

Nieuwsbrief AR Updates - Nummer 50, 2016

Nummer 50, 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

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2016:5468](#) 08-12-2016

werknemer/All 4 Car B.V.

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2016:5467](#) 08-12-2016

werknemer/Sabic BV

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2016:5466](#) 08-12-2016

Profi-Sec Security B.V./werknemer

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2016:9944](#) 07-12-2016

werknemer/X B.V.

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2016:9871](#) 07-12-2016

werknemer/werkgever

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2016:3530](#) 06-12-2016

Masters in Finance B.V./werknemer

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2016:3525](#) 06-12-2016

centrale ondernemingsraad KPN/Koninklijke KPN N.V.

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2016:9855](#) 06-12-2016

werknemer/Reib International B.V.

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2016:5420](#) 06-12-2016

bewindvoerder werkneemster/Q-Park Beheer B.V.

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2016:5421](#) 06-12-2016

ParkKing Beheer B.V./werkneemster

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2016:9733](#) 02-12-2016

werknemer/Hago Rail Services B.V.

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2016:9641](#) 01-12-2016

Combinatie Zorg A BV/werknemer

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2016:5166](#) 29-11-2016

werknemer/JvanH Media B.V.

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2016:5165 29-11-2016

werknemster/Uurwerken B.V.

Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2016:3372 22-11-2016

werknemer/Shell International Exploration and Production B.V.

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2016:9176 17-11-2016

werknemster/werkgever

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2016:3748 13-09-2016

Sociale Verzekeringsbank/werknemer

Rechtbank

Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2016:6610 08-12-2016

werkgeefster/werknemer

Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2016:16878 07-12-2016

werknemster/werkgever

Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2016:10587 06-12-2016

TCC The Computer Company B.V./werknemer

Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2016:10510 05-12-2016

werknemer/Mens & Water B.V.

Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2016:10430 01-12-2016

Comex Service B.V./werknemer

Rechtbank Zeeland-West-Brabant, ECLI:NL:RBZWB:2016:7766 28-11-2016

werkgeefster/werkneemster

Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2016:9258 25-11-2016

Schutter Rotterdam B.V./werknemer

Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2016:10244 24-11-2016

werknemster/werkgever

Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2016:6568 23-11-2016

werknemer/Stichting Rijnstate Ziekenhuis

Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2016:6183 16-11-2016

Egency B.V./werknemer

Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2016:5437 13-10-2016

Bos&Bos Catering B.V./werknemster

Centrale Raad van Beroep

Centrale Raad van Beroep, ECLI:NL:CRVB:2016:4579 30-11-2016

Centrale Raad van Beroep, ECLI:NL:CRVB:2016:4457 23-11-2016

Centrale Raad van Beroep, ECLI:NL:CRVB:2016:4567 23-11-2016

Centrale Raad van Beroep, ECLI:NL:CRVB:2016:4517 23-11-2016

Uitspraken zonder ECLI

Rechtbank Zeeland-West-Brabant 02-12-2016

werkneemster/werkgever

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Rechtbank Amsterdam 27-10-2016

Professional Facility Services B.V./werknemer

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

RECHTSPRAAK

werknemer/Sabic BV

Geen sprake van een verstoorde arbeidsverhouding. Zelfs als aangenomen moet worden dat de verhoudingen definitief verstoord zijn geraakt, wil dat nog niet zeggen dat werknemer niet, eventueel met scholing of coaching, herplaatst had kunnen worden. Herstel arbeidsovereenkomst.

Werknemer is sinds 1 september 2011 in dienst bij Sabic BV (hierna: Sabic). Werknemer heeft zich op 8 december 2014 ziek gemeld. Sabic verzoekt de arbeidsovereenkomst met werknemer te ontbinden op grond van een verstoorde arbeidsverhouding. Het standpunt van Sabic komt erop neer dat zij meent dat werknemer vaktechnisch een goede werknemer is, maar dat hij niet met anderen kan samenwerken en dat hij zich op zodanige wijze heeft gedragen, dat hij niet meer te handhaven is in haar organisatie. De kantonrechter heeft het verzoek van Sabic toegewezen. Tegen dit vonnis komt werknemer in hoger beroep.

Het hof oordeelt als volgt. Uit de Integraal Performance Management (hierna: IPM) van 2012 en 2013 kan worden afgeleid dat werknemer in deze jaren wel is aangesproken op zijn houding en gedrag. Onvoldoende blijkt echter dat Sabic het werknemer duidelijk heeft gemaakt dat Sabic dit zwaar opnam. Ter onderbouwing van haar stelling dat sprake is van een verstoorde arbeidsrelatie wijst Sabic vervolgens op een viertal incidenten die zich in 2014 hebben voorgedaan. Zij heeft deze incidenten opgesomd in een verslag ('Roll/up') van 29 januari 2015. Het voorval in februari 2014, noch het voorval in juni 2014 of november 2014, is voor Sabic aanleiding geweest om werknemer een schriftelijke waarschuwing te geven. De discussie in november 2014 had betrekking op het dragen van een persademhalingsluchttoestel (hierna: PA). Volgens Sabic is werknemer in het team waartoe hij behoort niet meer te handhaven, onder meer niet omdat hij het PA niet wil dragen. Uit een brief van de bedrijfsarts van 4 maart 2015 blijkt dat werknemer geen PA kan dragen. Sabic had onenigheid in het team over het dragen van een PA – de collega's denken dat werknemer zich 'drukt' – kunnen en moeten voorkomen door dit niet van werknemer te verlangen en door hierover duidelijkheid te scheppen in het team. Uit de Roll/up blijkt echter dat dit werknemer kwalijk werd genomen, ook door zijn leidinggevende. Wanneer het incident van 8 februari

2014 voor Sabic zo belangrijk was als zij nu in deze procedure doet voorkomen, valt niet te begrijpen waarom – bij gebreke van initiatief van werknemer om hulp te vragen bij het verbeteren van zijn houding – dit voorval voor haar geen aanleiding was om zelf alsnog actief die hulp te bieden, of beter gezegd, te eisen dat werknemer die hulp accepteerde. Dat is kennelijk ook niet gebeurd na het incident in juni 2014. Weliswaar heeft Sabic in de Roll/up beschreven dat in 2014 frequent gesprekken en bilateralen zijn gevoerd met werknemer om zijn persoonlijk functioneren te verbeteren en dat hij in die gesprekken regelmatig is aangesproken op zijn houding en gedrag in het team, maar deze Roll/up is niet met werknemer besproken en nergens uit blijkt dat Sabic het werknemer duidelijk heeft gemaakt dat hij er rekening mee moest houden dat Sabic zou streven naar een einde van de arbeidsovereenkomst wanneer hij zijn houding en gedrag niet zou wijzigen. In de Roll/up en in verklaringen van collega's wordt vermeld dat werknemer beledigingen en bedreigingen heeft geuit. In ieder geval staat vast dat werknemer onenigheid heeft gehad met collega's op 8 december 2014. Uit de Roll/up en de verklaringen blijkt niet of werknemer alleen op die dag beledigingen en bedreigingen heeft geuit, of dat hij dat al in de loop van 2014 heeft gedaan. Kortom, wanneer en hoe vaak werknemer zich heeft uitgelaten op de daarin beschreven wijze, heeft Sabic niet concreet gemaakt en is door werknemer betwist. Het hof komt niet toe aan bewijslevering. Immers, als het standpunt van Sabic juist is, dan is het onbegrijpelijk dat Sabic geen enkele schriftelijke waarschuwing heeft gegeven aan werknemer dat hij dit soort taalgebruik achterwege diende te laten. Dan heeft Sabic onvoldoende duidelijk gemaakt aan werknemer dat zij zijn gedrag niet accepteerde en dat dit voor haar aanleiding zou zijn om te streven naar een einde van de arbeidsovereenkomst. Uit het voorgaande volgt dat Sabic wel redenen heeft om ontevreden te zijn over de houding en het gedrag van werknemer, maar nu de opstelling van Sabic met betrekking tot het dragen van een PA onjuist is geweest, kan dat een niet onbelangrijke rol hebben gespeeld in de onenigheid van werknemer met zijn teamgenoten. In dat kader is van belang wat Sabic heeft gedaan om het vertrouwen tussen werknemer en zijn collega's te herstellen. Daarover is amper iets aangevoerd. Het hof kan er daarom niet van uitgaan dat de verhouding duurzaam is verstoord. Aangezien Sabic geen enkele schriftelijke waarschuwing heeft gegeven aan werknemer, is het hof verder van oordeel dat, als al aangenomen moet worden dat de verhoudingen binnen het team definitief verstoord zijn geraakt, dat nog niet wil zeggen dat werknemer niet, eventueel met scholing of coaching, herplaatst had kunnen worden. Volgt veroordeling van Sabic om de arbeidsovereenkomst te herstellen.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 08-12-2016

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2016:5467

Zaaknummer: 200 197 033_01

Rechters: A.J. Henzen, M. van Ham en J.M.H. Schoenmakers

Advocaten: A.M.T. Snijders en R.C. Breuls

Wetsartikelen: 7:671b BW en 7:660 lid 3 onderdeel g BW

RECHTSPRAAK

Profi-Sec Security B.V./werknemer

Ontslag op staande voet beveiligers wegens wegdommelen tijdens de dienst is door kantonrechter terecht vernietigd. Van doorslaggevende betekenis is dat werknemer te weinig rusttijd heeft gehad vóór de betreffende dienst.

Werknemer is in februari 2000 bij een rechtsvoorganger van Profi-Sec Security B.V. (hierna: Profi-Sec) in dienst getreden. Werknemer is werkzaam als Beveiligers A. Werknemer heeft op 5 januari 2016, tijdens zijn dienst als beveiligers bij de Universiteit van Amsterdam, toen het rustig was, ongeveer één tot vijf minuten zijn ogen gesloten en werknemer is toen weggedommeld. Hij is daar vervolgens van geschrokken en heeft zijn ogen weer geopend. Diezelfde dag is werknemer op staande voet ontslagen, omdat hij op zijn post in slaap was gevallen. De kantonrechter heeft het ontslag op staande voet in eerste aanleg vernietigd. Profi-Sec komt hiertegen in hoger beroep.

Het hof oordeelt als volgt. Gelet op de systematiek van de WWZ kan het hof niet de beslissing van de kantonrechter tot vernietiging van de opzegging vernietigen (het eerste verzoek van Profi-Sec). Het hof kan hooguit een datum bepalen waarop de arbeidsovereenkomst alsnog eindigt (het tweede verzoek van Profi-Sec). Daartoe ziet het hof geen aanleiding. Daartoe overweegt het hof het volgende. Het hof is met Profi-Sec van oordeel dat het de kerntaak van een beveiligers is om waakzaam te zijn. Het enkele feit dat een werknemer zijn kerntaak niet of niet naar behoren uitvoert levert echter niet per definitie een reden op voor ontslag op staande voet. Dat werknemer is weggedommeld tijdens zijn dienst op 5 januari 2016 acht het hof, met de kantonrechter, geen dringende reden voor een ontslag op staande voet. Het hof acht dat in de gegeven omstandigheden ook geen reden om de arbeidsovereenkomst te ontbinden. In dit geval is immers van doorslaggevende betekenis dat werknemer te weinig rusttijd heeft gehad tussen de dienst op 4 januari 2016 en de dienst op 5 januari 2016. Op grond van de cao Particuliere Beveiliging moet een onafgebroken rusttijd van ten minste 11 uur tussen twee diensten zitten en werknemer heeft maar 7,5 uur rusttijd gehad. Werknemer heeft niet zelf gevraagd om de extra dienst op 4 januari 2016. Het is Profi-Sec geweest die een beroep op hem deed om een extra dienst te draaien, omdat een collega ziek was. Het hof is van oordeel

dat Profi-Sec haar organisatie zo dient in te richten dat zij geen beroep op werknemer had hoeven doen om hem in strijd met de voorgeschreven rusttijd in te zetten. Voorts zijn de persoonlijke omstandigheden van werknemer van belang, waaronder zijn leeftijd en de aard en duur van het dienstverband. Voorts is van belang dat werknemer in de rusttijd tussen de twee diensten een reistijd had van 30 minuten, zodat hij van die rusttijd een uur heeft moeten reizen, waardoor er weinig tijd over bleef om te slapen. Dit alles maakt dat er geen dringende reden was voor een ontslag op staande voet. Overigens kan het ontslag op staande voet ook geen stand houden omdat de opgegeven reden niet vaststaat. In de ontslagbrief wordt vermeld dat werknemer in slaap is gevallen, hetgeen werknemer heeft betwist. Tussen partijen staat slechts vast dat werknemer even is weggedommeld, terwijl Profi-Sec niet heeft aangeboden te bewijzen dat werknemer sliep. Volgens Profi-Sec is nog relevant dat werknemer voorafgaand aan zijn dienst op 4 januari 2016 elf dagen verlof heeft gehad. Volgens Profi-Sec heeft werknemer ruimschoots voldoende rust kunnen nemen, of had werknemer voldoende uitgerust moeten zijn en zij heeft aangevoerd dat het volgens Amerikaans wetenschappelijk onderzoek mogelijk is om een reservevoorraad slaap op te bouwen. Het hof gaat hier niet in mee. Werknemer wist tijdens zijn verlof immers niet dat hij op 4 januari 2016 zou worden gevraagd om een roosterprobleem op te lossen. Hij hoefde zich dus niet hierop voor te bereiden door extra te slapen. Uit het voorgaande volgt dat het hof van oordeel is dat de opzegging terecht is vernietigd. Voorts oordeelt het hof dat de kantonrechter Profi-Sec terecht heeft veroordeeld tot betaling van het loon. Het dient immers voor risico van Profi-Sec te komen dat werknemer geen arbeid heeft verricht vanaf 5 januari 2016. Volgt afwijzing van de verzoeken van Profi-Sec.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 08-12-2016

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2016:5466

Zaaknummer: 200 196 115_01

Rechters: M. van Ham, J.W. van Rijkom en P.P.M. Rousseau

Advocaten: R.M. Kerkhof en L. Wimmenhove

Wetsartikelen: 7:677 BW, 7:678 BW en 7:683 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/All 4 Car B.V.

Een voorval (verzwijgen van nevenwerkzaamheden tijdens arbeidsongeschiktheid) heeft in een heel korte tijd geleid tot een zeer ernstige vertrouwensbreuk, die zo ernstig is dat de korte periode niet in de weg staat aan het aannemen van een redelijk grond voor ontslag.

Werknemer is op 1 maart 2010 bij All 4 Car B.V. (hierna: All 4 Car) in dienst getreden in de functie van algemeen medewerker. Op 27 november 2015 heeft werknemer zich ziek gemeld en is sindsdien volledig arbeidsongeschikt geweest voor eigen en aangepast werk. Gebleken is dat werknemer op 19 en 20 februari 2016 cateringwerkzaamheden heeft verricht tijdens een benefietavond, terwijl hij eerder aan All 4 Car had medegedeeld dit niet te zullen gaan doen. Werknemer kon in een gesprek bij All 4 Car vervolgens geen uitleg geven over beelden en foto's die hem daaromtrent werden voorgehouden. Hierop is werknemer op staande voet ontslagen. De kantonrechter heeft het ontslag op staande voet vernietigd en de arbeidsovereenkomst ontbonden met ingang van 1 juni 2016. Werknemer is in hoger beroep gekomen. Hij heeft geconcludeerd dat het hof All 4 Car zal veroordelen tot herstel van de arbeidsovereenkomst.

Het hof oordeelt als volgt. Juist omdat werknemer wist hoe belangrijk het was voor All 4 Car (partijen hadden hierover eerder immers met elkaar gesproken), kon hij niet zwijgen over de werkzaamheden bij de benefietavond met het argument dat het geen nevenwerk was maar slechts vrijwilligerswerk. Dat is des te opmerkelijker nu werknemer wél aan All 4 Car heeft verteld dat hij was gevraagd voor dat werk. Werknemer had zich kunnen en moeten realiseren dat hij door zijn zwijgen hierover de relatie met All 4 Car ernstig onder druk zou zetten en dat All 4 Car het vertrouwen in hem zou (kunnen) verliezen. Het hof is van oordeel dat dit voorval ertoe heeft geleid dat in een heel korte tijd een zeer ernstige vertrouwensbreuk is ontstaan en dat die zo ernstig is dat de korte periode niet in de weg staat aan het aannemen van een redelijke grond voor ontslag. Daarbij acht het hof van belang dat de verstoring in de verhouding is veroorzaakt door werknemer. Met name de mededeling van werknemer zelf dat hij vond dat hij het ten opzichte van All 4 Car niet kon maken om op de benefietavond te werken – het hof acht in dit geval het verschil tussen vrijwilligerswerk en betaald werk

gradueel, mede nu gesteld noch gebleken is dat dat verschil voor All 4 Car zonder meer kenbaar was –, terwijl hij dat diezelfde avond toch is gaan doen heeft geleid tot een diepgaand wantrouwen van All 4 Car in werknemer. Onder deze omstandigheden kon van All 4 Car niet meer worden gevergd dat zij moeite deed om deze ernstige en diepgaande vertrouwensbreuk te herstellen (hetgeen overigens ook geldt voor een herplaatsingsplicht, zoals door de kantonrechter is overwogen en waartegen geen grief is gericht). Weliswaar heeft werknemer er nog op gewezen dat is ontbonden terwijl sprake is van een opzegverbod, maar hij heeft geen grieven gericht tegen het oordeel van de kantonrechter dat de arbeidsongeschiktheid geen directe aanleiding is voor het verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst en dat het verzoek tot ontbinding geen verband houdt met het opzegverbod. Volgt bekrachtiging van de bestreden beschikking.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 08-12-2016

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2016:5468

Zaaknummer: 200 197 037_01

Rechters: P.P.M. Rousseau, J.W. van Rijkom en M. van Ham

Advocaten: A.F.J.M. Mulders en R.A.J. van der Leeuw

Wetsartikelen: 7:683 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgever

Bedreiging en poging tot slaan van directeur aan het einde van de kerstborrel leidt tot rechtsgeldig ontslag op staande voet. Alcohol en diabetes geen rechtvaardiging.

Werknemer is sinds 2001 in dienst van werkgever als metselaar. Werknemer lijdt aan de ziekte diabetes mellitus. Hij moet als gevolg daarvan minimaal viermaal per etmaal bij zichzelf insuline inspuiten. Op 18 december 2015 heeft werknemer aan het einde van de kerstborrel – na nuttiging van veel alcohol – zijn directeur aangevallen en geprobeerd te slaan. Werknemer is vervolgens op staande voet ontslagen. De kantonrechter heeft het vernietigingsverzoek van werknemer afgewezen.

Het hof oordeelt als volgt. Dat werknemer directeur is aangevlogen en heeft gepoogd deze te slaan, wordt door werknemer niet betwist. Slechts het snel ingrijpen door collega's van werknemer kon voorkomen dat hij directeur daadwerkelijk mishandelde. Als dringende reden voor het ontslag op staande voet heeft werkgever deze poging, in samenhang met de jegens directeur geuite bedreigingen, aangevoerd. Ook naar objectieve maatstaven is het hof van oordeel dat het bedreigen van (de directeur van) de werkgever en het pogen deze te slaan, een dringende reden voor ontslag kan opleveren. Dat directeur niet is geslagen, is niet te danken aan werknemer, maar aan de aanwezige collega's, die hem hebben tegengehouden. Het hof is van oordeel dat het gedrag van werknemer zodanig ernstig is, dat ook indien de persoonlijke omstandigheden van werknemer in acht genomen worden, de aangevoerde reden voldoende dringend is om het gegeven ontslag te rechtvaardigen. Ook na een dienstverband van 25 jaar hoeft een werkgever niet te accepteren dat een werknemer hem bedreigt en aanvliegt, zeker niet als dat gebeurt in een openbare gelegenheid en in het bijzijn van andere werknemers. Dat alcohol ontremmend werkt en tot agressief gedrag kan leiden, is van algemene bekendheid en werknemer moet zelf verantwoordelijk gehouden worden voor het feit dat hij die avond (te) veel heeft gedronken. Dit geldt met name nu werknemer diabetespatiënt is en hij moet hebben geweten dat alcohol en diabetes geen gelukkige combinatie vormen. Ook het feit dat werknemer 58 jaar oud is, maakt niet dat zijn handelen hem minder kan worden verweten. Van iemand van zijn leeftijd zou integendeel kunnen worden verwacht dat hij minder

impulsief zou reageren. Voor wat betreft de gevolgen van het ontslag wordt overwogen dat werknemer direct na het kerstreces bij een werkgever kon beginnen. Dat zijn positie op de arbeidsmarkt (zeer) ongunstig is, blijkt dan ook niet. Op grond van artikel 7:673 lid 8 BW kan de rechter de transitievergoeding, in afwijking van artikel 7:673 lid 7 onderdeel c BW, geheel of gedeeltelijk aan de werknemer toekennen indien het niet toekennen ervan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. De in dit artikel omschreven formulering ‘naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar’ brengt tot uitdrukking, evenals dit het geval is bij toepassing van artikel 6:248 lid 2 BW, dat de rechter de nodige terughoudendheid zal moeten betrachten en dat deze formulering dan ook niet mag worden bekort tot ‘strijd met de redelijkheid en billijkheid’. In de parlementaire geschiedenis van artikel 7:673 lid 8 BW is als voorbeeld genoemd een relatief kleine misstap na een heel lang dienstverband (*Kamerstukken II*, 33818, 3, p. 113 (MvT)). Daarvan is in dit geval geen sprake. Werknemer heeft geen feiten of omstandigheden gesteld die maken dat het niet toekennen van de transitievergoeding in dit geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 07-12-2016

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2016:9871

Zaaknummer: 200.197.396

Rechters: P.L.R. Wefers Bettink, M.E.L. Fikkers en E.B. Knottnerus

Advocaten: J. van Overdam en M.G. Spijker

Wetsartikelen: 7:677 BW en 7:678 BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/werkgever

Met akkoordverklaring beëindigingsovereenkomst door gemachtigde van werknemer is aan het schriftelijkheidsvereiste van artikel 7:670b BW voldaan. Niet vereist dat werknemer ook zelf nog een vaststellingsovereenkomst heeft ondertekend.

Werkneemster is sinds 1985 in dienst als haarstyliste. In 2014 en 2015 hebben zich conflicten en incidenten voorgedaan. Tussen partijen is in geschil of op 29 januari 2016 overeenstemming is bereikt over beëindiging van de arbeidsovereenkomst per 1 juni 2016. Werkneemster stelt van niet, omdat partijen de overeenkomst niet zelf hebben getekend. Dit betekent in de visie van werkneemster dat niet aan het schriftelijkheidsvereiste van artikel 7:670b BW is voldaan en dat dus de bedenktijd ingevolge artikel 7:670b lid 2 BW niet is aangevangen op 29 januari 2016.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Uit de wettekst volgt dat de beëindigingsovereenkomst schriftelijk moet zijn aangegaan. Niet duidelijk is of een bereikte schriftelijke overeenstemming tussen de gemachtigden van partijen moet worden gevolgd door een door beide partijen zelf ondertekende vaststellingsovereenkomst. Onder verwijzing naar de wetsgeschiedenis wordt geoordeeld dat het schriftelijkheidsvereiste van artikel 7:670b BW niet zover gaat dat de bedenktijd pas gaat lopen na ondertekening door partijen van de vaststellingsovereenkomst. Een zo vergaande afwijking van het reguliere contractenrecht en het systeem van aanbod en aanvaarding zou, zo de wetgever dat heeft bedoeld, in de wet of in ieder geval in de wetsgeschiedenis zijn genoemd. Aan het schriftelijkheidsvereiste ligt ten grondslag 'dat in het vereiste van een geschrift een bijzondere waarborg is gelegen dat de werknemer de voor hem bezwarende consequenties van dit bezwarende beding goed heeft overwogen' (HR 28 maart 2008, *JIN* 2008/288). Voorts blijkt uit de jurisprudentie dat met mededelingen per WhatsApp en met akkoordverklaringen per e-mail voldaan kan worden aan het schriftelijkheidsvereiste. Bij e-mail van 29 januari 2016 (17:07 uur) heeft de gemachtigde van werkneemster de overeenstemming bevestigd. Op grond van deze mail is voldoende komen vast te staan dat overeenstemming is bereikt. Er was immers overeenstemming over de essentialia van de beëindigingsovereenkomst. Het betoog van werkneemster dat uit de mail

van 29 januari 2016 niet kan worden opgemaakt of de gemachtigde van werknemer haar ook over de beoogde regeling had geïnformeerd en of werknemer zelf ook haar instemming aan een regeling had gegeven verwerpt de kantonrechter. Werknemer heeft zich immers gedurende de onderhandelingen laten bijstaan door een gemachtigde. Slotsom is dat de bedenktijd op 29 januari 2016 is aangevangen en dus al was verstreken op het moment dat werknemer daarvan gebruik wilde maken.

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 07-12-2016

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2016:16878

Zaaknummer: 5226297 \ CV EXPL 16-4101

Rechters: G.M.A. van Zaltbommel-Uittenbogaard

Advocaten: J. Marges en T. Kroese

Wetsartikelen: 7:670b BW

RECHTSPRAAK

werknemer/X B.V.

Kantonrechter heeft terecht geoordeeld dat werknemer de verkeerde werkgever in rechte heeft betrokken naar aanleiding van ontslag op staande voet wegens niet op werk verschijnen (na ziekmelding bij collega).

Werknemer is op 1 mei 2013 als logistiek medewerker in dienst getreden bij bedrijf 1. Per 1 augustus 2013 is deze arbeidsovereenkomst overgegaan in een arbeidsovereenkomst met bedrijf 2 als werkgever. Op enig later moment is bedrijf 3 werkgever geworden. Van al deze vennootschappen was bestuurder X middellijk bestuurder via bedrijf 4, welke holding ook alle aandelen hield. Bestuurder X is ook middellijk bestuurder en aandeelhouder van de verwerende partij. De salarisspecificaties die werknemer heeft ontvangen over de periode van september 2015 tot en met februari 2016 vermelden bedrijf 3 als werkgever. De loonbetalingen over september en oktober 2015 zijn echter verricht door de verwerende partij en over november tot en met januari 2016 door bedrijf 1. Bedrijf 3 heeft werknemer op 16 februari 2016 op staande voet ontslagen, omdat hij niet op het werk is verschenen (werknemer had zich bij een collega ziek gemeld). Werknemer heeft de kantonrechter onder meer verzocht het ontslag op staande voet te vernietigen. De kantonrechter heeft geoordeeld dat werknemer de verkeerde werkgever in de procedure heeft betrokken. Werknemer is tijdig in hoger beroep gekomen.

Het hof oordeelt als volgt. In incidenteel hoger beroep heeft de verwerende partij aangevoerd dat de kantonrechter ten onrechte geen punt heeft gemaakt van de vervaltermijn van twee maanden voor een verzoek tot vernietiging van de opzegging. In de bestreden beschikking staat vermeld dat het verzoek van werknemer in eerste aanleg is ingekomen op 18 april 2016. Nu de ontslagbrief dateert van 16 februari 2016 is dat dus te laat, aldus de verwerende partij. Het hof verwerpt dit standpunt. In een door werknemer overgelegde brief van de griffier van de Rechtbank Midden-Nederland, afdeling Civiel, locatie Utrecht staat dat zijn verzoekschrift is ontvangen en geregistreerd op 15 april 2016. Dit wordt ondersteund door de aanbiedingsfax van de toenmalig gemachtigde van werknemer. Naar het oordeel van het hof heeft werknemer aldus voldoende aangetoond dat sprake is van een kennelijke verschrijving in de bestreden

beschikking, waarin als datum van ontvangst van het verzoekschrift had moeten staan: 15 april 2016.

Het hof constateert dat werknemer niet heeft gesteld en onderbouwd dat de verwerende partij door overgang van onderneming zijn nieuwe werkgever is geworden. Desgevraagd heeft hij tijdens de mondelinge behandeling bij het hof voorts verklaard dat hij vanaf 1 november 2015 gewoon heeft doorgewerkt zonder dat er een nieuw contract is gesloten. Het hof heeft geen aanknopingspunten kunnen vinden om de verwerende partij aan te merken als de werkgever van werknemer. Dat zijn loon de laatste maanden door een derde werd betaald, brengt geen wijziging in werkgeverschap mee. Het hof laat dan nog daar dat ook niet is gebleken dat de verwerende partij kon beschikken over de bankrekeningen waarvan het loon werd overgemaakt. Het hof kan dan ook niet anders dan vaststellen dat werknemer de verkeerde rechtspersoon heeft aangesproken en de beschikking, waarvan beroep, in principaal hoger beroep bekrachtigen.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 07-12-2016

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2016:9944

Zaaknummer: 200.198.569

Rechters: M.E.L. Fikkers, P.L.R. Wefers Bettink en E.B. Knottnerus

Advocaten: S. Kroesbergen en A. Robustella

Wetsartikelen: 7:683 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Reib International B.V.

Aanhouding voor bewijsvoering bevrijdend verweer dat goederen op Marktplaats met toestemming van de werkgever werden verkocht en derhalve geen diefstal of vervreemding van werknemer opleveren.

Werknemer is in 2007 bij Reib in dienst getreden. Hij was laatstelijk voltijds werkzaam in de functie van import-exportmanager. Op 29 juli 2013 is werknemer op staande voet ontslagen vanwege (betrokkenheid bij) vervreemding van goederen van de werkgever. De (echtgenote van) werknemer heeft onder meer in 2013 via Marktplaats aanzienlijke hoeveelheden elektronica – carkits, telefoons en navigatiesystemen van onder andere de merken Parrot, Kenwood, Pioneer, JVC en Becker – uit de bedrijfsvoorraad van Reib te koop aangeboden. De goederen werden onder meer door de kopers bij werknemer vanaf zijn privéadres gehaald dan wel door werknemer buiten kantoortijden gebracht. Volgens de kantonrechter is voldoende komen vast te staan dat werknemer tijdens dienstverband goederen van de werkgever aan derden heeft verkocht (zonder toestemming van de werkgever).

Het hof oordeelt als volgt. De grieven komen erop neer dat Reib erkent dat hij, al dan niet met behulp van zijn echtgenote, in goederen van Reib via Marktplaats heeft gehandeld, maar dat dit in opdracht dan wel met expliciete toestemming van Reib was en dat hij de opbrengsten van deze verkopen in contanten aan Reib heeft afgedragen, via de dames F en I. Als dit komt vast te staan, dan leveren de Marktplaats-verkopen geen dringende reden voor ontslag op staande voet op. F heeft een andere – belastende – verklaring afgelegd. Het hof wijst contra-expertise alsnog toe.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 06-12-2016

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2016:9855

Zaaknummer: 200.163.365/01

Rechters: J.H. Kuiper, D.H. de Witte en M.W. Zandbergen

Advocaten: K.J. Kanning en J.M. Jansen

Wetsartikelen: 7:677 BW en 7:678 BW

RECHTSPRAAK

ParkKing Beheer B.V./werkneemster

Overname parkeerbeheer is een overgang van onderneming. Behoud van identiteit. Kapitaalintensieve sector.

Werkneemster is met ingang van 7 maart 2011 in dienst getreden bij ParkKing in de functie van parkeerwachter. Zij was laatstelijk werkzaam in (een van) de twee parkeergarages die in eigendom toebehoren aan de gemeente. Middels een aanbestedingsprocedure is het beheer van de beide garages met ingang van 29 december 2015 aan Q-Park gegund. Kern van het geschil is de vraag of sprake is van een overgang van onderneming. De kantonrechter heeft de vorderingen van werkneemster gedeeltelijk toegewezen. ParkKing heeft in hoger beroep vier grieven aangevoerd. Zij heeft geconcludeerd tot vernietiging van het vonnis waarvan beroep en tot het alsnog afwijzen van de vorderingen van werkneemster.

Het hof oordeelt als volgt. Naar de kern genomen strekken de grieven, die zich voor gezamenlijke behandeling lenen, ten betoge dat de vorderingen van werkneemster alsnog dienen te worden afgewezen omdat sprake is van overgang van een onderneming in de zin van artikel 7:662 BW en werkneemster derhalve van rechtswege in dienst is getreden van Q-Park Beheer BV. Op grond van de thans ter beschikking staande gegevens is het hof voorshands van oordeel dat per 29 december 2015 sprake is van een overgang van onderneming. Het hoger beroep is derhalve gegrond. Daartoe wordt het volgende overwogen. Tussen partijen is niet in geschil dat in dit geval is voldaan aan de eis dat de overgang van een onderneming het gevolg is van een overeenkomst. Vervolgens is de vraag of in dit geval de identiteit van de betrokken economische eenheid behouden is gebleven. De aard van de betrokken onderneming, parkeerbeheer, is niet gewijzigd. Het parkeerbeheer in kwestie kan naar het voorlopig oordeel van het hof niet worden beschouwd als een activiteit waarvoor arbeidskrachten de voornaamste factor zijn, omdat daarvoor de benodigde uitrusting noodzakelijk is. Daarbij gaat het om de parkeergarages met de tolpoortjes, slagbomen, betaalautomaten en dergelijke. Het betreft essentiële materiële activa die door de gemeente ter beschikking worden gesteld om het beheer uit te voeren, eerst aan ParkKing, daarna aan Q-Park. *In confesso* is dat de omstandigheid dat geen eigendomsoverdracht plaatsvindt (het eigendom blijft bij de gemeente) niet relevant is. Dat werkneemster blijkens de omschrijving

van haar werkzaamheden tijdens haar diensten de enige werkneemster ter plaatse is, versterkt het onderhavige voorlopige oordeel. Ook indien, zoals werkneemster heeft aangevoerd, het merendeel van de werkzaamheden van het beheer van parkeergarages bestaat uit schoonmaakwerkzaamheden, maakt dit niet dat het parkeerbeheer in kwestie als arbeidsintensief kan worden aangemerkt. Ook het feit dat de gemeente alleen het *beheer* van de parkeergarages heeft aanbesteed, en niet (ook) de *exploitatie* daarvan, is in de gegeven omstandigheden niet althans onvoldoende relevant. Het hof merkt nog op dat hier geen sprake is van 'straat parkeerbeheer' zoals partijen het noemen (parkeercontrole op straat waarbij een parkeercontroleur langs parkeerplekken gaat om auto's te controleren), waarbij mogelijk wel sprake kan zijn arbeidsintensieve activiteiten.

Er is voldaan aan het vereiste van 'een geheel van georganiseerde middelen' in de zin van artikel 7:662 lid 2 onderdeel b BW. Nu geen vereiste is dat de klantenkring een vaste en individueel bepaalde groep is, acht het hof het feit dat het gaat om parkeerders die om bepaalde redenen kiezen voor de parkeergarages in kwestie (in dit verband heeft werkneemster genoemd: bezoek aan de retail, aan het stadskantoor en aan het ziekenhuis) voldoende om te kunnen oordelen dat de klantenkring van ParkKing is overgedragen aan Q-Park voor wat betreft de toepassing van artikel 7:662 lid 2 BW. Zonder nadere toelichting, die ontbreekt, valt niet in te zien dat deze parkeerders slechts te beschouwen zijn als klanten van de gemeente, en niet (ook) van de beheerder van de parkeergarages. Voor zover werkneemster met betrekking tot de mate waarin de voor en na de overdracht verrichte activiteiten met elkaar overeenkomen stelt dat er een wezenlijk verschil is tussen de wijze waarop Q-Park haar beheer uitvoert en de wijze waarop ParkKing dat uitvoert, volgt het hof haar niet. Alle feiten en omstandigheden in onderling verband en samenhang bezien wordt de identiteit van betrokken economische eenheid voorshands geacht behouden te zijn gebleven. Voor het overige zijn geen feiten of omstandigheden gesteld of gebleken die tot een ander oordeel kunnen leiden. Er zijn al met al voldoende aanwijzingen dat Q-Park een lopend bedrijf heeft overgenomen.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 06-12-2016

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2016:5421

Zaaknummer: 200.192.193/01

Rechters: O.G.H. Milar, J.P. de Haan en J.M.H. Schoenmakers

Advocaten: D.K. Nijhuis en E.P.B. Moors

Wetsartikelen: 7:662 BW

RECHTSPRAAK

bewindvoerder werkneemster/Q-Park Beheer B.V.

Overname parkeerbeheer is een overgang van onderneming. Behoud van identiteit. Kapitaalintensieve sector. Arbeidsongeschiktheid leidt er niet toe dat de band met de onderneming is verbroken.

Werkneemster is met ingang van 6 maart 2012 voor onbepaalde tijd in dienst getreden bij ParkKing in de functie van parkeerwachter. Zij was laatstelijk werkzaam in (een van) de twee parkeergarages die in eigendom toebehoren aan de gemeente. Middels een aanbestedingsprocedure is het beheer van de beide garages met ingang van 29 december 2015 aan Q-Park gegund. Werkneemster is sinds 15 mei 2015 arbeidsongeschikt en ontvangt sedert januari 2016 noch van ParkKing noch van Q-Park salaris of ziekengeld. Kern van het geschil is de vraag of sprake is van een overgang van onderneming. In het vonnis waarvan beroep heeft de kantonrechter de vorderingen van werkneemster afgewezen en haar in de proceskosten veroordeeld. Werkneemster heeft in hoger beroep acht grieven aangevoerd. Zij heeft geconcludeerd tot vernietiging van het vonnis waarvan beroep en tot het alsnog toewijzen van haar vorderingen.

Het hof oordeelt als volgt. Op grond van de thans ter beschikking staande gegevens is het hof voorshands van oordeel dat per 29 december 2015 sprake is van een overgang van onderneming. Het hoger beroep is derhalve gegrond. Daartoe wordt het volgende overwogen. Werkneemster heeft naar voren gebracht dat het begrip ‘overeenkomst’ in de zin van artikel 7:662 lid 2 onderdeel a BW zo ruim dient te worden uitgelegd dat de aanbesteding in kwestie daaronder moet worden begrepen. Q-Park heeft dit – terecht – niet bestreden. Ook het hof zal ervan uitgaan dat in dit geval is voldaan aan de eis dat de overgang van een onderneming het gevolg is van een overeenkomst. Vervolgens is de vraag of in dit geval de identiteit van de betrokken economische eenheid behouden is gebleven. De aard van de betrokken onderneming, parkeerbeheer, is niet gewijzigd. Het parkeerbeheer in kwestie kan naar het voorlopig oordeel van het hof niet worden beschouwd als een activiteit waarvoor arbeidskrachten de voornaamste factor zijn, omdat daarvoor de benodigde uitrusting noodzakelijk is. Daarbij gaat het om de parkeergarages met de tolpoortjes, slagbomen, betaalautomaten en dergelijke. Het betreft essentiële materiële activa die door de gemeente

ter beschikking worden gesteld om het beheer uit te voeren, eerst aan ParkKing, daarna aan Q-Park. *In confesso* is dat de omstandigheid dat geen eigendomsoverdracht plaatsvindt (het eigendom blijft bij de gemeente) niet relevant is. Ook indien het merendeel van de werkzaamheden van het beheer van parkeergarages en het overgrote deel van de werkzaamheden van een parkeerwachter/parking host bestaat uit schoonmaakwerkzaamheden, maakt dit niet dat het parkeerbeheer in kwestie als arbeidsintensief kan worden aangemerkt. Volgens Q-Park is van belang dat de materiële activa die aan de beheerder ter beschikking worden gesteld niet zozeer worden gebruikt om de beheertaak uit te voeren, maar veeleer onderwerp van deze beheertaak zijn. Ook dit maakt echter niet dat het parkeerbeheer in kwestie als arbeidsintensief kan worden aangemerkt. Het hof merkt nog op dat hier geen sprake is van 'straat parkeerbeheer' zoals partijen het noemen (parkeercontrole op straat waarbij een parkeercontroleur langs parkeerplekken gaat om auto's te controleren), waarbij mogelijk wel sprake kan zijn arbeidsintensieve activiteiten. Nu evenwel geen vereiste is dat de klantenkring een vaste en individueel bepaalde groep is, acht het hof het feit dat het gaat om parkeerders die om bepaalde redenen kiezen voor de parkeergarages in kwestie (bijv. wegens bezoek aan het ziekenhuis of de Sociale Verzekeringsbank, zoals door werkneemster genoemd) voldoende om te kunnen oordelen dat de klantenkring van ParkKing is overgedragen aan Q-Park voor wat betreft de toepassing van artikel 7:662 lid 2 BW. Als onbetwist door Q-Park staat vast dat, zoals werkneemster stelt, Q-Park het beheer van de garages na ParkKing met ingang van 29 december 2015 'naadloos', zonder onderbreking, heeft voortgezet. Alle feiten en omstandigheden in onderling verband en samenhang bezien wordt de identiteit van betrokken economische eenheid voorshands geacht behouden te zijn gebleven. Voor het overige zijn geen feiten of omstandigheden gesteld of gebleken die tot een ander oordeel kunnen leiden. Er zijn al met al voldoende aanwijzingen dat Q-Park een lopend bedrijf heeft overgenomen.

Q-Park heeft het verweer gevoerd dat bij werkneemster sprake is van een ontbreken van een duurzame betrokkenheid bij de onderneming en reeds om die reden geen sprake kan zijn van indiensttreding bij Q-Park, zelfs in het geval van een overgang van onderneming. Dit in verband met het feit dat werkneemster al vanaf mei 2015 arbeidsongeschikt is. Q-Park heeft daarbij een beroep gedaan op het Asito-arrest (HR 11 februari 2005, ECLI:NL:HR:AR4466). Anders dan het Asito-arrest, doet zich niet de situatie voor dat de band met de onderneming is verbroken doordat de betrokken werknemer is geschorst zonder dat enig uitzicht op terugkeer in diens oude functie bestaat. In dit geval was werkneemster niet op 29 december 2015 werkzaam omdat zij ziek was. Dat er op 29 december 2015, en overigens ook daarna, geen uitzicht op terugkeer in haar oude functie was, acht het hof voorts niet aannemelijk. Daarbij speelt mee dat de bedrijfsarts in haar verslag d.d. 25 februari 2015 heeft opgenomen: 'Herstel is niet uitgesloten, er is geen sprake van een medische eindsituatie.' Q-Park heeft erop gewezen

dat bij toewijzing van de vorderingen van werknemster een aanmerkelijk restitutierisico bestaat. Dit kort geding is namelijk opgestart door de meerderjarigenbewindvoerder en werknemster zit dus in een schuldsaneringstraject. Ook indien er een aanmerkelijk restitutierisico bestaat, weegt dit niet op tegen het zwaarwegende belang van werknemster bij toewijzing van de onderhavige vorderingen. Dit belang is hierin gelegen dat zij niet verstoken is van inkomsten. Het hof voegt daaraan toe dat hierin ook de spoedeisendheid van de vorderingen is gelegen.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 06-12-2016

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2016:5420

Zaaknummer: 200.192.189_01

Rechters: O.G.H. Milar, J.M.H. Schoenmakers en J.P. de Haan

Advocaten: E.P.B. Moors en E.V.C. Savelkoul

Wetsartikelen: 7:662 BW

RECHTSPRAAK

Masters in Finance B.V./werknemer

Onterecht d-grondontslag na ferme non-actiefstelling leidt tot ernstig verwijtbaar handelen werkgever. Van der Gulik/Vissers & Partners: schorsing enkel in uitzonderlijke omstandigheden. Intrekingsrecht in hoger beroep geldt niet. Billijke vergoeding € 6.000.

Werknemer is op 1 januari 2015 in dienst getreden bij MIF. Hij vervulde de functie van accountmanager, tegen een salaris van € 3.250 per maand, exclusief vakantietoeslag. Op de arbeidsovereenkomst was de bonusregeling 2015 van toepassing (hierna: de bonusregeling). Om voor een bonus in aanmerking te komen diende werknemer een target te behalen. MIF houdt zich (mede) bezig met het detacheren van 'finance medewerkers' bij klanten. Het was de taak van werknemer – in de kern – om plaatsingen van deze medewerkers bij klanten te realiseren en nieuwe klanten te werven en behouden. Per 2 februari 2016 is werknemer op non-actief gesteld. MIF heeft in eerste aanleg verzocht de arbeidsovereenkomst te ontbinden op grond van de d-grond, te weten: disfunctioneren (art. 7:671b lid 1 onderdeel a BW jo. art. 7:669 lid 3 onderdeel d BW). Het disfunctioneren bestaat volgens MIF uit onzorgvuldig handelen en ongestructureerd werken waardoor werknemer zijn targets niet haalde. Werknemer heeft een zelfstandig tegenverzoek gedaan tot ontbinding en zich op het standpunt gesteld dat sprake is van een gefingeerde ontslaggrond. De kantonrechter heeft het verzoek van MIF afgewezen en het verzoek van werknemer toegewezen onder toekenning van een billijke vergoeding van € 6.000, alsmede tot betaling van een bonus aan werknemer van € 6.500. MIF stelt zich in hoger beroep op het standpunt dat het einde van de arbeidsovereenkomst terecht is, maar toekenning van een billijke vergoeding en bonusregeling onjuist is. Werknemer verzoekt in hoger beroep een hogere billijke vergoeding.

Het hof oordeelt als volgt.

Disfunctioneren (d-grond en bonusregeling)

Over de bonusregeling oordeelt het hof dat voor de stelling van MIF dat alleen plaatsingen bij

nieuwe door werknemer binnengehaalde klanten meetelden voor de target onvoldoende concrete feitelijke aanknoping is. Dat aan werknemer bij indiensttreding is gezegd dat alleen plaatsingen bij nieuwe klanten meetellen, is niet gesteld. Wel is gesteld dat dit werknemer nadien bij herhaling is gezegd – hetgeen door hem overigens is betwist – maar ook als dat zo is heeft MIF onvoldoende onderbouwd waarom daaruit volgt dat tussen partijen als overeengekomen norm is gaan gelden dat alleen plaatsingen bij nieuwe klanten meetellen. MIF stelt voorts dat ook los van het behalen van de target er sprake is van disfunctioneren omdat werknemer de nodige kerncompetenties voor zijn functie mist nu hij – samengevat – niet gestructureerd, slordig, laks en weinig doortastend in zijn handelen is. Het hof verwerpt deze stelling omdat deze onvoldoende feitelijk is onderbouwd. De gestelde tekortkomingen zijn kwalificaties en geen feiten. De wel genoemde feiten hebben weinig om het lijf en zijn niet zo ernstig dat daaruit (reeds) volgt dat werknemer disfunctioneert.

Schorsing

Het gaat hier om de vraag of sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten in de zin van artikel 7:671c lid 2 onderdeel b BW. Dit criterium komt overeen met het gelijkkluidende criterium van artikel 7:671b lid 8 onderdeel c BW. Uit de wetsgeschiedenis van artikel 7:671b lid 8 onderdeel c BW volgt dat een billijke vergoeding slechts verschuldigd is in uitzonderlijke situaties, bijvoorbeeld als er als gevolg van laakbaar gedrag van de werkgever een verstoorde arbeidsrelatie is ontstaan en de rechter concludeert dat er geen andere optie is dan ontslag, of als een werkgever grovelijk de verplichtingen niet nakomt die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst en er als gevolg daarvan een verstoorde arbeidsverhouding ontstaat (*Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 34). Het hof acht het zonder meer laakbaar en in strijd met het goed werkgeverschap dat MIF werknemer op non-actief heeft gesteld, dan wel zoals zij dat zegt: heeft vrijgesteld van werkzaamheden (hierna korthedshalve: de schorsing/vrijstelling). Volgens vaste (lagere) jurisprudentie kan van een schorsing/vrijstelling slechts in uitzonderlijke gevallen sprake zijn, gelet op het belang van werknemers – zoals werknemer – om werkzaam te blijven. Van zo'n uitzonderlijk geval is geen sprake. Anders dan MIF ziet het hof niet in dat een schorsing/vrijstelling van werkzaamheden 'begrijpelijk [is] nu het einde van het dienstverband aanstaande was en het in het belang van de continuïteit van contacten van MIF met klanten en zakenrelaties er in die zin radiostilte in acht werd genomen' (beroepschrift in principaal hoger beroep onder 41). Er was geen grond om op een ontbinding van de arbeidsovereenkomst vooruit te lopen, terwijl de schadelijkheid van het verder laten verrichten van werkzaamheden door werknemer onvoldoende is onderbouwd. Het is duidelijk dat MIF door deze handelwijze werknemer voor een voldongen feit wenste te stellen nadat de laatste niet met een beëindigingsvoorstel wenste in te stemmen. Zo heeft de heer F.W. Claus, directeur van MIF bij comparitie van partijen in eerste aanleg verklaard: 'We

wilden met een goede minnelijke regeling uit elkaar, daar was mondeling zo goed als een akkoord over bereikt. Toen ging werknemer naar zijn toenmalige adviseur, waarmee wij hebben gesproken. Toen kwam er een conflictsituatie waarin alleen nog via de gemachtigden werd gesproken. Vanwege die conflictueuze houding van werknemer en het niet meer normaal kunnen praten over de voorwaarden van het minnelijk uiteen gaan, besloot ik om werknemer op non-actief te stellen.’ Dit is laakbaar gedrag van MIF. Daar komt nog bij dat het hier gaat om aan loon gelijk te stellen arbeidsvoorwaarden. Nu de schorsing/vrijstelling dateert van 2 februari 2016 geldt de regeling van het loondoorbetalingsrisico in artikel 7:628 lid 1 (oud) BW. Deze regeling is met ingang van 1 april 2016 – in ieder geval redactioneel – gewijzigd. Gelet op de datum van de schorsing/vrijstelling kan in het midden blijven of deze wijziging meebrengt dat de oordelen van de Hoge Raad in zijn arrest van 21 maart 2003 (ECLI:NL:HR:2003:AF3057) ook na 1 april 2016 geldend recht vormen. In onderhavige zaak gelden de oordelen uit het arrest van 21 maart 2003 onverkort. Deze oordelen komen erop neer dat er recht op loondoorbetaling – waaronder in dit geval ook: de auto en de telefoon – bestaat bij schorsing/vrijstelling, behoudens de tijdelijke uitzonderingen in de zin van artikel 7:628 lid 5 en 7 (oud) BW. Dat dergelijke uitzonderingen zich voordoen is gesteld noch gebleken. Het ontzeggen van het gebruik van de auto en de telefoon is dus zonder grond. De regelingen in artikel 16 van de arbeidsovereenkomst en de Personeelsgids kunnen hier niet aan afdoen. Het hof acht temeer verwijtbaar dat MIF de auto en de telefoon bij werknemer thuis is gaan ophalen. Door deze actie heeft MIF gehandeld op een wijze die als dwingend en intimiderend kan worden ervaren.

Billijke vergoeding

Deze ernstig verwijtbare handelwijze van MIF heeft geleid tot een ernstige en duurzame verstoring van de arbeidsverhouding, op welke grond de kantonrechter op verzoek van werknemer de arbeidsovereenkomst heeft ontbonden. Daarmee bestaat aanspraak voor werknemer op een billijke vergoeding in de zin van artikel 7:671c lid 2 onderdeel b BW. Naar het oordeel van het hof was het gedrag van MIF nodeloos diffamerend jegens werknemer. Uit de proceshouding van MIF leidt het hof af dat zij het ernstig laakbare van haar handelwijze niet inziet, hetgeen dient te worden gecompenseerd in de billijke vergoeding (*Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 31-33). Deze vergoeding heeft een volledig immateriële component nu concrete schade als gevolg van dit gedrag niet was te verwachten en ook niet is gebleken. Het hof deelt de argumenten van MIF ter zake de goede vooruitzichten van werknemer, ten tijde van de ontbinding, op ander werk. Het feit dat werknemer vrijwel aansluitend ander en beter betaald werk heeft gevonden bevestigt dit. Het hof acht een billijke vergoeding van € 6.000 bruto, zoals door de kantonrechter toegekend, passend.

Geen intrekkingsrecht in hoger beroep

Bij gelegenheid van de mondelinge behandeling in hoger beroep is nog aan de orde geweest of bij afwijzing van de gevraagde vergoeding van € 12.000 alsnog een intrekkingmogelijkheid moet worden geboden aan werknemer. Dat is niet het geval. In onderhavig principaal of incidenteel hoger beroep is het hof niet de rechter die 'voornemens is een ontbinding als bedoeld in artikel 671b of 671c uit te spreken' (art. 7:686a lid 7 BW).

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 06-12-2016

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2016:3530

Zaaknummer: 200.192.631/01

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

Advocaten: J. Pijtak en E.M. Richel

Wetsartikelen: 7:683 BW, 7:671b BW en 7:671c BW

RECHTSPRAAK

centrale ondernemingsraad KPN/Koninklijke KPN N.V.

Pilot met betrekking tot mobiliteitsbudget, waarbij onder andere bij de deelnemers een kilometerregistratiekastje wordt gemonteerd, is geen instemmingsplichtig voorgenomen besluit.

KPN heeft een proef gehouden om te onderzoeken hoe medewerkers gestimuleerd kunnen worden om bewuster en energiezuiniger te reizen. Aan deze pilot hebben 42 van de circa 15.000 werknemers van KPN op vrijwillige basis meegedaan. De pilot heeft vijf maanden geduurd. Tijdens de pilot konden de deelnemers aan de hand van een 'virtueel reisbudget' de keuze maken uit verschillende vervoermiddelen: auto, fiets of openbaar vervoer. De voor deze deelnemers gebruikelijke onkostenregeling bleef gedurende de pilot van kracht. Bij deelnemers met een lease-auto was een kilometerregistratiekastje in de auto gemonteerd. Informatie over de uitgevoerde rit werd door de deelnemer zelf ingevoerd. Voor KPN werd aldus zichtbaar: de kilometerstand bij begin en einde van de rit, start- en stoplocatie, start- en stopdatum en tijdstip, alsmede type rit (zakelijk/woon-werk/privé). Een deelnemer had doorlopend inzicht in zijn reisbewegingen en virtuele budget via een online beheerplatform (hierna: 'de online-tool'). Dit platform bood de deelnemer de mogelijkheid om (virtuele) keuzes te maken in zijn vervoermiddelen. In eerste aanleg heeft de COR verzocht, voor zover in hoger beroep nog van belang, (1) te bepalen dat de pilot voor zover deze betrekking heeft op de daarbij te hanteren voorzieningen, zoals de online-tool en het kastje, te beschouwen is als een besluit in de zin van artikel 27 lid 1 onderdeel I WOR en (2) te bepalen dat het besluit om de pilot te doen nietig is gezien het feit dat de COR tijdig en terecht een beroep heeft gedaan op de nietigheid als bedoeld in artikel 27 lid 5 WOR. Bij de bestreden beschikking van 15 december 2015 heeft de kantonrechter de verzoeken van de COR afgewezen. In hoger beroep heeft de COR verzocht om de beschikking van de kantonrechter te vernietigen en alsnog de verzoeken toe te wijzen. De drie grieven komen in de kern op tegen het oordeel van de kantonrechter dat het besluit om de pilot te doen geen besluit is in de zin van artikel 27 lid 1 onderdeel I WOR.

Het hof oordeelt als volgt. In de parlementaire geschiedenis van artikel 27 lid 1 onderdeel 1 WOR is onder meer te lezen (*Kamerstukken II* 1995/96, 24615, 3 (MvT)): 'Het voorgestelde

nieuwe onderdeel l ziet op personeelsvolg- en informatiesystemen. Het betreft hier niet de reglementering over bijvoorbeeld het gebruik van gegevens, verkregen uit de bedoelde systemen (zie onderdeel k), maar de invoering, wijziging of intrekking van de voorziening zelf. Het begrip regeling omvat overigens in algemene zin mede een ondernemersbesluit van algemene strekking waarbij een duurzame voorziening wordt ingevoerd; een besluit derhalve dat de bedoeling heeft voor langere tijd of met een zekere duurzaamheid te gelden in de onderneming.' Voor het antwoord op de vraag of sprake is van een regeling in vorenbedoelde zin, komt het aan op het *doel* van de regeling (vgl HR 20 december 2002, ECLI:NL:HR:2002:AF0155, r.o. 3.3.2). Gesteld noch gebleken is dat met de pilot bedoeld is het gebruik van het kastje en/of de online tool 'met een zekere duurzaamheid' in te voeren of anderszins te regelen. Het gebruik is in de tijd beperkt tot de pilot (5 maanden). De duurzaamheid komt evenmin tot uitdrukking in de gevolgen van de pilot; de pilot had voor de deelnemers en/of de onderneming geen gevolgen, laat staan moeilijk omkeerbare en/of ingrijpende gevolgen. Het hof verwerpt de stelling dat de pilot een fase is in de besluitvorming van KPN over het mobiliteitsvraagstuk, waarop aan de COR instemming had moeten worden gevraagd. Zo de COR met betrekking tot het mobiliteitsvraagstuk al instemmingsrecht toekomt, geldt dat KPN onvoldoende gemotiveerd weersproken heeft gesteld dat er nog steeds geen sprake is van enige besluitvorming ter zake. De door de COR ingeroepen nietigheid van het besluit van KPN om de pilot te houden heeft geen rechtsgevolg. De bestreden beschikking wordt bekrachtigd.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 06-12-2016

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2016:3525

Zaaknummer: 200.187.152/01

Rechters: R.S. van Coevorden, C.J. Frikkee en A.J.P. van Beurden

Advocaten: mr. dr. L.C.J. Sprengers, S. Sikkink en S.J. Kremer

Wetsartikelen: 27 WOR

RECHTSPRAAK

werkneemster/werkgever

Werkgever voldoet aan de drie cumulatieve voorwaarden van artikel 24 Ontslagregeling, zodat door werkgever een beroep kan worden gedaan op de Overbruggingsregeling transitievergoeding. De kantonrechter is niet gebonden aan een eerder door het UWV gegeven verklaring hieromtrent. Peildatum.

Werkneemster is in dienst bij werkgever in de functie van zelfstandig teeltmedewerker. De werkgever vraagt het UWV op 22 januari 2016 toestemming voor ontslag op bedrijfseconomische gronden en doet daarbij een beroep op de overbruggingsregeling. Daarbij wordt gebruik gemaakt van conceptjaarcijfers over het boekjaar 2015. De toestemming voor ontslag wordt verleend en de werkgever zegt de arbeidsovereenkomst op. Ten aanzien van de Overbruggingsregeling overweegt het UWV dat de werkgever niet voldoet aan de drie cumulatieve voorwaarden van artikel 24 Ontslagregeling. De onderneming had geen negatief eigen vermogen aan het einde van het boekjaar voorafgaand aan het boekjaar waarin de arbeidsovereenkomst eindigt. Desondanks betaalt werkgever werkneemster de beperkte transitievergoeding op basis van de overbruggingsregeling. Werkneemster verzoekt werkgever te veroordelen tot betaling van de volledige transitievergoeding ad € 33.687.

De kantonrechter oordeelt als volgt. In casu is de vraag aan de orde of werkgever voldoet aan de voorwaarden van artikel 24 Ontslagregeling. Het UWV heeft verklaard dat werkgever ten tijde van het verzoek om toestemming voldeed aan de voorwaarde onder A en C van dit artikel. Nu werknemer in deze procedure de juistheid van dit oordeel niet betwist, wordt ook in deze procedure ervan uitgegaan dat werkgever voldoet aan deze twee voorwaarden. Ten aanzien van voorwaarde B oordeelde het UWV, op basis van de conceptjaarstukken 2015, dat werkgever niet voldeed aan deze voorwaarde, nu niet bleek van een negatief eigen vermogen bij het einde van het boekjaar 2015. Uit de definitieve jaarstukken over het boekjaar 2015 volgt echter dat aan het einde van het boekjaar 2015 sprake was van een negatief eigen vermogen. Daarmee voldoet werkgever thans wel aan voorwaarde B en daarmee aan de drie voorwaarden van artikel 24 Ontslagregeling. In beginsel slaagt het beroep van werkgever dan ook op de Overbruggingsregeling transitievergoeding. Anders dan werkneemster betoogt maakt het

enkele feit dat de verklaring gelijktijdig dient te worden aangevraagd met de ontslagaanvraag nog niet dat de kantonrechter in een procedure als de onderhavige, waarin een werknemer verzoekt om betaling van de transitievergoeding, gebonden zou zijn aan een eerder door het UWV gegeven verklaring in het kader van het verzoek om toestemming om de arbeidsovereenkomst te mogen opzeggen. Een dergelijke gebondenheid aan de verklaring van het UWV staat ook haaks op de toelichting bij artikel 8 waaruit blijkt dat de verklaring slechts een niet op een rechtsgevolg gerichte verklaring betreft. Dat de ontslagaanvraag bij het UWV en de daarin opgevoerde cijfers in deze procedure het peilmoment zouden moeten zijn bij de beoordeling van de vraag of een werkgever een beroep toekomt op de kleineondernemingsregeling volgt niet uit artikel 7:673d BW en evenmin uit de Ontslagregeling of de gegeven toelichting daarop. Indien de wetgever de beoordelingsvrijheid van de kantonrechter in een procedure als de onderhavige had willen beperken, dan zou dit uitdrukkelijk dienen te blijken uit de wettekst. Dat een werkgever in deze procedure alsnog de mogelijkheid heeft om stukken te overleggen ter onderbouwing van het beroep op de overbruggingsregeling volgt uit het systeem van de wet. Dit doet in zoverre ook niet af aan de rechtszekerheid nu uitgangspunt is en blijft dat een werknemer recht heeft op een transitievergoeding, maar dat de wetgever er kennelijk uitdrukkelijk voor heeft gekozen om in bepaalde specifieke gevallen en onder bepaalde voorwaarden de hoogte van die transitievergoeding te beperken. Het enkele feit dat tussen de definitieve jaarcijfers en de eerder aan werkneemster gezonden conceptcijfers verschillen zitten dan wel dat werkgever pas recentelijk beschikt over de definitieve jaarcijfers maakt niet dat sprake is van slecht werkgeverschap. Volgens werkgever is een en ander het gevolg van het overlijden van een van de vennoten en de boekhoudkundige afwikkeling hiervan. Gezien het vorenstaande bestaat geen aanleiding om in dit geval het beroep op de overbruggingsregeling te ontfangen.

Instantie: Rechtbank Zeeland-West-Brabant

Datum uitspraak: 02-12-2016

Zaaknummer: 5380242 VZ VERZ 16-19925

RECHTSPRAAK

werknemer/Hago Rail Services B.V.

Herstelveroordeling arbeidsovereenkomst na ten onrechte ontbinding op h-grond vanwege een incident waarbij geen geweld heeft plaatsgevonden, terwijl de werknemer op dat moment in psychische nood verkeerde. Transitievergoeding niet onverschuldigd betaald ondanks herstel.

(Hoger beroep van AR 2016-0514.) Werknemer is in dienst van Hago Rail Services als medewerker schoonmaakonderhoud transportmiddelen III. Hago Rail Services heeft primair verzocht de arbeidsovereenkomst met werknemer te ontbinden op grond van artikel 7:669 lid 3 onderdeel e BW, subsidiair op grond van artikel 7:669 lid 3 onderdeel g BW en meer subsidiair op grond van artikel 7:669 lid 3 onderdeel h BW. Hiertoe wordt het volgende aangevoerd. Werknemer heeft zich al langer gedurende de loop van de arbeidsovereenkomst geenszins gedragen als een goed werknemer. Hij houdt zich niet aan de instructies van Hago Rail Services, terwijl dit gezien de omgeving waarin werknemer werkt, van groot belang is. Op 20 augustus 2014 is werknemer onaangekondigd op het werk verschenen en heeft een collega aangesproken vanwege een geldlening. Hij heeft deze collega ernstig (verbaal) bedreigd. De situatie was die dag zeer beangstigend en collega's van werknemer hebben ingegrepen om verdere escalatie te voorkomen. Nedtrain heeft aan Hago Rail Services duidelijk gemaakt dat zij werknemer niet langer toestaat om op een van haar locaties als schoonmaker werkzaam te mogen zijn. Omdat Hago Rail Services slechts één opdrachtgever heeft is het onmogelijk werknemer weer enige vorm van arbeid te laten hervatten. De kantonrechter heeft het verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst op de h-grond toegewezen.

Het hof oordeelt als volgt. Naar het oordeel van het hof heeft de kantonrechter ten onrechte de arbeidsovereenkomst tussen werknemer en Hago per 1 juni 2016 ontbonden op de h-grond. Bij het incident op 20 augustus 2014 is geen geweld gebruikt en werknemer heeft ook geen klauwhamer uit zijn achterzak gehaald. Uit de in hoger beroep als productie 2 door Hago overgelegde schriftelijke verklaring van B, destijds collega van werknemer, blijkt slechts van irritatie bij en een luidkeelse reactie van werknemer, en voorts dat B hem 'een soort van gerustgesteld' heeft en verzocht heeft om weg te gaan, hetgeen werknemer deed. Het hof is

van oordeel dat het aldus onderbouwde incident in redelijkheid niet de stelling kan schragen dat werknemere en gevaar voor collega's en reizigers is gebleken en dat hij daarom, na herstel van de psychose, niet meer voor Hago aan het werk kan. Daar komt bij dat de medewerkers van Lentis hebben aangeboden hulp te bieden bij terugkeer op de werkplek om eventuele onrust bij collega's, bijvoorbeeld als gevolg van onbekendheid met het ziektebeeld, weg te nemen en om te fungeren als jobcoach voor werknemer, op welk aanbod Hago niet is ingegaan. Evenmin is gebleken welke poging Hago heeft ondernomen om het besluit te voorkomen of ongedaan te maken, al dan niet onder vermelding van het aanbod van Lentis. Daartoe was zij naar het oordeel van het hof als goed werkgever wel verplicht. Hago kan zich in redelijkheid dan ook niet op de weigering tot toelating van werknemer door Nedtrain beroepen. Aangezien naar het oordeel van het hof de kantonrechter ten onrechte de arbeidsovereenkomst heeft ontbonden en het belang van werknemer, gelet op zijn persoonlijke omstandigheden, bij het terugkrijgen van juist deze baan groot is, zal het hof het verzoek van werknemer om Hago te veroordelen tot herstel van de arbeidsovereenkomst toewijzen, en niet overgaan tot een billijke vergoeding in plaats van herstel nu de weigering van Nedtrain om werknemer toe te laten gebaseerd is op een onjuiste voorstelling van zaken en Hago zich onvoldoende heeft ingespannen om werknemer terug te laten keren in zijn werk. Het hof zal Hago veroordelen tot herstel met ingang van 15 december 2016 op straffe van een dwangsom als verzocht van € 250 per dag tot een maximum van € 50.000. Hago heeft terugbetaling verzocht van hetgeen zij aan transitievergoeding heeft betaald. Voor zover zij dat grondt op de stelling dat werknemer ernstig verwijtbaar heeft gehandeld en daarom op die vergoeding geen recht had, is die grondslag onjuist, zoals volgt uit het falen van grief IV in incidenteel hoger beroep. Voor zover Hago ook zou bedoelen dat er geen reden is voor een transitievergoeding bij herstel, wijst het hof in dit geval het verzoek van Hago af. De datum waarop Hago de arbeidsovereenkomst dient te herstellen ligt immers geruime tijd na de datum van ontbinding, zodat niet kan worden aangenomen dat de uitgekeerde transitievergoeding onverschuldigd is betaald.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 02-12-2016

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2016:9733

Zaaknummer: 200.194.618/01

Rechters: L. Groefsema, E.B. Knottnerus en M.E.L. Fikkers

Advocaten: E.E.P. Gosling-Verheijen en R.M. Dessaur

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

RECHTSPRAAK

Combinatie Zorg A BV/werknemer

Vernietiging faillissement. Niet summierlijk gebleken van vorderingsrecht van aanvragende werknemer/schuldeiser. Overgang van onderneming.

Werknemer heeft een verzoek ingediend bij de rechtbank om Combinatie Zorg A BV (hierna: CZA) in staat van faillissement te verklaren. De rechtbank heeft dit verzoek op 4 oktober 2016 ingediend. Tegen dit vonnis komt CZA in hoger beroep.

Het hof oordeelt als volgt. Eerst wordt ingegaan op de vraag of summierlijk is gebleken van een ten tijde van de aanvraag van de faillietverklaring bestaand vorderingsrecht van de aanvragende schuldeiser, werknemer. Werknemer stelt op grond van een tussen hem en CZA gesloten arbeidsovereenkomst een loonvordering op CZA te hebben. Volgens werknemer heeft hij recht op loon over de periode na 1 april 2016 en op vakantiegeld aangaande de periode vóór 1 april 2016. CZA heeft betwist dat zij genoemd loon en vakantiegeld moet betalen. Volgens CZA is namelijk met ingang van 1 april 2016 sprake van overgang van onderneming, van CZA naar Safa Zorg B.V., waardoor CZA met ingang van die datum niet meer verplicht is het loon van werknemer te betalen. De curator heeft zelfstandig onderzoek gedaan naar de vraag of sprake is van overgang van onderneming en heeft geconcludeerd dat dit aannemelijk/waarschijnlijk is. De curator heeft daarbij onder meer gewezen op de omstandigheid dat arbeidskrachten in de sector (thuis)zorg de voornaamste factor van de activiteit zijn en een wezenlijk deel van het personeel (104 van de 113 directe personeelsleden) is over van CZA naar Safa Zorg BV. Werknemer heeft de door CZA aangevoerde omstandigheden weliswaar betwist, maar heeft deze betwisting onvoldoende gemotiveerd. Gelet hierop is niet summierlijk gebleken van een ten tijde van de aanvraag van de faillietverklaring bestaand vorderingsrecht van werknemer jegens CZA betreffende loonbetaling na 1 april 2016. Tegenover de betwisting door CZA heeft werknemer ook onvoldoende gesteld om summierlijk aan te kunnen nemen dat hij jegens CZA nog recht heeft op vakantiegeld over de periode vóór 1 april 2016. Er is daarom niet voldaan aan de voorwaarden voor faillietverklaring van CZA. Het voorgaande leidt ertoe dat het hoger beroep slaagt, dat het vonnis waarvan beroep moet worden vernietigd en dat het hof het verzoek

alsnog moet afwijzen.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 01-12-2016

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2016:9641

Zaaknummer: 200.201.102

Rechters: L.J. de Kerpel-van Poel, C.G. ter Veer en H. Dings

Advocaten: E.P. Keuvelaar en E.J. Coxon

Wetsartikelen: 1 Fw en 6 Fw

RECHTSPRAAK

werknemer/JvanH Media B.V.

Werkgever kan werknemer niet aan wereldwijd concurrentiebeding houden, omdat Azië bij einde dienstverband geen ‘targetland’ van werkgever was. Werkgever mag werknemer wel houden aan concurrentie vanuit Azië op andere werelddelen.

JvanH drijft sinds 2011 een online marketingbureau onder de naam Response Concepts dat is gespecialiseerd in ‘Lead Generation’. In 2015 is de onderneming gegroeid van 25 tot 80 werknemers en is nu actief in diverse landen, te weten Nederland, België, Frankrijk, Duitsland, Italië, Verenigd Koninkrijk, Polen en Australië. Werknemer (geboren in 1980) is op 1 april 2014 als zesde personeelslid voor bepaalde tijd in dienst getreden bij JvanH. Op 31 oktober 2015 zijn partijen schriftelijk overeengekomen dat het dienstverband van werknemer per 1 november 2015 werd omgezet in een dienstverband voor onbepaalde tijd. In de schriftelijke overeenkomst is onder meer een wereldwijd concurrentiebeding opgenomen. Bij e-mailbericht van 28 april 2016 aan A en B heeft werknemer zijn arbeidsovereenkomst met JvanH opgezegd per 1 juni 2016. Werknemer heeft opgezegd omdat hij zo snel mogelijk in Azië een eigen marketingonderneming op het gebied van Lead Generation wenste op te richten en daarvoor reeds een investeerder had gevonden. De kantonrechter heeft de vorderingen van werknemer afgewezen en hij heeft daartoe, samengevat, het volgende overwogen. JvanH wenst verdere activiteiten te ontplooiën in Azië, terwijl dat ook het werkterrein van werknemer zal worden. Werknemer is een werknemer van JvanH van het eerste uur en is volledig op de hoogte van alle ins en outs van de bedrijfsvoering, meer in het bijzonder van Lead Generation, zodat de vrees gerechtvaardigd is dat wanneer werknemer zich op die markt begeeft de kans op concurrentie groot is, niet alleen in Nederland maar wereldwijd. Weliswaar wordt werknemer door het concurrentiebeding in zijn belang van vrije arbeidskeuze benadeeld, maar nu onbetwist is gebleven dat hij zijn kennis en kunde in de afgelopen twee jaar heeft opgebouwd bij JvanH en niet gesteld noch gebleken is dat hij ook niet op andere gebieden binnen het vak marketing werkzaam kan zijn, weegt zijn belang niet zwaarder dan dat van JvanH. Dat de vrees voor concurrentie gerechtvaardigd is blijkt ook uit het feit dat werknemer niet de naam van zijn investeerders heeft willen prijsgeven, terwijl JvanH bereid

was om onder betere voorwaarden te investeren in de plannen van werknemer en dan af te zien van het non-concurrentiebeding, opdat werknemer naar eigen inzicht een onderneming in Lead Generation kan opstarten tegen enkel een gedeeltelijke aanspraak op winst door JvanH.

Het hof oordeelt als volgt. Op het moment van de opzegging van de arbeidsovereenkomst door werknemer was JvanH niet werkzaam op de Aziatische markt. Vast staat tussen partijen dat die markt voor Lead Generation is te beschouwen als een eerder niet of nauwelijks ook door anderen betreden en bewerkt terrein. Ook is onbetwist dat werknemer tijdens het dienstverband met JvanH er meermaals op heeft aangedrongen ook dat werelddeel te gaan bewerken voor Lead Generation, maar dat JvanH dat vooralsnog te vroeg vond, terwijl een termijn waarop in de toekomst zou kunnen worden gemikt jegens werknemer – die Head Country Management was – niet is genoemd. Aldus doet zich de situatie voor dat JvanH gezien de wereldwijde dekking van het concurrentiebeding gedurende twee jaar wenst te voorkomen dat werknemer op het gebied van Lead Generation werkzaam kan zijn ook in, althans gericht op landen/werelddelen waarin JvanH voorheen niet werkzaam was. JvanH beroept zich daarbij op haar bedrijfsdebiet in de vorm van een door haar ontwikkelde methode van marktbenadering van zowel consumenten als klanten (bedrijven). JvanH heeft inmiddels een eigen aan haar gelieerde entiteit opgericht in Singapore teneinde – zo mag worden aangenomen – van daaruit de Aziatische markt te bewerken. Vooralsnog mag echter tevens worden aangenomen dat die ontwikkelingen zich hebben voorgedaan eerst nadat werknemer te kennen had gegeven een eigen onderneming in Lead Generation te willen gaan voeren met name gericht op Azië en daartoe de arbeidsovereenkomst had opgezegd. In die zin heeft JvanH eerst na de opzegging door werknemer een belang gecreëerd – bescherming van haar werkmethode in een tot dan toe niet door haar ontsloten markt – dat nog niet bestond op het moment van de opzegging en dat tegen de achtergrond van de meermaals door werknemer geuite (maar door JvanH nimmer gehonoreerde) wens juist in dat werelddeel voor JvanH werkzaam te zijn. Daargelaten of deze handelwijze van JvanH daarom niet als oneigenlijk, immers slechts gericht op het opwerpen van een (extra) belemmering voor werknemer, moet worden aangemerkt, kan in ieder geval worden vastgesteld dat JvanH nog geen positie in de Aziatische markt heeft verworven, die reeds nu bescherming verdient. Daarbij is verder allerminst duidelijk of de door haar in de westers georiënteerde landen (waar JvanH tot nu toe werkzaam is geweest) gebruikte methoden wel één op één toepasselijk zijn in de Aziatische cultuur. Die veronderstelling is tegenover de andersluidende stellingname van werknemer op geen enkele wijze feitelijk onderbouwd. Uit het oogpunt van gerechtvaardigde concurrentie dienen beide partijen daarom vooralsnog te worden beschouwd als spelers op een gelijk (Aziatisch) speelveld, waarbij het door JvanH gestelde bedrijfsdebiet (nl. haar werkmethoden) geen bijzonder gewicht in de schaal legt.

JvanH heeft er echter terecht op gewezen dat werknemer door zijn wijze van opereren (geschermd met niet nader te noemen investeerders, die later gelieerd aan Kobi Digital bleken te zijn) de verdenking in het leven heeft geroepen dat hij in feite werkzaam zal zijn voor of ten behoeve van een van haar grote – eveneens in Nederland gevestigde – concurrenten, te weten Kobi Digital. In die zin verdient het belang van JvanH wél bescherming, omdat werken door werknemer direct of indirect voor Kobi Digital betekent dat JvanH mogelijk dadelijk en vanuit Azië met een rechtstreekse concurrent wordt geconfronteerd, die ook werkzaam is in de landen waar tot nu toe JvanH haar inkomen verwerft en waarin haar werkmethode effectief is gebleken. Kobi Digital heeft immers in dat geval de kennis van werknemer over JvanH in huis. Weliswaar is werknemer gebonden aan een geheimhoudingsbeding jegens JvanH, maar dat is niet alleen nauwelijks voor JvanH te controleren maar ook ‘vloeiend’ in die zin dat daarbij onduidelijk is wat behoort aan JvanH en wat is toe te rekenen aan de eigen kennis en ervaring van werknemer. JvanH heeft derhalve een rechtens te respecteren belang bij het behoud van haar positie in de landen waar zij tot nu toe werkzaam is geweest, waar haar werkmethode effectief is gebleken en waar zij ook klanten heeft verworven. Zij behoeft dan ook niet te dulden dat zij al dan niet vanuit Azië door werknemer wordt beconcurrerd al dan niet met een eigen onderneming van werknemer of een andere onderneming in Lead Generation (bijv. Kobi Digital). Tegen de achtergrond van deze restricties is de slotsom dat het werknemer weliswaar vrij moet staan om middels een eigen onderneming in Azië de markt voor Lead Generation te ontwikkelen naar eigen inzichten, maar tevens dat ter bescherming van de belangen van JvanH ten opzichte van haar directe concurrent(en) er geen grond bestaat verder te tornen aan de werking van het tussen partijen overeengekomen concurrentiebeding mede omvattend de op de Appendix A voorkomende bedrijven (waaronder Kobi Digital) of andere bedrijven die werkzaam zijn in de landen waar ook JvanH werkzaam is, ook niet wanneer deze ondernemingen inmiddels op de Aziatische markt werkzaam zijn. Dat wil echter niet zeggen dat werknemer niet vrij zou zijn in de keuze van degenen die in dat eigen bedrijf van werknemer wensen te investeren, ook indien de betreffende investeerder banden heeft met Kobi Digital. In die zin strekt het concurrentiebeding daar niet toe.

Een tweede onderdeel van de gevorderde voorziening vormt de beperking in duur van het concurrentiebeding. Werknemer staat daarbij een beperking tot één jaar voor. Het hof acht de vordering ook in zoverre gegrond. JvanH heeft tegenover de stellingen van werknemer onvoldoende toegelicht dat haar bedrijfsdebiët ook na ommekomst van een jaar na het einde van de arbeidsovereenkomst nog bescherming behoeft door middel van het concurrentiebeding. Bijzondere omstandigheden zijn door JvanH niet aangevoerd, anders dan een beroep op door haar ontwikkelde werkmethoden (scripts en nazorg). Naar het voorlopig oordeel van het hof gaat het daarbij echter niet om het resultaat van jarenlang intensief onderzoek en experimenteren, maar veeleer om een in de dagelijkse praktijk ontwikkelde

vorm van marktbenadering, die zich ook niet leent voor een dermate vergaande bescherming en in die zin ook relatief gemakkelijk is na te volgen en aan te passen.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 29-11-2016

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2016:5166

Zaaknummer: 200.194.717/01

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

Advocaten: M.A. van Haelst en M.W. Koole

Wetsartikelen: 7:653 BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/Uurwerken B.V.

Ontbinding wegens een verstoorde arbeidsrelatie met een zieke werknemer. Geen ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever. Het feit dat werkgever gedurende 14 maanden 100% loon betaalt, maakt niet dat werknemer aanspraak heeft op meer dan 70% loon tijdens ziekte.

Werkneemster (geboren 1963) was sedert 1 september 2007 in dienst van Uurwerken B.V., laatstelijk in de functie van administratief medewerkster voor 30 uur per week. Werkneemster is op 4 september 2013 uitgevallen met psychische klachten. Van begin januari 2014 tot en met oktober 2014 heeft werkneemster aangepast werk gedaan, bestaande uit het nabellen van debiteuren. De kantonrechter heeft de arbeidsovereenkomst ontbonden met ingang van 1 mei 2016 en Uurwerken B.V. veroordeeld tot betaling aan werkneemster van de verzochte transitievergoeding van € 5.845 bruto. Het verzoek om een billijke vergoeding heeft hij afgewezen. De kantonrechter heeft het verzoek van werkneemster Uurwerken B.V. te veroordelen tot betaling van achterstallig loon eveneens afgewezen. Volgens de kantonrechter kan uit de omstandigheid dat Uurwerken B.V. 14 maanden 100% van het loon heeft doorbetaald tijdens ziekte, niet worden afgeleid dat zij ook daarna meer dan 70% loon zou moeten betalen.

Het hof oordeelt als volgt. De verstandhouding tussen partijen is klaarblijkelijk zodanig verstoord geraakt dat verdere samenwerking niet meer valt te verwachten. Wat daarvan concreet de aanleiding is geweest, heeft de kantonrechter ook ter zitting niet kunnen achterhalen. Meer dan een enkele verkeerd gevallen opmerking van de directeur van Uurwerken B.V. is niet naar voren gekomen. Het is evident dat partijen, ieder vanuit hun eigen perceptie, geen enkel vertrouwen in elkaars goede wil meer hebben. Anders dan werkneemster betoogt, kan niet worden vastgesteld dat de verstoring van de relatie geheel op het conto van Uurwerken B.V. moet worden geschreven. Van een door Uurwerken B.V. opzettelijk veroorzaakte verstoring van de arbeidsverhouding is niet gebleken. Gelet op artikel 7:671b lid 8 onderdeel c BW is voor toekenning van een billijke vergoeding alleen plaats indien de ontbinding van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of

nalaten van de werkgever. Zoals uit het voorgaande volgt doet een dergelijke situatie zich hier niet voor.

Wat de loonvordering betreft oordeelt het hof dat de kantonrechter terecht tot afwijzing heeft geconcludeerd, nu uit niets volgt dat werkgever gehouden was meer dan 70% van het loon te betalen tijdens ziekte.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 29-11-2016

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2016:5165

Zaaknummer: 200.192.573/01

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

Advocaten: D.H. Stibbe en M. Drolsbach

Wetsartikelen: 7:629 BW, 7:671b BW en 7:669 lid 3 onderdeel g BW

RECHTSPRAAK

werkgeefster/werkneemster

Onder meer door werkneemster geen verbetertraject aan te bieden en einde arbeidsovereenkomst te forceren, handelt werkgever ernstig verwijtbaar. Billijke vergoeding zodanig substantieel (€ 45.000) dat hiermee dergelijk handelen in de toekomst wordt voorkomen.

Werkneemster is in juli 2005 in dienst getreden bij (de rechtsvoorganger van) werkgeefster, in de functie van commercieel medewerker binnendienst. Voordat werkneemster daar in dienst trad verrichte zij werkzaamheden bij werkgeefster als uitzendkracht. Eind 2012 werd voor de eerste keer een functionerings- c.q. beoordelingsgesprek met werkneemster gevoerd. Nadien vonden dergelijke gesprekken plaats in april 2013 en september 2014. In een e-mail van 29 januari 2016 heeft werkgeefster aan werkneemster laten weten geen toekomst voor haar te zien binnen de organisatie, omdat zij niet kon meekomen in de versterkte taken van de binnendienst. Een beëindigingsvoorstel werd door werkneemster van de hand gewezen. Op 31 mei 2016 heeft de heer X, namens werkgeefster, werkneemster 'per direct ontslag' verleend. Werkneemster heeft hier schriftelijk tegen geprotesteerd. Werkgeefster verzoekt thans ontbinding van de arbeidsovereenkomst vanwege disfunctioneren, dan wel een verstoorde arbeidsverhouding. Werkneemster verzoekt toekenning van de transitievergoeding en een billijke vergoeding.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Nu werkneemster erkent dat de arbeidsverhouding ernstig en duurzaam verstoord, is zal de arbeidsovereenkomst worden ontbonden met ingang van 1 maart 2017. Bij het bepalen van die datum wordt toepassing gegeven aan de in artikel 7:671b lid 8 onderdeel a BW genoemde bijzondere omstandigheid dat de ontbinding het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van werkgeefster, waardoor bij het vaststellen van het tijdstip waarop de arbeidsovereenkomst eindigt geen rekening wordt gehouden met de duur van deze procedure.

Ten aanzien van de verzochte transitievergoeding overweegt de kantonrechter dat, bij de berekening van de hoogte van die vergoeding, geen rekening wordt gehouden met de bonussen die aan werkneemster zijn betaald, nu niet gesteld of gebleken is dat het hier gaat

om een overeengekomen variabele looncomponent als bedoeld in artikel 3 lid 1 onderdeel c van het Besluit loonbegrip vergoeding aanzegtermijn en transitievergoeding. Bij de berekening van de duur van het dienstverband moet de tijd die werkneemster als uitzendkracht bij werkgeefster heeft gewerkt, worden meegenomen. Daarnaast wordt geen rekening gehouden met de tijd dat werkneemster van haar werkzaamheden is vrijgesteld, zoals werkgeefster verzoekt. Die omstandigheid, door werkgeefster zelf in het leven geroepen, is niet benoemd in het Besluit voorwaarden in mindering brengen kosten op transitievergoeding. Nu werkgeefster uitdrukkelijk verzoekt om de transitievergoeding aan werkneemster toe te kennen, wordt zij tot betaling van € 15.870,05 bruto veroordeeld.

De kantonrechter ziet verder aanleiding om aan werkneemster een billijke vergoeding toe te kennen. Dat sprake is van een zodanig disfunctioneren door werkneemster dat op die grond de arbeidsovereenkomst had moeten eindigen is de kantonrechter onvoldoende gebleken. Een verstoorde arbeidsrelatie is er inmiddels wel, maar daaraan zijn bepaalde gedragingen van werkgeefster en in het bijzonder het 'ontslag op staande voet' en de op non-actiefstelling van werkneemster in belangrijke mate debet. De heer X heeft dan wel ter zitting verklaard dat het geven van 'ontslag' niet de meest elegante wijze van handelen was, maar niet is gebleken dat werkgeefster de aldus door haar ontstane werkelijkheid nog heeft willen wijzigen. De manier waarop werkgeefster, na eerst te hebben verzuimd om op adequate wijze te reageren op de kritische houding van werkneemster en zonder haar te begeleiden teneinde haar functioneren op het gewenste niveau te brengen en na een jarenlang dienstverband het einde van de arbeidsovereenkomst forceert, acht de kantonrechter zodanig ernstig verwijtbaar dat een billijke vergoeding ten gunste van werkneemster op zijn plaats is. Gelet op de omstandigheden van het onderhavige geval stelt de kantonrechter de billijke vergoeding vast op een bedrag van € 45.000. In de hoogte van dit bedrag komt tot uitdrukking dat het handelen (en nalaten) van werkgeefster niet getuigt van goed werkgeverschap en afkeurenswaardig is. Daarbij is het bedrag zodanig substantieel dat hiermee dergelijk handelen in de toekomst wordt voorkomen. In zoverre moet deze vergoeding een punitief en afschrikwekkend karakter hebben.

Instantie: Rechtbank Zeeland-West-Brabant

Datum uitspraak: 28-11-2016

ECLI: ECLI:NL:RBZWB:2016:7766

Zaaknummer: 5331268 AZ VERZ 16-130

Rechters: P.L. Kerkhofs

Advocaten: S.J. Snellenburg-Swenker en G.A. Diebels

Wetsartikelen: 7:669 lid 3 onderdeel g BW, 7:671b BW, Besluit loonbegrip vergoeding aanzegtermijn

en transitievergoeding en Besluit voorwaarden in mindering brengen kosten op transitievergoeding

RECHTSPRAAK

werknemer/Shell International Exploration and Production B.V.

Ontbinding niet herplaatsbare expat op h-grond. A-grond niet van toepassing. Uitzending binnen internationaal concernverband leidt wel tot opvolgend werkgeverschap (opzegtermijnen en transitievergoeding).

Op grond van de wereldwijd binnen het Shell-concern geldende LTIA-regeling kunnen werknemers vanuit hun zogenoemde Base Country (het land waar zij zijn gerekruteerd) naar een zogenoemde Host Country (het tijdelijk werkland) worden uitgezonden om voor een beperkte periode aldaar werkzaamheden te verrichten om daarna weer terug te gaan naar hun zogenoemde Base Country, of een andere – nieuwe – Host Country. De expatbeloning is daarbij op zodanige wijze vormgegeven dat de expat zijn doorlopende kosten voor bijvoorbeeld zijn woning in zijn Base Country kan blijven voldoen, om op die wijze de terugkeer zo makkelijk mogelijk te maken. Ook is voorzien in diverse toeslagen, die uitzending financieel aantrekkelijk maken. Aan het einde van de uitzendtermijn wordt het proces van vertrek naar de Base Country (of een nieuwe Host Country) ingezet en kan de expat deelnemen aan het zogenoemde Managed Open Resourcing Proces (verder: MOR). Dergelijke MOR-rondes vinden meerdere malen per jaar plaats en zijn te beschouwen als periodieke collectieve interne sollicitatierondes. Mocht onverhoopt herplaatsing niet binnen drie maanden na het einde van de uitzending lukken, bijvoorbeeld omdat er te weinig activiteit is in de Base Country, terwijl ook geen nieuwe Host Country kan worden gevonden, dan krijgt de expat in de Base Country een arbeidsovereenkomst voor een lokaal gebruikelijke termijn aangeboden. Lukt het ook in die periode (van ten minste drie maanden) niet om een nieuwe passende functie te vinden, dan volgt beëindiging van de arbeidsovereenkomst en ontvangt de werknemer de in de Base Country gebruikelijke afvloeiingsregeling. Werknemer heeft in een MOR-procedure een aanbod gekregen van Shell Exploration and Production Services B.V. (verder: SEPSR), een Russisch onderdeel van het Shellconcern, om voor bepaalde tijd aldaar werkzaam te zijn. Voordat werknemer bij Shell Nederland werkzaam raakte, was hij bij SEPSR in dienst. Werknemer weigert een tijdelijke arbeidsovereenkomst met SEPSR gezien

zijn vaste contract bij Shell in Nederland. Ondanks uitstel van de MOR-periode en pogingen van Shell Nederland om SEPSR te bewegen een vast contract aan werknemer aan te bieden, zijn partijen er niet uitgekomen.

Het hof oordeelt als volgt. Anders dan werknemer is het hof van oordeel dat geen sprake is van het vervallen van arbeidsplaatsen als gevolg van bedrijfseconomische redenen (de a-grond). Als niet dan wel onvoldoende weersproken staat immers vast dat de functie van werknemer bij SIEP niet is komen te vervallen, maar thans wordt vervuld door een uit Australië teruggekeerde expat met Nederland als Base Country. Dat werknemer door bedrijfseconomische omstandigheden bij SEPSR niet – zoals de verwachting was ten tijde van zijn uitzending – in een hogere functie kan terugkeren naar SEPSR, maakt niet dat er sprake is van een a-grond voor de beëindiging van de arbeidsovereenkomst met SIEP. De door werknemer gevreesde willekeur als geen a-grond wordt aangenomen, doet zich naar het oordeel van het hof niet voor, omdat het einde van de uitzending door partijen in onderling overleg is vastgesteld, evenals de wijze waarop daarmee moet worden omgegaan. Een en ander is immers duidelijk vastgelegd in de LTIA-regeling. De gegeven situatie is naar het oordeel van het hof een bijzondere, waarin feitelijk sprake is van een driepartijenovereenkomst, te weten tussen SIEP, SEPRS en werknemer, die in belangrijke mate wordt ingekleurd door de LTIA-regeling. Genoemde partijen zijn – met uitdrukkelijke instemming van werknemer – overeengekomen dat de uitzending van werknemer van tijdelijke aard zou zijn en zou worden beheerst door de concernbreed geldende LTIA-regeling. De LTIA-regeling betreft een transparante regeling die duidelijk kenbaar is en van toepassing is voor een grote groep werknemers binnen het Shell-concern. Dit betekent dat de kantonrechter terecht tot ontbinding is overgegaan. Werknemer meent echter dat de kantonrechter daarbij is uitgegaan van een onjuiste opzegtermijn. Omdat sprake is van opvolgend werkgeverschap in de zin van artikel 7:668a lid 2 BW, had de duur van zijn SEPSR-dienstverband bij de berekening van de opzegtermijn en de transitievergoeding meegenomen moeten worden. Deze grief slaagt. Daarbij neemt het hof in aanmerking dat tussen partijen vaststaat dat (1) werknemer – in voorbereiding op zijn uitzending naar Nederland – bij SEPSR vanaf maart 2011 werkzaam is geweest in de functie van Deal Lead, dat wil zeggen dezelfde functie als hij heeft vervuld bij SIEP; (2) uitzending heeft plaatsgevonden in concernverband, met de uitdrukkelijke bedoeling dat werknemer zou terugkeren naar SEPSR; (3) het ging om een tijdelijke uitzending in het kader van de loopbaanontwikkeling van werknemer binnen het Shell-concern, en (4) binnen het Shell-concern gebruikelijk is om diensttijd bij de diverse Shell-entiteiten wereldwijd, ongeacht functie, samen te tellen bij de berekening van afvloeiingsregelingen. Dit betekent dat sprake was van een dienstverband van meer dan tien jaar, hetgeen impliceert dat bij ontbinding een opzegtermijn van drie maanden in aanmerking had moeten worden genomen. Het hof zal daarom het einde van het dienstverband alsnog

dienen vast te stellen overeenkomstig artikel 7:672 BW juncto artikel 7:671b lid 8 onderdeel a BW. Het bepaalde in artikel 7:683 lid 3, lid 5 of lid 6 BW is niet van toepassing omdat de beslissing om te ontbinden wel terecht was. Uit de toepasselijke opzegregels volgt dat de kantonrechter de arbeidsovereenkomst met ingang van 21 april 2016 had behoren te ontbinden. Het hof zal de bestreden beschikking in die zin aanpassen. Nu het hier gaat om een latere ontbindingsdatum dan de oorspronkelijke door de kantonrechter vastgestelde ontbindingsdatum acht het hof herstel ervan mogelijk. Een en ander impliceert dat ook bij de berekening van de transitievergoeding de duur van het dienstverband met SEPSR meetelt.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 22-11-2016

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2016:3372

Zaaknummer: 200.190.265/01

Rechters: M.J. van der Ven, J.M.T. van der Hoeven-Oud en I. Zaal

Advocaten: A.A. Kraaijeveld en mr. dr. J.H. Even

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

RECHTSPRAAK

werkneemster/werkgever

Conflict tussen onderzoeker en promotor leidt niet tot g- of h-grond met werkgever. Voorwaardelijke ontbinding in geval er discussie bestaat over de vraag of überhaupt sprake is van een arbeidsovereenkomst wordt aangehouden in het licht van de prejudiciële vragen aan de Hoge Raad. Billijke vergoeding in hoger beroep.

Werkneemster heeft van 2008 tot 2015 promotieonderzoek verricht aan de hogeschool X. In 2015 is dit traject tot een einde gekomen. Vanaf 2012 was werkneemster woonachtig op de campus van Y. Een van haar promotores had dit geregeld. De verschuldigde huur zou worden voldaan uit de vergoeding die werkneemster kon verdienen met het begeleiden van scripties van studenten van Y. Als in oktober 2015 ook het einde van de overeenkomst wordt ingeluid, stelt werkneemster zich op het standpunt dat zij werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst. De kantonrechter heeft de arbeidsovereenkomst voor zover die bestaat per 19 april 2016 ontbonden. De kantonrechter heeft het beroep van Y op de g-grond gehonoreerd omdat hij van oordeel is dat sprake is van een verstoorde arbeidsrelatie. In het promotietraject bij hogeschool X is een conflict ontstaan tussen werkneemster en de promotor. Daarnaast is voldoende gebleken dat het promotietraject en de werkzaamheden die werkneemster voor Y verrichtte nauw met elkaar samenhangen. Die samenhang ligt besloten in de omstandigheid dat promotor aanleiding heeft gezien om Y ertoe te bewegen werkneemster, vanwege haar privésituatie, huisvesting aan te bieden en werkzaamheden om aan de huurverplichting te kunnen voldoen. Onder deze omstandigheden valt, volgens de kantonrechter, niet in te zien dat het promotietraject geen rol speelt in de verhouding tussen werkneemster en Y, temeer niet nu dat traject inmiddels is geëindigd en daarover verschillende (klacht)procedures aanhangig zijn (geweest) waarin werkneemster vooralsnog in het ongelijk is gesteld. Al met al is voldoende aannemelijk dat een vertrouwensbreuk is ontstaan tussen werkneemster en Y als gevolg van het niet slagen van het promotietraject en de in dat kader gerezen geschillen. Er is sprake van een zodanig ernstig verstoorde arbeidsrelatie dat van Y niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren,

aldus de kantonrechter.

Het hof oordeelt als volgt. Ten onrechte heeft de kantonrechter de arbeidsovereenkomst op de g-grond ontbonden. Werkneemster heeft een probleem/conflict met haar promotor en niet met Y. Voor een succesvol beroep op de h-grond acht het hof onvoldoende gesteld. De enkele – niet nader onderbouwde stelling – ‘Gezien de talloze procedures waarin partijen met elkaar zijn verward, is het van belang dat er een definitief einde komt aan het tussen partijen ontstane geschil’ is daartoe onvoldoende.

Billijke vergoeding in plaats van herstel

Het hof zal Y evenwel, voor het geval voorwaardelijke ontbinding al toelaatbaar was, niet veroordelen tot herstel van de arbeidsovereenkomst, mocht blijken dat van een arbeidsovereenkomst sprake was. Bij afweging van de keuze tussen herstel of een billijke vergoeding in plaats daarvan, dient het hof rekening te houden met de actuele stand van zaken. In dit geval houdt het hof rekening met het feit dat werkneemster inmiddels Y aansprakelijk heeft gesteld voor schade uit onrechtmatige daad en de emotie die de zaak heeft opgeroepen bij de ter zitting in hoger beroep aanwezige algemeen secretaris van Y (‘Totalkrieg’ en ‘Het gedrag van deze persoon irriteert de universiteit mateloos’). Herstel ligt ook overigens niet voor de hand. De hoogte van die vergoeding bepaalt het hof op € 3.500 bruto, hetgeen overeenkomt met ongeveer zes maanden huur, welke vergoeding het hof in de omstandigheden van dit geval billijk acht. Het is zeer onaannemelijk dat de gestelde arbeidsovereenkomst nog een lang leven beschoren zou zijn tegen de achtergrond van de op 4 juli 2016 door werkneemster aangespannen dagvaardingsprocedure tegen Y, de eerdere ontbindingsprocedure weggedacht.

Voorwaardelijke ontbinding

In reactie op de vraag van het hof of onder de WWZ een ontbinding als hier aan de orde is (namelijk: onder de voorwaarde dat onherroepelijk komt vast te staan dat er een arbeidsovereenkomst is) wel mogelijk is, heeft Y betoogd dat zij daarbij belang heeft omdat er, anders dan bij vernietiging van een ontslag op staande voet, nog jarenlang geprocedeerd zou kunnen worden over de vraag of er een arbeidsovereenkomst is. Het hof merkt daaromtrent op dat ook in het nog bij de kantonrechter aanhangige geschil door werkneemster vernietiging van de opzegging is verzocht. Mogelijk kwalificeert de kantonrechter in het nog aanhangige geschil de overeenkomst als een arbeidsovereenkomst en vernietigt hij de opzegging. Zou Y vervolgens in hoger beroep willen betwisten dat er een arbeidsovereenkomst was, dan zou zij tegen de vernietiging van de opzegging moeten opkomen op de voet van artikel 7:683 lid 6 BW. Mocht het hof oordelen dat er geen arbeidsovereenkomst was, dan heeft de

ontbindingsprocedure geen nut gehad. Zou het hof, evenals de kantonrechter, tot het oordeel komen dat er wel een arbeidsovereenkomst was en dat de opzegging ervan terecht is vernietigd, dan is die arbeidsovereenkomst door de ontbinding geëindigd. Tegen laatstbedoelde beslissing kan de werknemer inmiddels, zoals ook in dit geval, hoger beroep hebben ingesteld, hetgeen tot een beslissing op de voet van artikel 7:683 lid 3 BW leidt. Indien de kantonrechter zou oordelen dat er geen arbeidsovereenkomst is en hij de verzochte vernietiging van de opzegging daarom afwijst, maar het hof vervolgens tot het oordeel zou komen dat het vernietigingsverzoek ten onrechte is afgewezen omdat er wel een arbeidsovereenkomst was, dan zou het hof Y op de voet van artikel 7:683 lid 3 BW tot herstel kunnen veroordelen. De (zinloze) ontbinding van de al opgezegde oorspronkelijke arbeidsovereenkomst staat daaraan niet in de weg. De voorwaardelijke ontbinding lijkt in een geval als dit alleen zinvol wanneer zowel de kantonrechter, onder vernietiging van de opzegging, als het hof (op een verzoek van Y ex art. 7:683 lid 6 BW) tot het oordeel zouden komen dat er wel een arbeidsovereenkomst is. In de overige modaliteiten is de ontbindingsroute en het hoger beroep daartegen achteraf voor niets geweest. Daarbij laat het hof dan nog buiten beschouwing dat er ook nog cassatie mogelijk is. Naar het oordeel van het hof illustreert deze zaak dat het onwenselijk is dat in de voorwaardelijke sfeer geprocedeerd wordt omdat niet de relatief korte termijn afgewacht wordt waarbinnen de kantonrechter beslist op het verzoek tot vernietiging van de opzegging. Zonder die beslissing levert de ontbindingsbeslissing schijn duidelijkheid voor beide partijen en extra procedures op, hetgeen niet de bedoeling leek van de WWZ-wetgever. Het is ook maar zeer de vraag of de hiermee gepaard gaande kosten voor de werkgever opwegen tegen diens mogelijke besparing van enkele maanden loon, hetgeen het belang vormt voor de werkgever. Niet uit het oog mag worden verloren dat de werknemer aldus gedwongen wordt tot het maken van extra proceskosten voor een wellicht overbodige procedure. Anders dan in eerdere zaken die aan dit hof zijn voorgelegd, waarin de kantonrechter zowel besliste dat een ontslag op staande voet terecht was gegeven (en de door de werknemer verzochte vernietiging van de opzegging dus afwees) als ook de door de werkgever verzochte ontbinding toewees voor het geval het hof anders mocht denken over het ontslag, kan in dit geval niet met zekerheid gezegd worden dat de kantonrechter met het uitspreken van ontbinding onder een voorwaarde buiten de grenzen van zijn bevoegdheid is getreden.

Het hof betwijfelt of er in het systeem van de WWZ, waarmee vereenvoudiging van het ontslagrecht is beoogd en enerzijds is ingezet op snelle beslissingen en de mogelijkheid alle met de arbeidsovereenkomst samenhangende geschillen geconcentreerd te laten beslechten en anderzijds ruimer baan is gemaakt voor hoger beroep, ruimte moet zijn voor voorwaardelijke ontbinding, gelet op het ontstaan van verschillende kolommen van procedures en het risico dat de kolom betreffende de voorwaardelijke ontbinding nodeloos zal

blijken te zijn. Nu er inmiddels een conclusie ligt van de advocaat-generaal bij de Hoge Raad over een prejudiciële vraag omtrent dit onderwerp (ECLI:NL:PHR:2016:998) gaat het hof ervan uit dat de beslissing van de Hoge Raad over niet al te lange tijd kan worden verwacht. Hoewel onduidelijk is of de Hoge Raad zich tevens zal uitlaten over een casus als hier aan de orde is (de A-G heeft zich, blijkens punt 5.1 eerste zin van zijn conclusie, beperkt tot het geval waarin na ontslag op staande voet wordt verzocht om voorwaardelijke ontbinding), zou het hof in deze zaak het antwoord van de Hoge Raad op de gestelde vraag willen afwachten. Overigens blijkt uit de door de A-G behandelde subvragen en de verschillende scenario's die zich kunnen voordoen dat de voorwaardelijke ontbinding onder de WWZ een complexe rechtsfiguur is. Gelet op artikel 392 lid 6 Rv dienen partijen de gelegenheid te krijgen zich uit te laten over het voornemen van het hof om de beslissing aan te houden totdat de Hoge Raad uitspraak heeft gedaan.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 17-11-2016

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2016:9176

Zaaknummer: 200.193.969

Rechters: M.E.L. Fikkers, E.B. Knottnerus en M.F.J.N. van Osch

Advocaten: J.S. Oey-Mehta en W. van der Boon

Wetsartikelen: 7:671b BW en 7:610 BW

RECHTSPRAAK

Professional Facility Services B.V./werknemer

Voorwaardelijk ontbindingsverzoek, zoals dat naar oud recht regelmatig werd ingediend, is thans niet meer mogelijk. Ondanks vernietigd ontslag op staande voet is geen sprake van ernstig verwijtbaar handelen werkgever. Werknemer handelt wel ernstig verwijtbaar; geen recht op transitievergoeding.

Werknemer is sedert januari 2001 in dienst van Professional Facility Services B.V. (hierna: Teico) als schoonmaker. Op enig moment, begin 2016, is werknemer onaangekondigd naar Pakistan afgereisd in verband met de ziekte van zijn vader. Op 10 mei 2016 heeft werknemer Teico laten weten dat hij op 18 mei 2016 terug zou zijn. Op 19 mei 2016 heeft werknemer Teico laten weten dat hij op 25 mei 2016 terug zou zijn en op 26 mei 2016 het werk zou hervatten. Op 20 mei 2016 heeft Teico werknemer een 'laatste waarschuwing' gegeven, inhoudende dat hij, als hij op 25 mei 2016 niet zou verschijnen, op staande voet zou worden ontslagen. Op 25 mei 2016 heeft werknemer gereageerd dat hij ziek is en dat hij door zijn ziekte niet kan werken. Op 27 mei 2016 heeft Teico werknemer op staande voet ontslagen, omdat hij niet op het werk is verschenen. Teico verzoekt de arbeidsovereenkomst te ontbinden, voor zover deze nog bestaat dan wel in de toekomst zal blijken nog te hebben bestaan, onder meer vanwege verwijtbaar handelen (e-grond). Werknemer verzoekt onder meer vernietiging van het ontslag op staande voet en doorbetaling van loon.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Een ontbindingsverzoek is slechts toewijsbaar wanneer daadwerkelijk de arbeidsovereenkomst op het moment dat op het verzoek moet worden beslist nog bestaat, althans kan bestaan, en tot op dat moment ononderbroken is doorgelopen. Een voorwaardelijk ontbindingsverzoek, zoals dat naar oud recht regelmatig werd ingediend, is thans niet meer mogelijk. Een dergelijk verzoek berustte onder het oude recht op de omstandigheid dat door het invoeren van de nietigheid van het ontslag door de werknemer een situatie van onzekerheid werd gecreëerd omtrent het al dan niet bestaan van de arbeidsovereenkomst, waarin pas achteraf door een niet voor hogere voorziening vatbare beslissing van de rechter kwam vast te staan of de dienstbetrekking vanaf het moment dat ontslag werd gegeven door het invoeren van de nietigheid gewoon was doorgelopen, dan wel

beëindigd. Dat betekende dat de rechter, ingeval hij de arbeidsovereenkomst ontbond onder de voorwaarde dat de overeenkomst op het moment van zijn beslissing nog bestond, een arbeidsovereenkomst beëindigde, waarvan op enig moment in de toekomst zou kunnen worden vastgesteld dat deze op het moment dat de uitspraak strekkende tot ontbinding op het verzoek was gedaan, nog, achteraf gezien, daadwerkelijk bestond. Onder het huidige recht daarentegen is door het ontslag op staande voet de overeenkomst formeel beëindigd. Vanaf dat moment is er dus geen onzekere situatie. Er bestaat eenvoudigweg geen arbeidsovereenkomst en deze kan dus ook niet worden ontbonden. De rechter kan geen uitspraken doen over hypothetische situaties. Een voorwaardelijk geformuleerd verzoek kan dus pas in behandeling worden genomen als de kantonrechter eerst heeft vastgesteld dat het gegeven ontslag op staande voet nietig verklaard moet worden. Eerst dan herleeft de arbeidsovereenkomst en kan deze ontbonden worden. Gelet op het voorgaande neemt de kantonrechter eerst het verzoek van werknemer in behandeling.

De kantonrechter oordeelt dat de maatregel van ontslag op staande voet te vergaand was. Werknemer had in zijn e-mail van 25 mei 2016 immers laten weten dat hij ziek was en niet kon terugreizen. Teico had op dat moment kunnen en moeten volstaan met het opschorten van de verplichting tot betaling van het loon en hem vervolgens moeten aanmanen om de noodzakelijke medische informatie te verstrekken. Dit is niet gebeurd. Uit het voorgaande volgt dat het ontslag nietig moet worden verklaard.

De kantonrechter oordeelt dat de arbeidsovereenkomst zal worden ontbonden met ingang van 1 december 2016 en overweegt hierover het volgende. Werknemer heeft zich op 25 mei 2016 ziek gemeld. In een hospitaal is knokkelkoorts geconstateerd, welke ziekte, gelet op de op het internet te vinden informatie, veelal geen en soms milde symptomen heeft. Werknemer heeft niet de moeite genomen om nadien nadere informatie over de ontwikkeling van de ziekte te verstrekken. Ter zitting van de kantonrechter was die informatie nog steeds niet beschikbaar. De conclusie daaruit kan geen andere zijn dan dat het hem er weinig tot niets aan gelegen was om zijn werkgever (en de kantonrechter) op de hoogte te stellen en te houden van de ontwikkeling van zijn ziekte, terwijl hij wel aanspraak maakt op loon. Een en ander levert verwijtbaar handelen in de zin van de e-grond op. Niet kan worden vastgesteld dat Teico ernstig verwijtbaar heeft gehandeld. In beginsel is het uitgangspunt dat, ingeval het ontslag op staande voet wordt vernietigd, de werkgever wordt vermoed ernstig verwijtbaar te hebben gehandeld. In casu is dit echter niet het geval, gelet op het plotselinge vertrek van werknemer en de gebrekkige manier waarop hij daarna al dan niet via familieleden heeft gecommuniceerd. Een billijke vergoeding wordt dan ook niet toegekend. Ook heeft werknemer geen recht op de transitievergoeding. Een werknemer, die plotseling vertrekt en vervolgens gebrekkig communiceert en na zijn ziekmelding nalaat om nadere informatie te

verstrekken gedurende meer dan twee maanden, handelt ernstig verwijtbaar.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 27-10-2016

Zaaknummer: EA 16-669 en 871; C104145

RECHTSPRAAK

Bos&Bos Catering B.V./werkneemster

Ontbinding arbeidsovereenkomst kok wegens verstoorde arbeidsrelatie. Langdurig arbeidsconflict en arbeidsongeschiktheid. Geen billijke vergoeding, wel transitievergoeding.

Werkneemster is na een aantal arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd met ingang van 30 juni 2015 voor onbepaalde tijd in dienst getreden bij Bos&Bos, laatstelijk in de functie van kok. Op 21 september 2015 heeft een gesprek plaatsgevonden over de werkhouding van werkneemster. Zij heeft naar aanleiding van dit gesprek op 22 september 2015 een uitvoerige e-mail aan B en C verzonden. Voorafgaand aan deze mail heeft zij zich ziek gemeld. Tussen partijen is vervolgens een conflict ontstaan. Er hebben verschillende gesprekken plaatsgevonden. De bedrijfsarts heeft vastgesteld dat werkneemster arbeidsongeschikt is. Partijen hebben getracht overeenstemming te bereiken over de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Dit is niet gelukt, ook niet na inschakeling van een mediator. Nadat werkneemster weigerde verder mee te werken aan een mediationtraject, heeft Bos&Bos de loondoorbetaling gestopt. Bos&Bos verzoekt ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van artikel 7:669 lid 3 onderdeel e (primair) dan wel g (subsidiair) BW en verzoekt te bepalen dat werkneemster geen recht heeft op een transitievergoeding.

Naar het oordeel van de kantonrechter roept alleen al lezing van de vaststaande feiten een beeld op van een escalerend arbeidsconflict, waarvan ondenkbaar is dat dit nog ooit tot een 'werkbare situatie' voor partijen zal leiden. De bedrijfsarts heeft op 10 februari 2016 al de onherstelbare vertrouwensbreuk tussen partijen benoemd en de omstandigheid dat het arbeidsconflict de klachten van werkneemster in feite 'onderhouden'. Zijn conclusie is dan ook dat een terugkeer naar de eigen werkplek onder deze condities voor werkneemster 'ziekmakend' zal zijn, zodat de door hem geadviseerde mediation erop gericht zou moeten zijn om 'op een acceptabele manier uit elkaar te gaan'. Ook ter zitting hebben partijen er blijk van gegeven dat ze een verdere samenwerking onmogelijk achten en ieder voor zich bevestigd dat een herstel van de sterk en blijvend verstoorde arbeidsverhouding niet in de rede ligt. De kantonrechter ziet in dit geheel voldoende grond om tussen partijen de ontbinding van de arbeidsovereenkomst uit te spreken.

Partijen twisten over de vraag wie de verstoorde arbeidsrelatie moet worden aangerekend en verbinden daaraan hun wederzijdse aanspraken op het al dan niet verschuldigd zijn van een billijke vergoeding dan wel transitievergoeding. Geoordeeld wordt geen sprake is van ernstig verwijtbaar handelen door Bos&Bos, zodat geen billijke vergoeding wordt toegekend aan werkneemster. In elk geval is de kantonrechter er niet van overtuigd dat – zoals werkneemster stelt – het ontstaan en het voortduren van de arbeidsongeschiktheid van werkneemster louter aan Bos&Bos als gevolg van diens ernstig verwijtbaar handelen is aan te rekenen. Evenmin ziet de kantonrechter aanleiding om werkneemster haar transitievergoeding te ontzeggen, omdat zij ernstig verwijtbaar zou hebben gehandeld.

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 13-10-2016

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2016:5437

Zaaknummer: 5328862 AR VERZ 16-175 en 5375264 AR VERZ 16-189

Rechters: E.J. Oostdijk

Advocaten: T.S. Nicolai en V.S.M. Sturkenboom

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

RECHTSPRAAK

werkgeefster/werknemer

Ontbinding arbeidsovereenkomst systeembeheerder wegens ongeschiktheid voor bedongen arbeid. Ondanks intensieve begeleiding en verbetertraject, weigert werknemer de juiste procedures te volgen.

Werknemer is sinds 1 februari 1997 in dienst, laatstelijk als Medewerker ASP-Systeembeheer. Werkgeefster verzoekt op grond artikel 7:671b lid 1 onderdeel a en artikel 7:669 lid 3 onderdeel d BW om ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Zij heeft daartoe aangevoerd dat werknemer ongeschikt is voor het verrichten van de bedongen arbeid. Zij heeft hem tijdig geïnformeerd dat hij onvoldoende functioneert en heeft hem door twee verbetertrajecten in de gelegenheid gesteld om zijn functioneren te verbeteren. Desondanks is er nog steeds sprake van disfunctioneren. De belangrijkste aspecten daarvan zijn dat werknemer zijn uren op een onjuiste wijze registreert, zijn registratie en administratie niet op een correcte wijze bijhoudt en zich niet aan de procedures houdt. Werknemer voert verweer.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Allereerst moet worden vastgesteld dat zowel gedurende de verbetertrajecten als in de periode voordien, werknemer het merendeel van zijn tijd bij werkgeefster werkzaam is geweest. De kantonrechter stelt vast dat zowel uit PVP en PVP2 als uit de verslagen die zien op de periode daarvoor blijkt dat er sprake is van klachten ten aanzien van de urenregistratie en de projectregistratie. Werknemer is daarop herhaaldelijk aangesproken, maar dit heeft, zo blijkt uit PVP en PVP2, niet tot voldoende verbetering geleid. Door werknemer is ook niet, anders dan een blote ontkenning, gemotiveerd weersproken dat er sprake is van een gebrekkige registratie. Het verwijt dat werknemer zich niet aan de procedures houdt is eveneens voldoende onderbouwd. Van werknemer mag worden verwacht dat hij, mede gezien de intensieve begeleiding, beseft dat werkgeefster grote waarde hecht aan het volgen van de juiste procedures. Niet gebleken is dat dit besef bij werknemer aanwezig is. Uit de gespreksverslagen, PVP en PVP2 blijkt voorts dat werkgeefster werknemer tijdig in kennis heeft gesteld van zijn disfunctioneren en hem in de gelegenheid heeft gesteld zijn functioneren te verbeteren. Dat werknemer stelt dat daarvan geen sprake is, vindt daarmee geen steun in de stukken. Werkgeefster heeft voldoende ruimte geboden om opleidingen te volgen. Dat werkgeefster bij de invulling van die uren de verantwoordelijkheid bij de

werknemer legt, kan niet leiden tot het oordeel dat zij daarmee onvoldoende zorg voor scholing heeft betracht. De arbeidsovereenkomst wordt ontbonden. Van ernstig verwijtbaar handelen door werkgeefster is geen sprake, zodat de door werknemer verzochte billijke vergoeding wordt afgewezen.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 08-12-2016

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2016:6610

Zaaknummer: 5479490 UE VERZ 16-520 WL/1132

Rechters: J.J.M. de Laat

Advocaten: R.L.H. Boas en T. Stevovic

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

RECHTSPRAAK

TCC The Computer Company B.V./werknemer

Helpdeskmedewerker wordt onbillijk benadeeld door concurrentiebeding en werkgeefster heeft geen zwaarwegend belang bij naleving van het beding. Dat werknemer specifieke kennis heeft van de bedrijfsvoering waaraan concurrent een concurrentievoordeel zou kunnen ontleen, is niet aannemelijk. Schorsing concurrentiebeding.

Werknemer is op 18 februari 2004 voor de bepaalde tijd van zes maanden in dienst getreden van TCC in de functie van helpdeskmedewerker. Met ingang van 18 augustus 2004 is een nieuwe arbeidsovereenkomst voor de duur van zes maanden aangegaan. In de arbeidsovereenkomst is een concurrentiebeding opgenomen. Werknemer heeft zijn arbeidsovereenkomst tegen 31 maart 2016 opgezegd en is per 1 april 2016 bij Kemit in dienst getreden in de functie van Medewerker Managed Service Center. TCC vordert onder meer dat werknemer wordt geboden zijn dienstverband met Kemit te staken, op straffe van verbeurte van een dwangsom. Daarnaast wordt gevorderd werknemer te veroordelen tot betaling van een voorschot op de boete. Werknemer heeft in voorwaardelijke reconventie primair de matiging van het non-concurrentiebeding gevorderd en subsidiair dat het beding wordt geschorst.

De voorzieningenrechter oordeelt als volgt. Er is aanleiding eerst de voorwaardelijke vorderingen van werknemer te bespreken. De vorderingen van TCC moeten immers worden afgewezen, indien TCC rechten kan ontleen aan het non-concurrentiebeding waarop zij haar vorderingen heeft gegrond, maar het beding moet worden gematigd of geschorst, zoals werknemer voorwaardelijk heeft gevorderd. De vorderingen in voorwaardelijke reconventie moeten worden beoordeeld aan de hand van het bepaalde in artikel 7:653 (oud) BW. Werknemer heeft primair de matiging van het non-concurrentiebeding gevorderd. Matiging houdt in dat het beding geheel of gedeeltelijk wordt vernietigd. De vernietiging van het beding kan echter niet bij voorlopige voorziening worden uitgesproken. Werknemer heeft subsidiair gevorderd dat (de werking van) het beding wordt geschorst. Schorsing van het beding is

aangewezen indien er reden is om aan te nemen dat in een bodemprocedure het beding geheel of gedeeltelijk zal worden vernietigd. Bij de vraag of het beding geheel of gedeeltelijk moet worden vernietigd, zal de bodemrechter moeten beoordelen of werknemer door het non-concurrentiebeding onbillijk wordt benadeeld, in verhouding tot het belang dat TCC bij het beding heeft. In het onderhavige geval wordt geoordeeld dat hiervan sprake is. Hiervoor zijn de volgende omstandigheden van doorslaggevende betekenis. Het werk van werknemer als helpdeskmedewerker bestaat voornamelijk uit het beantwoorden van vragen van (eind)gebruikers en ICT-medewerkers van klanten van zijn werkgever en het oplossen van problemen waarmee zij te maken hebben. Werknemer is niet betrokken bij werkzaamheden van commerciële aard. Het is niet aannemelijk dat de overstap van werknemer naar Kemit een reëel risico voor TCC meebrengt dat haar klanten ook naar Kemit zullen overstappen. De volgende vraag is of er wel een reëel risico is dat Kemit een concurrentievoordeel heeft bij het verwerven van klanten doordat zij zal kunnen profiteren van specifieke kennis die werknemer heeft van de bedrijfsvoering van TCC. Het is niet zonder meer aannemelijk dat een helpdeskmedewerker specifieke kennis heeft van de bedrijfsvoering van zijn werkgever waaraan een concurrent een concurrentievoordeel zou kunnen ontlelen. Ook in dit geval is onvoldoende concreet gemaakt welke specifieke kennis werknemer heeft die Kemit een specifiek voordeel kan geven bij het verwerven van klanten. TCC heeft ten slotte nog aangevoerd dat zij belang heeft bij het non-concurrentiebeding omdat zij heeft geïnvesteerd in de opleiding en deskundigheid van werknemer. Het gaat in hoofdzaak om het bijhouden van kennis ten behoeve van het dagelijkse werk als helpdeskmedewerker, waarvoor geen substantiële investeringen waren vereist. Er kan daarom niet worden aangenomen dat TCC vanwege dergelijke investeringen een zwaarwegend belang heeft bij handhaving van het non-concurrentiebeding. Andere concrete omstandigheden die voor TCC een zwaarwegend belang opleveren om werknemer te houden aan het non-concurrentiebeding, zijn niet naar voren gebracht of aannemelijk geworden. Aan de zijde van werknemer staat daartegenover het grondrecht op vrijheid van arbeidskeuze. Daarnaast mag het belang van werknemer om na twaalf jaar dienstverband bij TCC in zijn eigen functie van helpdeskmedewerker te gaan werken bij het bedrijf van zijn keuze tegen een hoger loon en meer vakantie, zwaarwegend worden genoemd. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat werknemer door het non-concurrentiebeding onbillijk wordt benadeeld, in aanmerking genomen dat TCC geen zwaarwegend belang heeft bij de nakoming van dat beding. Het valt daarom te verwachten dat in een bodemprocedure het beding geheel of gedeeltelijk zal worden vernietigd. De voorzieningenrechter ziet hierin aanleiding het beding te schorsen en te bepalen dat werknemer geen boete zal verbeuren gedurende de periode dat het beding is geschorst, alles voorwaardelijk, namelijk voor het geval TCC rechten aan het beding kan ontlelen.

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 06-12-2016

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2016:10587

Zaaknummer: C/03/227526 / KG ZA 16-548

Rechters: W.J.J. Los

Advocaten: F.H.I. Hundscheid en N. Liebregts

Wetsartikelen: 7:653 BW

RECHTSPRAAK

Schutter Rotterdam B.V./werknemer

Concurrentiebeding van expediteur die is opgeklommen tot operationeel manager is gedeeltelijk zwaarder gaan drukken. Wel is sprake van overtreding van geldig gebleven deel van het beding, door werkzaamheden voor concurrent te verrichten. Boete verschuldigd ad € 15.000.

Werknemer is op 1 april 2005 als expediteur in dienst getreden van Schutter Rotterdam B.V. (hierna: Schutter). De arbeidsovereenkomst bevat een concurrentiebeding. Werknemer is met ingang van november 2007 respectievelijk juli 2013 benoemd tot manager respectievelijk operationeel directeur. Werknemer heeft tegen 30 november 2015 de arbeidsovereenkomst opgezegd. Werknemer heeft de arbeidsovereenkomst met Schutter onder gelijkblijvende condities feitelijk voortgezet tot 31 december 2015. Op 25 januari 2016 heeft werknemer BCI Rotterdam B.V. (hierna: BCI) opgericht. BCI heeft drie medewerkers van Schutter in dienst genomen. Schutter vordert een verklaring voor recht dat werknemer zijn verplichtingen uit het concurrentiebeding heeft geschonden en vordert veroordeling van werknemer tot betaling van de contractuele boetes.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Werknemer beroept zich op het zwaarder drukken-criterium en de jurisprudentie die de Hoge Raad in het Brabant/Van Uffelen-arrest (HR 9 maart 1979, NJ 1979/467) en vervolgens in de AVM-arresten (HR 5 januari 2007, JAR 2007/37 en 38) in dat kader heeft ontwikkeld. Allereerst moet worden getoetst of sprake is van een niet voorzienbare ingrijpende wijziging van de arbeidsverhouding. Werknemer heeft aangevoerd dat toen hij in dienst trad bij Schutter, er in totaal circa tien expediteurs op de afdeling werkzaam waren onder leiding van één manager. Hieruit leidt de kantonrechter af dat het geenszins vanzelfsprekend is dat een expediteur bij Schutter uiteindelijk promoveert tot manager van de afdeling, laat staan tot operationeel directeur. Er is dan ook geen sprake van een voorzienbare functiewijziging die in het normale carrièreperspectief ligt, zodat sprake is van een niet voorzienbare ingrijpende wijziging van de arbeidsverhouding.

Met betrekking tot de (vervolg)vraag of het concurrentiebeding aanmerkelijk zwaarder is gaan

drukken overweegt de kantonrechter het volgende. Nu werknemer is opgeklommen tot operationeel directeur belemmert het concurrentiebeding hem feitelijk meer dan voorheen, omdat hij nu zonder dat beding veel ruimere mogelijkheden heeft op de arbeidsmarkt dan toen hij nog expediteur was. Werknemer beschikt als operationeel directeur over veel meer gevoelige kennis waarmee hij Schutter kan benadelen dan hij zou hebben gehad als hij expediteur zou zijn gebleven. Het ligt dan ook voor de hand dat Schutter daardoor aanzienlijk méér reden heeft om een beroep op het concurrentiebeding te doen. Voorts wordt aangenomen dat naarmate een werknemer een hogere functie verkrijgt, er minder vergelijkbare functies voorhanden zijn, waardoor het beding ook hierom aanmerkelijk zwaarder zal drukken. Daarom acht de kantonrechter het voldoende aangetoond dat werknemer door handhaving van het concurrentiebeding belemmerd wordt in het vinden van een gelijkwaardige werkkring, met bijbehorende taken en bevoegdheden, status en verdienmogelijkheden als hij laatstelijk had bij Schutter. De slotsom is dat het concurrentiebeding aanmerkelijk zwaarder is gaan drukken. Dat betekent dat het concurrentiebeding op enig moment opnieuw schriftelijk overeengekomen had moeten worden om zijn geldigheid te behouden, hetgeen niet is gebeurd.

Gesteld voor de vraag of en in hoeverre werknemer boetes heeft verbeurd door in strijd te handelen met het concurrentiebeding dienen de activiteiten van werknemer als *ondernemer* buiten beschouwing te blijven. Deze activiteiten vallen immers binnen de reikwijdte van het nietige deel van het concurrentiebeding. Beoordeeld moet dus worden of en zo ja, in welke mate, werknemer in strijd heeft gehandeld met het geldig gebleven deel van het beding. Vast staat dat BCI Rotterdam in ieder geval vanaf 1 juni 2016 operationeel is geworden en dat werknemer vanaf die datum als bestuurder van die vennootschap werkzaam is geweest. Daardoor heeft werknemer in strijd gehandeld met het geldig gebleven deel van het concurrentiebeding dat hem immers verbood om op welke wijze dan ook werkzaam te zijn bij een bedrijf zoals BCI Rotterdam. Hieruit volgt dat werknemer gedurende 30 dagen telkens een boete heeft verbeurd van € 500 per dag, resulterend in een bedrag van € 15.000. Werknemer wordt veroordeeld tot betaling van voornoemd bedrag. Het beroep van werknemer op matiging van de boetes wordt afgewezen.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 25-11-2016

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2016:9258

Zaaknummer: 5261559

Rechters: P. Vlaswinkel

Advocaten: J.E. Hoetink en P. Smit

Wetsartikelen: 7:653 BW

RECHTSPRAAK

Agency B.V./werknemer

Beroep werkgever op studiekostenbeding in strijd met eisen van goed werkgeverschap en naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar. In arbeidsovereenkomst opnemen van gefixeerd bedrag aan studiekosten, laat onderbouwing van gemaakte studiekosten onverlet.

Werknemer is op 1 augustus 2013 in dienst getreden bij Agency B.V. (hierna: Agency) in de functie van helpdeskmedewerker. In de arbeidsovereenkomst(en) is onder meer een studiekostenbeding opgenomen. Werknemer heeft de arbeidsovereenkomst op 16 november 2015 opgezegd en is per 1 december 2015 bij een concurrent van Agency in dienst getreden. Agency vordert een verklaring voor recht dat werknemer gehouden is tot nakoming van de tussen partijen getroffen studiekostenregeling en veroordeling van werknemer om aan Agency te voldoen een bedrag ad € 5.123,63.

Naar het oordeel van de kantonrechter is het beroep van Agency op het studiekostenbeding in strijd met de eisen van goed werkgeverschap en in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar. Agency maakt aanspraak op de kosten voor begeleiding en opleiding van € 4.000 per jaar. Met uitzondering van de (door werknemer erkende) kosten voor een tweetal examens van in totaal € 355,70 inclusief btw, heeft Agency nagelaten de thans gevorderde (studie)kosten genoegzaam met stukken te onderbouwen. De kantonrechter begrijpt de stellingen van Agency aldus dat het gevorderde bedrag onder meer is opgebouwd uit kosten voor een training bij ict.trainingen.nl en kosten in verband met wekelijkse (zelf)studie-uren. Weliswaar heeft Agency een factuur van ict.trainingen.nl overgelegd waaruit kan worden afgeleid dat Agency heeft betaald voor een training aldaar, maar werknemer heeft uitdrukkelijk betwist dat die kosten specifiek voor hem zijn gemaakt. Naar het oordeel van de kantonrechter is voldoende aannemelijk geworden dat deze training behoort tot de normale investeringen die een werkgever als goed werkgever in zijn werknemers behoort te doen. Ten aanzien van de gestelde kosten in verband met wekelijkse (zelf)studie door werknemer overweegt de kantonrechter dat vast is komen te staan dat sprake is van studie tijdens werktijd, hetgeen nodig is voor een goede uitoefening

van de functie. Nog daargelaten dat Egency ook deze studiekosten geenszins heeft onderbouwd, is de kantonrechter van oordeel dat eventuele kosten vanwege (opgenomen) studie-uren in redelijkheid niet voor rekening van werknemer dienen te komen. Uit de door Egency overgelegde stukken en haar verklaringen ter zitting leidt de kantonrechter af dat zij het feit dat in de arbeidsovereenkomst geen concurrentiebeding is opgenomen, heeft willen compenseren met een vergaand studiekostenbeding. In het beding is een gefixeerd bedrag aan studiekosten per jaar opgenomen. Nauwkeurige lezing van het betreffende artikel leidt tot de conclusie dat werknemer in nagenoeg alle gevallen gehouden is 100% van de studiekosten terug te betalen, omdat de duur van de studie niet is begrensd. Gedurende zijn gehele dienstverband dient werknemer vier uren per week aan studie te besteden. Gelet op de wijze waarop Egency het betreffende studiekostenbeding heeft geformuleerd, is de kantonrechter van oordeel dat het beding in de onderhavige arbeidsrelatie veeleer als een verkapt boetebeding moet worden aangemerkt. Egency wenst aanspraak te maken op (minimaal) € 4.000 per jaar aan studiekosten in het geval de arbeidsovereenkomst – op welke wijze en op welk tijdstip dan ook – eindigt. De facto leidt dit er in de onderhavige situatie toe dat een opzegging van de arbeidsovereenkomst altijd tijdens de opleiding plaatsvindt, zodat toepassing van het studiebeding er steeds toe zal leiden dat werknemer alle studiekosten dient terug te betalen. Gesteld noch gebleken is dat Egency deze vergaande financiële consequenties voldoende met werknemer heeft besproken. Geconcludeerd wordt dat werknemer in redelijkheid niet kan worden gehouden tot vergoeding van de gevorderde (en onvoldoende onderbouwde) studiekosten. Dat in het betreffende studiekostenbeding een gefixeerd bedrag aan studiekosten is opgenomen, laat onverlet dat Egency door haar gemaakte studiekosten voor werknemer genoegzaam met stukken dient te onderbouwen.

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 16-11-2016

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2016:6183

Zaaknummer: 4987544

Rechters: M.P.C.J. van Bavel

Advocaten: S.I. Janssen en A.L. Wolters-van Soest

Wetsartikelen: 6:248 BW en 7:611 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Mens & Water B.V.

Ontbindingsverzoek werknemer gedurende slapend dienstverband wordt afgewezen, nu geen feiten of omstandigheden zijn aangevoerd die onmiddellijke ontbinding rechtvaardigen.

Werknemer is op 22 april 2013 bij Mens & Water in dienst getreden in de functie van legionella-adviseur tegen een loon van € 3.623,55 bruto per maand, exclusief vakantiebijslag en overige emolumenten. Werknemer raakt op 4 augustus 2014 – eerst gedeeltelijk en daarna volledig – arbeidsongeschikt. De arbeidsverhouding tussen partijen is inmiddels verslechterd en er is sprake van een conflictsituatie. Er volgt overleg tussen partijen, hetgeen resulteert in een door beide partijen op 14 april 2015 ondertekende vaststellingsovereenkomst. Werknemer blijft arbeidsongeschikt, herstel is niet in zicht en er wordt een WIA-aanvraag ingediend. Werknemer ontvangt deze WIA-uitkering per 1 augustus 2016 en per die datum vervalt de loonbetalingsverplichting van Mens & Water. Werknemer verzoekt Mens & Water om tot uitbetaling over te gaan van verlofdagen en vakantiedagen. Mens & Water deelt werknemer op 31 augustus 2016 mee dat verlof- en vakantiedagen in mei 2017 zullen worden uitbetaald. Werknemer verzoekt onder meer de tussen haar en Mens & Water bestaande arbeidsovereenkomst per 1 november 2016 te ontbinden op grond van artikel 7:671c lid 1 BW onder toekenning van een transitievergoeding (€ 4.458) en billijke vergoeding (€ 39.600).

De kantonrechter oordeelt als volgt. Vast staat dat per 4 augustus 2016 de ziekteperiode van twee jaar is verstreken en dat werknemer recht heeft op een WIA-uitkering. De loonbetalingsverplichting van Mens & Water is daarmee komen te vervallen. Er is thans nog enkel sprake van een papieren dienstverband. Het slapend laten voortbestaan van een arbeidsovereenkomst om op die manier te ontkomen aan het betalen aan werknemer van een transitievergoeding acht de kantonrechter – gezien de thans heersende jurisprudentie – rechtens niet ongeoorloofd. Rijst de vraag of er sprake is van *omstandigheden die van dien aard zijn dat de arbeidsovereenkomst billijkheidshalve dadelijk of na korte tijd behoort te eindigen*, een en ander zoals bedoeld in artikel 7:671c BW. De kantonrechter is van oordeel dat het verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst zoals dit door werknemer is gedaan moet worden afgewezen. De omstandigheden waarop werknemer zich beroept zijn gelegen in het verleden,

althans vóór augustus 2016. Partijen zijn momenteel niet meer aan elkaar gebonden en behoeven – ondanks of dankzij het slapend dienstverband – op geen enkele manier meer met elkaar in contact te treden. Werknemer heeft naar het oordeel van de kantonrechter geen nadere omstandigheden aangevoerd die op dit moment de onmiddellijke ontbinding dan wel een ontbinding op korte termijn rechtvaardigen. Aan een inhoudelijke bespreking van de verwijten die werknemer aan het adres van Mens & Water maakt, komt de kantonrechter dan ook niet toe. Nu het ontbindingsverzoek wordt afgewezen, is er voor toewijzing van de transitievergoeding en billijke vergoeding geen plaats. Evenmin kan er rechtens een eindafrekening in de zin van verlofdagen en vakantiegeld worden afgedwongen, nu de arbeidsovereenkomst – zij het slapend – in stand blijft. Geheel terzijde wordt het navolgende overwogen. Mocht aan het verzoek tot ontbinding van werknemer enig financieel belang ten grondslag liggen, dan oordeelt de kantonrechter dat ook die omstandigheid niet tot spoedige ontbinding kan leiden. Een dergelijk belang kan immers ook door werknemer worden verkregen langs de weg van opzegging van de arbeidsovereenkomst.

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 05-12-2016

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2016:10510

Zaaknummer: 5422499/AZ/16-362 05122016

Rechters: G.M.P. Brouns

Advocaten: R.J.W.L. Loonen en C.S.B.E. Reinders

Wetsartikelen: 7:671c lid 1 BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/werkgever

Verzoek tot vernietiging van opzegging arbeidsovereenkomst en tot betaling van loon wordt afgewezen, nu werkneemster niet heeft voldaan aan haar re-integratieverplichting.

Werkneemster is op 15 september 2015 in dienst getreden van werkgever in de functie van chauffeuse. Zij heeft zich op 28 december 2015 ziek gemeld. In februari en april 2016 heeft de bedrijfsarts van werkgever geconcludeerd dat werkneemster arbeidsongeschikt is voor haar eigen werkzaamheden, maar dat aangepaste werkzaamheden wel mogelijk zijn voor 5x2-3 uur. Werkneemster heeft op 26 april 2016, ondanks verzoek van werkgever, niet hervat in aangepaste werkzaamheden. Op verzoek van werkneemster is het UWV om een deskundigenoordeel gevraagd over de kwestie of het door werkgever aangeboden werk passend is voor werkneemster, hetgeen het geval bleek te zijn. Werkgever heeft vervolgens de betaling van het loon van werkneemster opgeschort met ingang van 1 juni 2016. Op 13 juli 2016 heeft werkgever werkneemster (in aanwezigheid van haar gemachtigde) gesommeerd diezelfde dag te hervatten in aangepast werk. Bij die gelegenheid is werkneemster voorts een brief overhandigd waarin haar (onder meer) wordt medegedeeld dat indien zij niet uiterlijk om 14:45 uur die dag verschijnt voor instructies teneinde te hervatten in aangepast werk zij om 15:00 uur op staande voet ontslagen zal worden. Werkneemster is niet verschenen op 13 juli 2016 om 14:45 uur. Bij brief van 13 juli 2016 is werkneemster op staande voet ontslagen. Werkneemster verzoekt onder meer een verklaring voor recht van nietigheid van het ontslag en loondoorbetaling.

Partijen verschillen van mening over de vraag of het aan werkneemster aangeboden werk passend is. Werkgever stelt zich, gesteund door haar bedrijfsarts, op het standpunt dat werkneemster sedert februari 2016 in staat geacht moet worden aangepast werk (in het kader van de re-integratie van werkneemster) te verrichten. Werkneemster heeft ondanks diverse verzoeken van werkgever evenwel sedert februari 2016 niet hervat in aangepaste werkzaamheden omdat zij zich daartoe niet in staat achtte. Ook staat wel vast dat zij in die periode regelmatig niet bereikbaar was voor werkgever aangezien ter zitting niet is weersproken dat het moeilijk was om telefonisch contact met werkneemster te krijgen en dat

de contacten vaak verliepen via haar (ex-)partner. Op het moment dat werkneemster op 13 juli 2016 door werkgever werd gesommeerd, was door werkgever in de voorgaande periode reeds herhaalde malen, zelfs door een opschorting van de betaling van het loon, tevergeefs gepoogd werkneemster te bewegen om in aangepast werk te hervatten. Tegen die achtergrond kan niet gezegd worden dat de mededeling van werkgever op 13 juli 2016 dat werkneemster op straffe van ontslag diezelfde dag haar werkzaamheden diende te hervatten getuigt van slecht werkgeverschap. Werkneemster stelt dat het gesprek voor haar een verrassing was. Die stelling valt zonder nadere toelichting, die ontbreekt, niet te volgen. Werkneemster heeft zich bij dat gesprek immers laten bijstaan door haar gemachtigde, hetgeen er veeleer op duidt dat zij er wel degelijk rekening mee hield dat werkgever verdergaande maatregelen jegens haar zou aankondigen wegens het uitblijven van haar medewerking aan haar re-integratie. Voorts heeft zij na het gesprek, dat 's morgens plaatsvond, voldoende tijd gehad om zich met haar gemachtigde te beraden over de sommatie van werkgever om 's middags om 14:45 uur naar het werk te komen. Dit alles overziend is de kantonrechter van oordeel dat het op 13 juli 2016 gegeven ontslag wegens een dringende reden stand houdt. De stelling van werkneemster dat werkgever er ook voor had kunnen kiezen om de opschorting van de loonbetaling voort te zetten en dat werkgever dus geen belang heeft bij een ontslag op staande voet, moet worden verworpen aangezien werkgever als werkgever de verplichting heeft tot re-integratie van haar werknemers. Werkgever verzoekt werkneemster te veroordelen tot betaling van € 2.183,94, de proceskosten en de nakosten. De arbeidsovereenkomst tussen partijen is geëindigd op 13 juli 2016. Het verzoek van werkgever is eerst op 15 november 2016 en derhalve niet binnen de hiervoor geldende vervalttermijn ingediend en wordt afgewezen.

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 24-11-2016

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2016:10244

Zaaknummer: 5371238 AZ VERZ 16-190

Rechters: M.Y.H.G. Erkens

Advocaten: R.G.P. Voragen en E. Frieser

Wetsartikelen: 7:677 BW en 7:686a lid 4 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Stichting Rijnstate Ziekenhuis

Nu artikel 7:639 BW geen onderscheid maakt in het soort vakantiedagen, is het dwingendrechtelijke regime van dit artikel ook van toepassing op bovenwettelijke vakantiedagen.

Werknemer is thans voor onbepaalde tijd voor 20 uur per week in dienst bij Rijnstate in de functie van verpleegkundige, laatstelijk tegen een maandloon van € 1.620 bruto exclusief onregelmatigheidstoeslag, vakantietoeslag en overige emolumenten. Op de arbeidsovereenkomst is (en was) de CAO Ziekenhuizen van toepassing. Werknemer werkt uitsluitend in onregelmatige diensten, namelijk in late diensten en nachtdiensten volgens een rooster. In de cao 2014-2016 staat in artikel 12.1.2 lid 1 dat tijdens vakanties de onregelmatigheidstoelagen worden uitbetaald. Werknemer vordert onder meer de veroordeling van Rijnstate om aan hem onregelmatigheidstoeslag over vakantie- en verlofuren te betalen.

Allereerst dient de kantonrechter een oordeel te geven over het meest verstrekkende verweer van Rijnstate, namelijk dat werknemer zijn recht heeft verspeeld om Rijnstate aan te spreken, omdat hij niet binnen bekwame tijd heeft geprotesteerd ex artikel 6:89 BW. Dit verweer faalt. Aangezien artikel 7:639 BW van dwingend recht is, is niet (uitsluitend) doorslaggevend wat partijen ten aanzien van het 'overeengekomen loon' hebben afgesproken. Werknemer heeft onweersproken gesteld dat hij ervoor heeft gekozen om structureel alleen avond- en nachtdiensten te werken, om zodoende het gewenste inkomen (waarin begrepen de onregelmatigheidstoeslag) te verkrijgen. Naar het oordeel van de kantonrechter hangt in de onderhavige situatie het werken op onregelmatige tijden intrinsiek samen met de wijze waarop werknemer – conform de tussen partijen gemaakte afspraken – uitvoering geeft aan zijn functie van verpleegkundige. De onregelmatigheidstoeslag die werknemer ontvangt, dient daarom te worden gerekend tot zijn gebruikelijke beloning en dient tijdens de opgenomen wettelijke vakantie-uren te worden doorbetaald. Werknemer had de onregelmatigheidstoeslag immers ook uitbetaald gekregen als hij in de periode waarin hij vakantie had opgenomen, had gewerkt. Ook het feit dat de cao-bepalingen (bijna) twee jaar algemeen verbindend zijn verklaard, leidt niet tot een ander oordeel. De kantonrechter overweegt ten aanzien van de

bovenwettelijke vakantiedagen als volgt. Artikel 7:634 BW bepaalt dat een werknemer recht heeft op vier weken vakantie per jaar. Bij cao of in de individuele arbeidsovereenkomst kan worden overeengekomen dat een werknemer recht heeft op meer vakantiedagen. Nu artikel 7:639 BW niet de mogelijkheid biedt om ten aanzien van bovenwettelijke vakantiedagen ten nadele van de werknemer af te wijken, is ook ten aanzien van de bovenwettelijke vakantiedagen het dwingendrechtelijk regime van artikel 7:639 BW van toepassing. De kantonrechter verwerpt het verweer van Rijnstate dat de hoogte van de onregelmatigheidstoeslag afhankelijk is van de wijze waarop werknemer zou zijn ingeroosterd als hij geen vakantie had genoten. Dit betoog van Rijnstate gaat eraan voorbij dat het om doorbetaling van loon gedurende vakantie gaat. Het is derhalve niet relevant hoe werknemer zou zijn ingeroosterd indien hij geen vakantie had genoten. Rijnstate heeft onvoldoende feiten en omstandigheden aangevoerd die het oordeel rechtvaardigen dat de aanspraak van werknemer op betaling van de onregelmatigheidstoeslag over de door hem genoten vakantiedagen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. De omstandigheid dat Rijnstate gehouden was de cao toe te passen en geen rekening had hoeven houden met de onhoudbaarheid van de cao-bepaling kan geen grond vormen om toe te laten dat ten nadele van werknemer van artikel 7:639 BW wordt afgeweken en niet richtlijnconform wordt gehandeld. Ter zitting heeft Rijnstate voorts aangevoerd dat toewijzing van de vordering tot ongerechtvaardigde verrijking zou leiden in de zin van artikel 6:212 BW. Nu de vordering van werknemer haar grondslag vindt in artikel 7:639 BW in samenhang met jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie, kan niet worden geconcludeerd dat sprake is van ongerechtvaardigde verrijking aan de zijde van werknemer. Rijnstate heeft zich verder op het standpunt gesteld dat cao-partijen destijds zijn uitgegaan van de rechtsgeldigheid van de betreffende cao-bepaling. Voor zover deze bepaling niet rechtsgeldig is, stelt Rijnstate dat partijen dan beiden hebben gedwaald, zodat het onverenigbaar is om enkel Rijnstate de financiële consequenties te laten dragen. Ook dit verweer kan Rijnstate niet baten. Voor zover al moet worden aangenomen dat beide partijen op dit punt hebben gedwaald, laat dit onverlet dat de wet (art. 7:639 BW) in het onderhavige geval dient te prevaleren.

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 23-11-2016

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2016:6568

Zaaknummer: 4690006\ CV EXPL 15-20939 \ 406 \ 529

Advocaten: G.M. Hissink en M. Vetkamp

Wetsartikelen: 6:89 BW, 7:639 BW, 7:634 BW, 6:212 BW, 6:248 lid 2 BW, 7:645 BW en CAO Ziekenhuizen

RECHTSPRAAK

Sociale Verzekeringsbank/werknemer

Ontslag op staande voet na misbruik van bevoegdheid tot raadplegen Suwi-net door werknemer wordt in hoger beroep als rechtsgeldig bestempeld.

Op 1 augustus 1983 is werknemer bij (een rechtsvoorganger van) SVB in dienst getreden. Laatstelijk werkte hij als medewerker serviceteam B tegen een salaris van € 3.136 bruto per maand. In 2008/2009 is bij SVB gebruik van het Suwi-net ingevoerd. Op dat net zijn zowel persoonsgegevens als financiële gegevens van burgers in Nederland gekoppeld en opgeslagen ten behoeve van instanties zoals de Belastingdienst en SVB. Werknemer had vanwege zijn functie toegang tot het Suwi-net. De SVB hanteert een gedragscode, genaamd SVB Gedragscode en regels voor integriteit (hierna: Gedragscode), waarin regels over integriteit zijn opgenomen. Verder is opgenomen dat bij overtreding van de Gedragscode disciplinaire maatregelen kunnen worden getroffen die variëren van een waarschuwing tot ontslag. In mei 2014 is door SVB geconstateerd dat werknemer misbruik heeft gemaakt van zijn bevoegdheid om het Suwi-net te raadplegen. In een gesprek op 14 mei 2014 heeft werknemer dat toegegeven, waarna werknemer is vrijgesteld van werk, geschorst is en een onderzoek is gestart door SVB. Bij brief van 28 mei 2014 heeft SVB werknemer op staande voet ontslagen en subsidiair de arbeidsovereenkomst opgezegd tegen 1 augustus 2014. SVB heeft in eerste aanleg gevorderd voor recht te verklaren dat de arbeidsovereenkomst van partijen rechtsgeldig is geëindigd per 28 mei 2014, hetgeen door de kantonrechter is afgewezen, omdat het ontslag op staande voet niet gerechtvaardigd was. Tegen de beslissingen in conventie komt SVB op met vier grieven in principaal appel.

Het hof overweegt als volgt. SVB is een publieke uitvoerder van een aantal socialeverzekeringswetten en aanverwante regelingen. Bij haar berusten privégegevens van de burger. De burger moet erop kunnen vertrouwen dat zijn gegevens veilig zijn bij SVB en strikt vertrouwelijk worden gehanteerd. SVB heeft dit uitgangspunt ook naar haar werknemers gecommuniceerd. Zo heeft zij haar werknemers, onder wie werknemer, begin 2009 schriftelijk daarop nog expliciet gewezen en toegelicht dat de Gedragscode bij hun gedrag leidraad dient te zijn. Gelet hierop moet het werknemer, die reeds jarenlang bij SVB in dienst was, duidelijk

zijn geweest dat het – kennelijk door persoonlijke motieven ingegeven – raadplegen van privégegevens (waaronder inkomensgegevens) van klanten van SVB van wie geen zaken bij hem in behandeling waren, ongeoorloofd was en tot disciplinaire maatregelen zou leiden, ook al was dat niet met zoveel woorden door SVB kenbaar gemaakt voor zover het expliciet gegevens op het Suwi-net betrof en heeft SVB nu nadere (opleidings)maatregelen getroffen om haar werknemers hiervan doordrongen te laten zijn. Daarbij komt dat bij het inloggen op het Suwi-net telkens de tekst verschijnt dat op misbruik maatregelen volgen en dat die maatregelen blijkens de tekst van de Gedragscode kunnen variëren van een waarschuwing tot ontslag. Het hof neemt voorts in aanmerking dat het overtreden van genoemde norm zich niet heeft beperkt tot een enkel incident, maar dat sprake is van een omvangrijk, voortdurend en langdurig misbruik van de toegang tot het Suwi-net waarbij werknemer zonder redelijke grond vertrouwelijke persoonlijke en financiële informatie van anderen heeft bekeken. Voorts is het niet gebleven bij het raadplegen van gegevens van willekeurige personen, maar heeft hij nogmaals een grens overschreden door gegevens van personen in zijn directe sociale omgeving te raadplegen. De grieven in principaal appel slagen. Met grief I in incidenteel appel richt werknemer zich tegen het oordeel van de kantonrechter dat het ontslag op staande voet onverwijld is gegeven. Vast staat dat SVB haar onderzoek heeft aangevangen na het gesprek met werknemer op 14 mei 2014 waarin hij erkende dat hij in het postcodegebied waar hij zelf woont en in aanliggende postcodegebieden het Suwi-net had geraadpleegd zonder dat daarbij sprake was van een gevalsbehandeling. Aldus is in een tijdsbestek van acht dagen toestemming voor nader onderzoek gevraagd en verkregen, is informatie opgevraagd bij het BKWI en vervolgens ontvangen, is vervolgens de ontvangen informatie onderzocht, geanalyseerd en is daarna een schriftelijk rapport opgesteld met een aantal constatering en conclusies. Ten slotte is werknemer geconfronteerd met de bevindingen uit het onderzoek en in de gelegenheid gesteld daarop te reageren. Uit deze gang van zaken volgt dat SVB met voldoende voortvarendheid heeft gehandeld, zodat het ontslag op staande voet onverwijld is gegeven. Uit het hiervoor overwogene volgt dat sprake is van een rechtsgeldig gegeven ontslag op staande voet zodat de vorderingen van SVB als in eerste aanleg ingesteld alsnog zullen worden toegewezen en werknemer tevens zal worden veroordeeld in de proceskosten in eerste aanleg.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 13-09-2016

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2016:3748

Zaaknummer: 200.181.420/01

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

Advocaten: E.L. Zondervan

Wetsartikelen: 7:677 BW en 7:678 BW

RECHTSPRAAK

Comex Service B.V./werknemer

Verzoek van werkgever tot ontbinding arbeidsovereenkomst tijdens ziekte werknemer wordt afgewezen. Werkgever draagt geen grond aan voor ontbinding en heeft geen ziektegedverzekering afgesloten. Risico is voor werkgever.

Werknemer is vanaf 1 mei 2013 krachtens arbeidsovereenkomst in dienst van Comex in de functie van servicemedewerker voor 32 uur per week tegen een brutoloon van € 1.757,42 per maand. In september 2015 heeft werknemer, enig werknemer van Comex, een fietsongeluk gehad waarbij hij zijn linkerpols heeft gebroken, waardoor hij tot op heden niet in staat is zijn oorspronkelijke functie te vervullen. Wel heeft werknemer vanaf zijn arbeidsongeschiktheid verscheidene aangepaste werkzaamheden verricht. Op 6 september 2016 heeft Comex het UWV om toestemming verzocht om de arbeidsovereenkomst met werknemer op te zeggen. Op die aanvraag is op 26 september 2016 door het UWV afwijzend beslist vanwege het opzegverbod bij arbeidsongeschiktheid wegens ziekte. Comex verzoekt de tussen partijen bestaande arbeidsovereenkomst te ontbinden.

Gelet op het bepaalde in artikel 7:671b BW kan de kantonrechter een werkgeversverzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst slechts toewijzen op een van de gronden genoemd in artikel 7:669 lid 3 BW. Comex heeft niet gesteld noch desgevraagd aangegeven welke van deze gronden de basis voor het verzoek vormt. Nu Comex niet met juridische bijstand in persoon procedeert, zal de kantonrechter echter welwillendheidshalve het als motivering voor het verzoek aangevoerde naast de wettelijke gronden houden en onderzoeken welke grond door Comex bedoeld is aan het verzoek ten grondslag te leggen. Zoals ter zitting door de kantonrechter reeds te kennen is gegeven, is de enige ontbindingsgrond die in dit geval in beeld komt artikel 7:669 lid 3 onderdeel c BW: het bij regelmaat niet kunnen verrichten van de bedongen arbeid als gevolg van ziekte of gebreken van de werknemer met voor de bedrijfsvoering onaanvaardbare gevolgen. De 7:669 lid 3 c-grond kan het verzoek echter niet schragen. Vooreerst heeft Comex niet in het minst gesteld noch feitelijk aannemelijk gemaakt dat binnen 26 weken geen herstel zal optreden en binnen deze periode de bedongen arbeid niet in aangepaste vorm kan worden verricht. Belangrijker is dat Comex niet aantoon dat het

door ziekte niet kunnen verrichten van de bedongen arbeid de *oorzaak* is van voor de bedrijfsvoering onaanvaardbare gevolgen: Comex stelt dat niet de ziekte maar het door externe factoren wegvallen van werk de oorzaak van werknemers overbodigheid is. In dit geval is gesteld dat de vraag naar de door Comex geleverde diensten en producten door technologische ontwikkelingen is afgenomen. Dat is een omstandigheid die in beginsel voor risico van de werkgever dient te blijven. Als Comex, ter voorkoming van de directe koppeling met de ziekte van werknemer, stelt dat bedrijfseconomische problemen het gevolg zijn van grote omzetsdaling, dan kunnen die alleen maar ontstaan door te hoge andere bedrijfskosten. Bij een ziektegedverzekering voor werknemer zou de (improductieve) salarislust van werknemer niet op de bedrijfsexploitatie drukken en gelet op haar omvang de bedrijfseconomische staat van Comex substantieel minder dramatisch maken. Desgevraagd heeft Comex de kantonrechter ter zitting meegedeeld dat zij bij aanvang van de dienstbetrekking met werknemer het sluiten van een dergelijke verzekering heeft overwogen maar omdat de premie € 300 per maand hoger dan normaal bleek doordat werknemer aan de ziekte van Crohn lijdt, heeft zij bewust hiervan afgezien. Dat kan enkel ertoe leiden dat de extra druk van werknemers salarislust op het bedrijfsresultaat buiten beschouwing gelaten wordt en indien aanwezig de 'voor de bedrijfsvoering onaanvaardbare gevolgen' geheel voor risico van de werkgever blijven. Gelet op het bovenstaande wordt het verzoek als niet dan wel onvoldoende gegrond afgewezen.

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 01-12-2016

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2016:10430

Zaaknummer: 5419091 AZ VERZ 16-200

Rechters: J.J. Groen

Advocaten: R.C.C.M. Nadaud

Wetsartikelen: 7:66g lid 3 onderdeel c BW, 7:671a lid 1 juncto lid 11 BW en 7:671b BW

RECHTSPRAAK

Het sluiten van een beëindigingsovereenkomst is onder deze omstandigheden een benadelingshandeling.

Appellant werkte als medewerker bediening voor werkgever. Na een incident op 16 september 2014 betaalt werkgever vanaf 30 september 2014 geen loon meer. Appellant meldt zich op 29 september 2014 ziek bij UWV met ingang van 26 juni 2014. Werkgever bericht UWV dat de arbeidsovereenkomst op verzoek van appellant per 30 september 2014 is geëindigd. UWV concludeert dat appellant niet heeft voorkomen dat hij een beroep op de ZW moet doen, omdat hij er niet alles aan heeft gedaan loon van zijn werkgever te krijgen. UWV beëindigt de ZW-uitkering. De kantonrechter Rotterdam ontbindt de arbeidsovereenkomst met ingang van 21 januari 2015 zonder toekenning van een vergoeding en zonder toekenning van loon vanaf september 2014 tot januari 2015. Aan de ontbinding ligt een beëindigingsovereenkomst ten grondslag. Het bezwaar en beroep van appellant tegen de beëindiging van de ZW worden ongegrond verklaard. In hoger beroep voert appellant aan dat hij zijn ontslag via een kortgedingprocedure heeft aangevochten. Hij had goede redenen om in te stemmen met de beëindigingsovereenkomst. Ter zitting verduidelijkt de gemachtigde van appellant dat alle omstandigheden van het geval voor appellant aanleiding waren om in te stemmen met de beëindiging. Daartoe voert hij aan dat tijdens de zitting bij de kantonrechter de gemoederen hoog opliepen. Appellant was ziek thuis en werd vertegenwoordigd door zijn gemachtigde. De gebeurtenissen tijdens de zitting, zijn medische situatie, de nasleep van het incident op 16 september 2014, waaronder de reactie van zijn ex-echtgenote, en de behoefte van appellant om een punt te zetten achter alle over en weer gemaakte verwijten, waren redenen voor appellant om in te stemmen met beëindiging.

De Centrale Raad van Beroep oordeelt als volgt. Met het sluiten van de beëindigingsovereenkomst heeft appellant zijn aanspraak op loon prijsgegeven en daarmee een benadelingshandeling gepleegd. De feiten en omstandigheden die appellant heeft aangevoerd ter rechtvaardiging van zijn instemming met de beëindiging van zijn dienstverband, terwijl hij ziek was en op grond daarvan arbeidsrechtelijk bescherming genoot, vormen geen omstandigheden die kunnen worden gekwalificeerd als een deugdelijke grond voor het prijsgeven van zijn aanspraken. De gestelde omstandigheden zijn ook niet zodanig

dat moet worden aangenomen dat de benadeling appellant niet of in mindere mate kan worden verweten in het kader van de uitvoering van de ZW. Dat hij onder druk van de hoog oplopende gemoederen tijdens de zitting bij de kantonrechter heeft ingestemd met de beëindiging zonder loonafpraak en dat er ook persoonlijke redenen waren, komt gelet op alle omstandigheden voor zijn risico.

Instantie: Centrale Raad van Beroep

Datum uitspraak: 30-11-2016

ECLI: ECLI:NL:CRVB:2016:4579

Zaaknummer: 15/8204 ZW

Rechters: H.G. Rottier, F.M.S. Requisizione en A.T. de Kwaasteniet

Advocaten: M.G.J. Smit

Wetsartikelen: 45 ZW

RECHTSPRAAK

UWV heeft terecht de WW-uitkering ingetrokken en de onverschuldigd betaalde uitkering teruggevorderd wegens een schending van de inlichtingenplicht. Boete van € 640 is passend en geboden.

Ter uitvoering van de tussenuitspraak van de Raad (zie SZR 2016-0075) neemt UWV op 18 maart 2016 een gewijzigde beslissing op bezwaar (bestreden besluit III). Bij bestreden besluit III handhaaft UWV het herzieningsbesluit, het terugvorderingsbesluit en de invorderingsbesluiten en verlaagt UWV de boete naar € 640. Nu de besluiten I en II niet worden gehandhaafd, slaagt het hoger beroep en wordt de aangevallen uitspraak vernietigd. De Raad vernietigt voornoemde besluiten. Bestreden besluit III wordt, gelet op het bepaalde in de artikelen 6:19 en 6:24 Awb, mede in de beoordeling betrokken.

Niet in geschil is dat appellante, die vanaf 1 augustus 2011 een WW-uitkering ontving, per 1 april 2013 in dienst is getreden van een stichting. Evenmin is in geschil dat als gevolg hiervan appellante vanaf 1 april 2013 geen recht meer had op een WW-uitkering en dat UWV de WW-uitkering van appellante gedurende de periode van 1 april 2013 tot en met 6 oktober 2013 ten onrechte heeft doorbetaald. Het geschil betreft de vraag of UWV de WW-uitkering mocht intrekken met terugwerkende kracht, of hij de onverschuldigd betaalde uitkering terecht heeft teruggevorderd, of hij appellante terecht een boete heeft opgelegd en zo ja, of een boete van € 640 passend en geboden is en of de invorderingsbesluiten in stand kunnen blijven. UWV stelt dat appellante eerst op 28 mei 2013 melding heeft gemaakt van haar werkzaamheden. Appellante stelt daarentegen dat zij begin april 2013 een wijzigingsformulier per post heeft opgestuurd naar UWV, nadat het haar meerdere keren niet was gelukt om haar werkzaamheden digitaal door te geven. Zij meent dan ook aan haar inlichtingenplicht te hebben voldaan. Appellante verzoekt UWV te veroordelen tot vergoeding van de schade die zij heeft geleden.

De Raad oordeelt als volgt. De bewijslast van het tijdig melden van de werkzaamheden berust op appellante. Daarvan uitgaande wordt overwogen dat het door appellante genoemde wijzigingsformulier niet bekend is bij UWV. Appellante heeft geen bewijs van verzending van dat formulier overgelegd, noch anderszins aannemelijk gemaakt dat zij dat formulier

daadwerkelijk begin april 2013 heeft verzonden naar UWV. Verder is uit onderzoek naar voren gekomen dat in de door appellante genoemde periode geen sprake is geweest van storingen op werk.nl of uuv.nl. Gelet hierop moet worden geoordeeld dat niet aannemelijk is geworden dat appellante haar werkzaamheden tijdig aan UWV heeft gemeld. Onder deze omstandigheden kon UWV de WW-uitkering van appellante intrekken met ingang van 1 april 2013. Hieraan voegt de Raad toe dat het appellante ook redelijkerwijs duidelijk was of had kunnen zijn dat zij in de genoemde periode ten onrechte een WW-uitkering ontving. Op grond van het voorgaande kan de terugvordering in stand blijven.

Tegen de invordering heeft appellante geen gegevens overgelegd die erop wijzen dat zij niet in staat is te voldoen aan de door UWV bepaalde wijze van invorderen. Er is dan ook geen reden om de invordering niet in stand te laten. Voorts was UWV verplicht appellante een boete op te leggen, nu zij de op haar rustende inlichtenverplichting niet is nagekomen. De boete van € 640 acht de Raad in dit geval passend en geboden.

De door appellante geclaimde verletkosten voor het bijwonen van de zitting van de rechtbank komen voor vergoeding in aanmerking. De verzochte schadevergoeding voor de overige door appellante gestelde schadeposten wordt afgewezen.

Instantie: Centrale Raad van Beroep

Datum uitspraak: 23-11-2016

ECLI: ECLI:NL:CRVB:2016:4517

Zaaknummer: 14/4198 WW

Rechters: B.M. van Dun, A.I. van der Kris en E. Dijt

Wetsartikelen: 20 WW, 22a WW, 25 WW, 27a WW, 36 WW en Beleidsregels schorsing, opschorting, intrekking en herziening uitkeringen 2006

RECHTSPRAAK

Door UWV aan het besluit tot intrekking en terugvordering WW-uitkering ten grondslag gelegde feiten kunnen het besluit niet dragen. Niet kan worden uitgesloten dat appellant wel degelijk werkzaamheden heeft verricht, zodat hij aan de wekeneis voldoet.

UWV brengt appellant met ingang van 28 april 2010 in aanmerking voor een WW-uitkering, bij onveranderde omstandigheden lopend tot en met 27 november 2010. Appellant ontvangt deze uitkering ook feitelijk tot en met voornoemde datum. Naar aanleiding van een melding van de Arbeidsinspectie doet UWV onderzoek naar mogelijk door werknemer gefingeerde dienstverbanden. In het onderzoeksrapport van 25 september 2013 wordt het vermoeden uitgesproken dat sprake is geweest van een (gedeeltelijk) gefingeerd dienstverband en in dat kader wordt vastgesteld dat de WW-uitkering onterecht of onjuist is vastgesteld. UWV trekt de WW-uitkering van appellant in, nu werknemer niet aan de wekeneis voldoet, en vordert een bedrag van € 10.706,12 bruto aan onverschuldigd betaalde WW-uitkering terug. Appellant maakt bezwaar en stelt dat hij in de periode van 1 juli 2009 tot en met 31 januari 2010 wel degelijk heeft gewerkt. UWV verklaart het bezwaar ongegrond. De rechtbank verklaart het beroep van appellant eveneens ongegrond. Appellant voert in hoger beroep aan dat hij wel degelijk heeft gewerkt, maar stelt onder meer dat de personeelsadministratie van de onderneming waar hij voor werkte gebrekkig en onbetrouwbaar was. Appellant mag daar in zijn ogen echter niet de dupe van worden.

De Centrale Raad van Beroep oordeelt als volgt. Bij besluiten tot intrekking en terugvordering van socialezekerheidsuitkeringen als hier aan de orde gaat het om belastende besluiten waarbij het aan het bestuursorgaan is om de nodige kennis omtrent de relevante feiten en omstandigheden te vergaren. Toegespitst op deze zaak en het punt dat partijen verdeeld houdt, brengt die last om informatie te vergaren mee dat UWV feiten moet aandragen aan de hand waarvan aannemelijk is dat appellant in de periode van 1 juli 2009 tot en met 31 januari 2010 niet in ten minste vijftien weken heeft gewerkt. UWV noemt in dat kader een periode van hooguit ongeveer zes weken waarin appellant kan hebben gewerkt. Hiermee doelt UWV op de kerstpakkettentijd, een (drukke) periode van ongeveer anderhalve maand, waarin veel mensen werden ingeleend. Niet valt echter uit te sluiten dat appellant ook buiten de

kerstpakkettentijd werd ingeleend. Uit verklaringen volgt immers dat personeel werd ingeleend voor verpakkingswerkzaamheden in de breedste zin van het woord, maar daarbij werd geen specifieke periode van het jaar genoemd. Uit een verklaring blijkt voorts dat appellant in de periode van 1 juli 2009 tot en met 31 januari 2010 regelmatig werd aangetroffen onder de ingeleende personeelsleden. Nu UWV het bestreden besluit heeft gegrond op het niet voldoen aan de wekeneis, is slechts relevant of appellant in een bepaalde week heeft gewerkt en niet hoeveel uur hij in die week precies heeft gewerkt. Overigens heeft UWV bij het beantwoorden van die vraag uitsluitend aandacht besteed aan de binnen het bedrijf van de inlener zelf door appellant verrichte werkzaamheden, terwijl appellant heeft verklaard dat een deel van zijn werkzaamheden bestond uit het van en naar het werk brengen van collega's en dat hij daarmee ongeveer drie uur per dag bezig was. UWV heeft hier geen onderzoek naar gedaan, hetgeen wel voor de hand had gelegen.

De Raad concludeert dat hetgeen UWV aan het bestreden besluit ten grondslag heeft gelegd het besluit niet kan dragen. UWV heeft ter zitting verklaard nader onderzoek niet mogelijk te achten. Indien geoordeeld zou moeten worden dat de door UWV aangedragen informatie onvoldoende is om aannemelijk te achten dat appellant in de periode van 1 juli 2009 tot en met 31 januari 2010 niet in ten minste vijftien weken heeft gewerkt, moet de conclusie volgens UWV zijn dat intrekking en terugvordering van de verstrekte WW-uitkering niet mogelijk is. Gelet hierop is een opdracht aan UWV na een deugdelijk onderzoek een nieuw besluit te nemen niet aangewezen. Het hoger beroep slaagt. De Raad voorziet zelf in de zaak door het primaire besluit te herroepen. Daarmee vervallen de intrekking van de WW-uitkering en de terugvordering van het bedrag ad € 10.706,28 bruto.

Instantie: Centrale Raad van Beroep

Datum uitspraak: 23-11-2016

ECLI: ECLI:NL:CRVB:2016:4457

Zaaknummer: 15/2198 WW

Rechters: B.M. van Dun, A.I. van der Kris en E. Dijt

Advocaten: G.G.J. Geerlings

Wetsartikelen: 17 WW

RECHTSPRAAK

Negatieve beoordeling van de verrichte re-integratie-inspanningen kan niet louter worden gebaseerd op wat na het opmaken van het RIV wel of niet is gebeurd.

Werkneemster valt op 9 september 2011 uit met gynaecologische klachten. Werkneemster wordt in de periode na haar ziekmelding viermaal geopereerd, laatstelijk op 13 januari 2013. In overleg met de bedrijfsarts en haar werkgever hervat werkneemster op 26 april 2013 haar werkzaamheden voor enkele uren en valt op 24 mei 2013 opnieuw uit. Op 19 juni 2013 hervat zij haar werkzaamheden gedeeltelijk, waarna zij op 28 juni haar werkzaamheden staakt met psychische klachten. Tot 5 september – einde wachttijd – heeft zij niet meer gewerkt. In het kader van de WIA-aanvraag beoordeelt een verzekeringsarts, zoals blijkt uit een rapport van 19 juli 2013, het re-integratieverslag. De verzekeringsarts is van mening dat in medische zin geen re-integratiekansen zijn gemist. Een arbeidsdeskundige concludeert vervolgens dat het re-integratieresultaat onvoldoende is omdat werkneemster ten tijde van de beoordeling niet werkt maar gelet op haar beperkingen wel kan werken, dat de inspanningen van appellante om werkneemster te re-integreren onvoldoende zijn geweest en dat appellante daarvoor geen deugdelijke grond had. UWV verlengt het tijdvak waarin appellante als werkgeefster verplicht is het loon van werkneemster tijdens ziekte door te betalen. Het bezwaar en beroep van appellante worden ongegrond verklaard.

De Centrale Raad van Beroep oordeelt als volgt. UWV heeft terecht aangenomen dat in dit geval geen sprake is van een bevredigend resultaat als bedoeld in de toepasselijke Beleidsregels. Dit brengt mee dat UWV kon toekomen aan een beoordeling van de re-integratie-inspanningen. Uit de rapporten van de arbeidsdeskundige van 19 augustus 2013 en van de arbeidsdeskundige bezwaar en beroep van 13 januari 2013 blijkt dat het standpunt van UWV dat appellante zonder deugdelijke grond onvoldoende re-integratie-inspanningen heeft verricht, vrijwel uitsluitend is gebaseerd op de periode vanaf 28 juni 2013, toen appellante na haar gedeeltelijke werkhervatting per 17 juni 2013 met psychische klachten was uitgevallen. De beoordeling van de re-integratie-inspanningen van werkgever en werknemer door UWV vindt plaats op basis van de WIA-aanvraag en het daarbij gevoegde re-integratieverslag (RIV). Dat volgt ook uit wat omtrent deze beoordeling is opgenomen in 'De RIV-toets in de praktijk',

werkwijzer voor arbeidsdeskundigen en verzekeringsartsen van UWV. Bij die beoordeling moet blijken welke concrete re-integratie-activiteiten zijn ondernomen en hoe het verloop van de re-integratie is geweest. In dit systeem staat dus de beoordeling van het bij de WIA-aanvraag gevoegde RIV voorop.

De verzekeringsarts heeft in onderhavig geval het RIV beoordeeld en geconcludeerd dat medisch gezien geen re-integratiekansen zijn gemist. De verzekeringsarts bezwaar en beroep heeft zich achter deze beoordeling geschaard. De arbeidsdeskundige is tot de conclusie gekomen dat de re-integratie-inspanningen onvoldoende zijn geweest. Nu deze conclusie vrijwel uitsluitend is gebaseerd op wat ten aanzien van de re-integratie is gebeurd tussen 28 juni 2013, toen werkneemster haar werk weer heeft moeten staken, en 13 augustus 2013, de datum waarop de arbeidsdeskundige de werkplek van werkneemster bezocht en heeft gesproken met haar en Tegelaar, moet worden geconcludeerd dat de voor appellante negatieve beoordeling niet is gestoeld op de voor de WIA-aanvraag geleverde re-integratie-inspanningen die werkgever en werknemer hebben verantwoord met het indienen van het RIV, maar op de uitgebleven activiteiten in de periode daarna. Dit is niet in overeenstemming met het loonsanctiesysteem waarbij op basis van de WIA-aanvraag het daarbij gevoegde re-integratieverslag de re-integratie-inspanningen voor de werkgever worden beoordeeld. Niet uitgesloten kan worden dat zich situaties kunnen voordoen waarin feiten en omstandigheden die, zoals in dit geval, opkomen nadat het RIV is opgemaakt een rol kunnen spelen bij de beoordeling van de re-integratie-inspanningen, bijvoorbeeld wanneer in die feiten en omstandigheden een bevestiging wordt gevonden van het al dan niet voldoende zijn van de verrichte re-integratie-inspanningen. Maar een voor de werkgever negatieve beoordeling van wat in het kader van de re-integratie is ondernomen of nagelaten, kan in beginsel niet louter worden gebaseerd op wat na het opmaken van het RIV wel of niet is gebeurd. Het hoger beroep slaagt.

Instantie: Centrale Raad van Beroep

Datum uitspraak: 23-11-2016

ECLI: ECLI:NL:CRVB:2016:4567

Zaaknummer: 15/1231 WIA

Rechters: M. Greebe, J.S. van der Kolk en A.T. de Kwaasteniet

Wetsartikelen: 25 lid 9 WIA