouwvereniging.

Gelet op de – globale – gelijkenissen tussen de vrijwilligersovereenkomst en de arbeidsovereenkomst (er wordt arbeid verricht door een natuurlijk persoon en vaak tegen een concrete vergoeding) is soms moeilijk te beoordelen van welke overeenkomst sprake is. Bij deze kwalificatievraag kan aansluiting worden gezocht bij de jurisprudentie over de vraag of sprake is van een overeenkomst van opdracht of een arbeidsovereenkomst, zoals ook de kantonrechter heeft gedaan met verwijzing naar 14 november 1997, *NJ* 1998/149 (Groen/Schoevers) en HR 13 juli 2007, *JAR* 2007/231 (PGGM). De bedoeling van partijen is van belang, maar 'wezen gaat voor schijn'. Zodra aan de dwingendrechtelijke criteria van artikel 7:610 BW is voldaan, is sprake van een arbeidsovereenkomst, ook al hebben partijen anders bedoeld. Of de vrijwilliger een reële onkostenvergoeding ontvangt of een vergoeding die daarboven uitgaat, zal vaak bepalend zijn, ook gezien het rechtsvermoeden van artikel 7:610a BW ('tegen beloning'). Probleem in deze zaak was echter dat de werkneemster zelf had gesteld dat aanvankelijk sprake was van vrijwilligerswerk waarbij aan haar geen vergoeding werd betaald. Zij stelde echter ook dat zij toen onder gezag stond van de algemene ledenvergadering (ALV) en sinds de wijziging van de Woningwet onder het gezag van de RvC. Mogelijk was dat zo, maar hoe dan ook was bij aanvang van de arbeidsrelatie niet voldaan aan het loonvereiste. Daardoor kon niet worden geconcludeerd dat de arbeidsrelatie reeds bij aanvang van de werkzaamheden een arbeidsovereenkomst was.

Wanneer is die arbeidsovereenkomst wel ontstaan? Volgens de kantonrechter mag niet te snel worden aangenomen dat een overeenkomst tussen twee partijen geruisloos van karakter verandert, waarbij hij heeft verwezen naar HR 5 april 2002, *JAR* 2002/100 (ABN ARMO/Malhi). Hoewel in die zaak de vraag aan de orde was of een via een derde (De Gast) ingeleende arbeidskracht (Malhi) geruisloos in dienst kan treden bij de inlenende partij (ABN

AMRO), welke vraag door de Hoge Raad met een beroep op de rechtszekerheid ontkennend werd beantwoord, is de verwijzing naar dit arrest begrijpelijk. In de kern is de vraag immers dezelfde, namelijk of geruisloos een arbeidsovereenkomst kan ontstaan. Wel moet erop worden gewezen dat bij de beantwoording van de vraag of een reeds bestaande overeenkomst op enig moment tot een arbeidsovereenkomst is verworden, de eerste 'hobbel' al is genomen, namelijk of partijen überhaupt met elkaar hebben gecontracteerd (vgl. HR 27 november 1992, *JAR* 1992/148 (Volvo Car/Braam)). Onder meer het ontbreken van dat aspect leidde in ABN AMRO/Malhi ertoe dat de Hoge Raad besliste dat geen sprake was van het geruisloos ontstaan van een arbeidsovereenkomst (r.o. 3.4). In de hier aan de orde zijnde zaak stond vast dat sprake was van een overeenkomst, maar was de vraag hoe die overeenkomst moest worden gekwalificeerd en tot/vanaf welk moment. Een verwijzing naar HR 28 juni 1996, *JAR* 1996/153 (Verhoef/Van Zuijlen) was daarom juister geweest. De Hoge Raad besliste in die zaak dat de rechtszekerheid zich verzette tegen het aannemen van een geruisloze, met een verandering van de toepasselijke regels gepaard gaande, omzetting van een leerovereenkomst naar een arbeidsovereenkomst, zonder dat voor partijen duidelijk is op welk moment die omzetting zich dan zou hebben voltrokken. In de in deze noot behandelde zaak was het voor de kantonrechter daarentegen relatief eenvoudig een moment aan te wijzen waarop de overeenkomst was getransformeerd in een arbeidsovereenkomst. Aangezien de werkneemster per 1 januari 2014 was opgenomen in de loonadministratie, stond volgens de kantonrechter vast dat in ieder geval per die datum sprake was van een arbeidsovereenkomst. Aldus kon niet worden gezegd dat de rechtszekerheid zich verzette tegen de karakterverandering van de overeenkomst, ondanks het feit dat die verandering vergaande arbeidsrechtelijke gevolgen zou hebben. Zie over de wijziging van karakter van een overeenkomst en de rol van de rechtszekerheid ook E. Verhulp in zijn noot onder *JAR* 2002/100, die betoogt dat naarmate het tussen partijen gesloten contract en de rechtsrelatie, die op grond van de wijze waarop partijen aan de uitvoering daarvan invulling hebben gegeven kan worden aangenomen, verder uit elkaar liggen, de rechtszekerheid een belangrijker rol speelt. Zie voorts opnieuw Zondag (p. 651), die met verwijzing naar Verhoef/Van Zuijlen en ABN AMRO/Malhi stelt dat niet snel mag worden aangenomen dat een vrijwilliger geruisloos transformeert in een werknemer. Een evolutie van overeenkomst van opdracht naar arbeidsovereenkomst is echter wel aangenomen in Hof Arnhem-Leeuwarden 18 maart 2014, *JAR* 2014/173 (m.nt. J. Dop).

Bij het vaststellen van de datum met ingang waarvan een arbeidsovereenkomst is aangenomen, is de kantonrechter enigszins geholpen door de woningbouwvereniging. Zij had namelijk niet betwist dat de werkneemster altijd onder gezag had gestaan. Ook was niet betwist dat de arbeid altijd persoonlijk moest worden uitgevoerd en de werknemer zich niet mocht laten vervangen. Daardoor hoefde niet onderzocht te worden of er – naast de verplichting loon te betalen – een gezagsverhouding in de zin van artikel 7:610 BW bestond.

Het is de vraag of de woningbouwvereniging hier niet iets heeft laten liggen. Voorstelbaar is dat wat de werkneemster heeft aangeduid met gezagsverhouding in de zin van artikel 7:610 BW in werkelijkheid een instructiebevoegdheid zoals bedoeld in artikel 7:402 lid 1 BW betrof. In ieder geval lijkt dat te bepleiten te zijn geweest. Een overeenkomst van opdracht zou, zoals opgemerkt, ook hebben gepast bij de aard van de werkzaamheden, het uitvoeren van bestuurstaken. Dergelijke werkzaamheden kunnen in het kader van een arbeidsovereenkomst worden uitgevoerd (behalve bij beursgenoteerde vennootschappen, waarvoor is bepaald dat de rechtsverhouding tussen de bestuurder en de vennootschap niet wordt aangemerkt als arbeidsovereenkomst, art. 2:132 lid 3 BW) maar worden niet zelden in het kader van een overeenkomst van opdracht uitgevoerd. Zou sprake zijn geweest van een overeenkomst van opdracht, dan had de overeenkomst in beginsel zonder ontslagprocedure opgezegd kunnen worden (met de inwerkingtreding van de WWZ is het BBA 1945 vervallen en kan bij een overeenkomst van opdracht dus geen sprake meer zijn van een arbeidsverhouding waarvoor het toestemmingsvereiste geldt) en zonder vergoeding. De verzoeken van de werkneemster om toekenning van de transitievergoeding, billijke vergoeding ex artikel 7:681 BW en de vergoeding vanwege onregelmatig ontslag zouden in dat geval hoe dan ook zijn afgewezen.