

Nieuwsbrief AR Updates - Nummer 35, 2017

Nummer 35, 2017

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:2017:3682 24-08-2017

werkgever/werknemer

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2017:3681 24-08-2017

werkgeefster/werkneemster

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2017:3683 24-08-2017

werkgever/werknemer

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2017:3680 24-08-2017

X/ondernemingsraad van X

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2017:7282 22-08-2017

Masis CBM B.V./werknemer

Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2017:2340 22-08-2017

werknemer/Stichting Naleving CAO voor Uitzendkrachten

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2017:7275 22-08-2017

werknemer c.s./Horecagroothandel Brouwer B.V.

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2017:3752 22-08-2017

werknemer/werkgever

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2017:3672 22-08-2017

werkgever/werkneemster

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2017:3675 22-08-2017

werkgever/werknemer

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2017:7278 22-08-2017

werkneemster/De Jong Gorredijk BV

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2017:3262 15-08-2017

COR TNT Nederland B.V./TNT Nederland B.V.

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2017:6567 28-07-2017

werkneemster/Hago Zorg BV

Rechtbank

Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2017:4402 24-08-2017

Achmea Interne diensten N.V./werknemer c.s.

Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2017:6171 17-08-2017

werknemer/ABN AMRO Bank N.V.

Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2017:3106 16-08-2017

werkneemster/werkgever

Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2017:4239 16-08-2017

werknemer/werkgeefster c.s.

Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2017:3298 03-08-2017

werknemer/Zeus Metaal B.V.

Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2017:8373 24-07-2017

werkneemster/Sushi Ran B.V.

Centrale Raad van Beroep

Centrale Raad van Beroep, ECLI:NL:CRVB:2017:2835 16-08-2017

Centrale Raad van Beroep, ECLI:NL:CRVB:2017:2799 09-08-2017

Uitspraken zonder ECLI

Rechtbank Gelderland 11-07-2017

werkgever/werkneemster

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Rechtbank Gelderland 19-07-2017

werkneemster/werkgever

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Annotatie

Het Nederlandse stakingsrecht en de vrijheid van vestiging: de ultimum-remediumtoets in volle glorie hersteld

prof. mr. dr. F.G. Laagland

RECHTSPRAAK

werkgever/werknemer

***Ontslag op staande voet wegens werkweigerings houdt geen stand.
Werkgever had een minder verstrekende sanctie kunnen opleggen.***

Feiten

Werknemer is sinds 2008 in dienst bij werkgever. Op 19 oktober 2016 is werknemer door werkgever op staande voet ontslagen. Blijkens de ontslagbrief is het ontslag gegeven wegens herhaalde werkweigerings door werknemer en de handelwijze van werknemer ten opzichte van vennootschap X. Werknemer vordert onder meer vernietiging van het ontslag op staande voet. De kantonrechter heeft de vorderingen van werknemer toegewezen. Tegen dit vonnis komt werkgever in hoger beroep. De kantonrechter heeft de arbeidsovereenkomst tussen partijen met ingang van 1 april 2017 ontbonden, voor zover deze nog bestaat.

Oordeel

Werkgever bestrijdt de overweging van de kantonrechter dat het onder de geschetste omstandigheden op de weg van werkgever had gelegen om een minder verstrekende sanctie dan ontslag op staande voet op te leggen als werkgever van mening was dat werknemer zich onvoldoende inspande om zijn werkzaamheden te hervatten. Volgens werkgever is er naast het stelselmatig frustreren van re-integratie sprake van bijkomende omstandigheden op grond waarvan een ontslag op staande voet wel gerechtvaardigd is. Werknemer heeft zich namelijk op 17 oktober 2016 'willens en wetens zo opgesteld als dat hij zelf op staande voet wenste te worden ontslagen'. Werknemer weigerde toen weer werkzaamheden te verrichten en het is aan werkgever te danken dat werknemer toen niet op staande voet is ontslagen, aldus werkgever. Dat werknemer als het ware een ontslag op staande voet zou hebben uitgelokt dat zijns ondanks toen niet is gegeven, althans, zo begrijpt het hof de stelling van werkgever, is niet onderbouwd, is ook onwaarschijnlijk en door werknemer gemotiveerd betwist. Werkgever had een minder verstrekende sanctie kunnen opleggen. Daarbij is van belang dat werkgever geen serieuze poging heeft ondernomen om het in de periodieke evaluatie van 10 augustus 2016 vermelde advies van de bedrijfsarts op te volgen en te trachten het arbeidsconflict op te lossen met behulp van een onafhankelijk adviseur of een mediator. X

schreef immers bij e-mail van 13 augustus 2016 aan werknemer op diens vraag of er een onafhankelijk adviseur aanwezig zou zijn bij het gesprek dat partijen zouden hebben, dat hij 'dat punt gepasseerd' was. Dat later kennelijk alsnog mediation is betracht, kan daaraan niet afdoen. Uit e-mailberichten van 4 en 12 augustus 2016 blijkt immers dat werkgever de arbeidsovereenkomst wenste te beëindigen. De bedrijfsarts heeft bij brief van 10 oktober 2016 aan werkgever nog eens herhaald dat het wenselijk was eerst het conflict op te lossen. Werkgever had zich daarvoor als goed werkgever meer kunnen en moeten inspannen. Nu zij dit niet heeft gedaan en in plaats daarvan werknemer telkens heeft gelast/gesommeerd op het werk te verschijnen zonder werkelijk te pogen eerst het conflict op te lossen, heeft werkgever zelf de ontstane situatie in het leven geroepen, althans voort laten bestaan en is een ontslag op staande voet wegens (onder andere) werkweigering een te verstrekkende sanctie. Volgt bekrachtiging van het bestreden vonnis.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 24-08-2017

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2017:3682

Zaaknummer: 200.215.098_01

Rechters: C.E.L.M. Smeenk-van der Weijden, M. van Ham en F. Kooijman

Advocaten: W.R. Aerts en B.H. Vader

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

RECHTSPRAAK

Achmea Interne diensten N.V./werknemer c.s.

Vordering van Achmea tot overdracht van geluidsopname – die werknemers hebben gemaakt van een gesprek met leidinggevende en die is gebruikt bij indiening van een discriminatieklacht bij het College voor de Rechten van de Mens – wordt toegewezen. Achmea heeft rechtmatig belang bij de opname.

Feiten

Werknemer 1 en werknemer 2 hebben een affectieve relatie en zijn beiden in dienst bij (een onderdeel van) Achmea. Op 18 november 2015 heeft tussen werknemer c.s. en de heer X (destijds de leidinggevende van werknemer c.s.) een gesprek plaatsgevonden. Van dit gesprek heeft werknemer c.s. een geluidsopname gemaakt. Op 31 januari 2017 heeft werknemer 1 een klacht ingediend bij het College voor de Rechten van de Mens (hierna: het College). Werknemer 2 heeft op 13 februari 2017 een klacht ingediend bij het College. Werknemer c.s. heeft zich op het standpunt gesteld dat Achmea een verboden onderscheid maakt en intimideert op grond van leeftijd en (chronische) ziekte. Werknemer c.s. heeft ter onderbouwing van zijn standpunt gedeelten van de geluidsopname en de transcriptie van die gedeelten aan het College overgelegd. Achmea vordert onder meer dat de kantonrechter werknemer c.s. gebiedt om aan Achmea te verstrekken een kopie van de volledige, onbewerkte geluidsopname.

Oordeel

Voor toewijzing van de vordering op grond van het bepaalde in artikel 843a Rv, dient sprake te zijn van een rechtmatig belang bij bepaalde bescheiden, aangaande een rechtsbetrekking waarin Achmea partij is. Bij de beoordeling van een dergelijke vordering in kort geding, speelt bovendien de onomkeerbaarheid van de gevraagde voorziening een rol. Werknemer c.s. heeft aangevoerd dat Achmea geen rechtmatig belang bij de geluidsopname heeft. Achmea stelt slechts dat zij vermoedt dat de geluidsopname tevens fragmenten kan bevatten die de stellingen van werknemer c.s. weerspreken, aldus werknemer c.s. Volgens werknemer c.s. had

Achmea aan X dienen te vragen wat ontbreekt en nadien aan werknemer c.s. moeten aangeven om welke aanvullende informatie het gaat. Ter zitting heeft Achmea op dit verweer gereageerd door te verwijzen naar passages uit haar verweerschrift (in de procedure bij het College), waarin gespecificeerd is aangegeven op welke punten in het gesprek, althans in de geluidsopname, er fragmenten missen en wat X anders heeft gezegd of nader heeft toegelicht in het gesprek, hetgeen door werknemer c.s. niet concreet is weersproken. Dat brengt mee dat de kantonrechter voorshands van oordeel is dat Achmea een rechtmatig belang heeft in de zin van artikel 843a Rv. Werknemer c.s. heeft aangevoerd dat het begrip ‘bepaalde bescheiden’ slechts betekenis heeft in samenhang met het begrip ‘rechtmatig belang’. Naar voorlopig oordeel van de kantonrechter heeft Achmea voldoende beschreven om welke geluidsopname het gaat. Dat is ook voor werknemer c.s. volkomen helder. Werknemer c.s. heeft in dit verband verwezen naar de wetsgeschiedenis, waaruit volgens hem volgt dat het moet gaan over een rechtsbetrekking waarover een geschil is gerezen of wordt verwacht, waarbij zowel de aanspraak als het mogelijke geschil duidelijk moeten kunnen worden geduid. Omdat het debat over de inhoud van het procesdossier nog bij het College moet worden gevoerd, is er volgens werknemer c.s. nog geen geschil gerezen over de inhoud van het procesdossier. De kantonrechter kan werknemer c.s. in dit standpunt niet volgen. Partijen staan immers als werkgever en werknemers in een rechtsbetrekking tot elkaar, terwijl er in dat kader tussen partijen een geschil is ontstaan waarop de geluidsopname betrekking heeft. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat Achmea een rechtmatig belang heeft bij een kopie van de geluidsopname, met uitzondering van de passages waarin specifieke medische en persoonlijke gegevens van werknemer c.s. worden besproken, en met uitzondering van het fragment dat is opgenomen terwijl X de ruimte waarin het gesprek werd gevoerd, had verlaten. De vordering van Achmea zal dan ook worden toegewezen.

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 24-08-2017

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2017:4402

Zaaknummer: 6183090 / KG ZA 17-56

Rechters: M. Engelbert-Clarenbeek

Advocaten: E.J. Henrichs, M.N. Middelkoop en H.A. van Hapert

Wetsartikelen: 843a Rv

RECHTSPRAAK

X/ondernemingsraad van X

Geschil tussen onderneming en ondernemingsraad over het aanwijzen van collectieve vakantiedagen tijdens kerststop. Afwijzing vaststelling vakantiedagen voor het verleden. Voor 2017 is het aanwijzen van collectieve vakantiedag mogelijk; partijen dienen in overleg te treden. Cao en or-overeenkomst.

Feiten

De vennootschap had tot 1 juli 2003 een eigen ondernemings-cao en valt thans onder de werkingssfeer van de cao Metalektro. Bij de vennootschap is het gebruikelijk dat er sprake is van een zogeheten kerststop, hetgeen wil zeggen een bedrijfssluiting tijdens de kerstdagen tot en met nieuwjaarsdag. In onderhavige procedure gaat het om de vraag of en hoeveel vakantiedagen door de werknemers in ploegendienst voor de kerststop moeten worden ingeleverd. Sinds 2013 zijn partijen niet in staat daarover overeenstemming te bereiken.

Oordeel

Grievens I en II

De vennootschap heeft in grief II aangevoerd dat de rechtbank ten onrechte niet heeft aangegeven waarom FNV en CNV als belanghebbenden zijn aangemerkt, mede omdat zij geen partij zijn bij de vaststellingsovereenkomst tussen de vennootschap enerzijds en De Unie en VHP2. Nu aannemelijk is dat diverse productiemedewerkers van de vennootschap aangesloten zijn bij FNV en CNV, het hier mede gaat om de toepassing respectievelijk uitleg van cao-bepalingen uit een cal als door genoemde vakbonden afgesloten, het hier om primaire arbeidsvoorwaarden (vakantie) gaat en deze vakbonden het opkomen voor werknemers tot taak hebben, acht het hof deze vakbonden voldoende belanghebbend in de zin van artikel 271 Rv. Grief II wordt verworpen. De eerste vraag die bij de rechtbank voorlag, en die door middel van grief I wederom aan de orde is bij het hof, is of de vennootschap de juiste rechtsingang heeft gekozen voor haar verzoeken. De vennootschap heeft zich namelijk in eerste instantie in het kader van de vaststelling van de volgens haar door de ploegenmedewerkers in te leveren

vakantiedagen beroepen op de volgens de vennootschap gesloten overeenkomst tussen de vennootschap en OR als bedoeld in artikel 32 WOR en op artikel 36 lid 2 van de WOR (het in hoger beroep primair verzochte). Dit standpunt is door de rechtbank verworpen. De rechtbank heeft daarbij – kort weergegeven – aangegeven dat als de vennootschap om bedrijfsorganisatorische redenen besluit haar ploegendienstmedewerkers in de kerstperiode collectief vrijaf te geven, zij ingevolge artikel 5.7 lid 2 onderdeel c van de cao en na overleg met de OR één collectieve vakantiedag kan vaststellen die moet worden ingeleverd ten behoeve van de kerststop. Het hof volgt de rechtbank in haar oordeel. De overeenstemming die is bereikt tussen de vennootschap en de OR, doordat de OR op het punt van de kerststop heeft ingestemd met opname van de tussen de vennootschap en De Unie en VHP2 gemaakte afspraken in de vakantieregeling van de vennootschap, is gebaseerd op de bepalingen in de cao. Hantering van de cao-norm is in deze aan de orde nu de OR heeft ingestemd met door derden (de vennootschap, De Unie en VHP2) gemaakte afspraken (genoemde vaststellingsovereenkomst), zonder betrokken te zijn geweest bij de onderhandelingen over deze afspraken en derhalve evenmin te zijn gekend in de bedoelingen van de wel bij de afspraken betrokken partijen. Grief I en het primaire verzoek worden verworpen.

Subsidiair verzochte

De vennootschap verzoekt een verklaring voor recht dat zij één collectieve vakantiedag mag vaststellen voor de jaren 2014 en 2016. Voor zover het hof het verzoek van de vennootschap moet begrijpen als een verzoek om – achteraf – alsnog goed te keuren dat de vennootschap één collectieve vakantiedag voor het jaar 2014 respectievelijk voor het jaar 2016 aanwijst, zal het hof dit verzoek niet toewijzen. Het hof is namelijk van oordeel dat het achteraf, dus na de datum waarop de vakantiedag ziet, aanwijzen en alsnog mogen afboeken door de vennootschap in de omstandigheden van dit geval in strijd is met de redelijkheid en billijkheid. Daarnaast verzoekt de vennootschap vervangende toestemming te verlenen voor het vaststellen van drie collectieve vakantiedagen voor de kerststops van 2014 en 2016. Ten aanzien van deze tweede en derde dag is geen instemming van c.q. overeenstemming met de OR bereikt. De vennootschap heeft ervoor gekozen om in 2008 af te stappen van een papieren registratie. In het nieuwe digitale programma Kelio was het op 1 januari direct verrekenen van collectieve vakantiedagen niet mogelijk, kwam het 'opboeken' van vakantie minder duidelijk naar voren en is men vergeten tot het jaar 2011 de dagen van de kerststop af te boeken. In de jaren 2008-2010 hebben de medewerkers daardoor drie dagen extra vakantie gekregen. In 2011 en 2012 zijn drie collectieve vakantiedagen van de kerststop wel opgeboekt en afgeboekt. Pas in 2013 kwam er discussie. Naar het oordeel van het hof is het voor rekening en risico van de vennootschap dat haar medewerkers en de OR in verwarring zijn gebracht door de gewijzigde manier van administreren ten aanzien van het verrekenen/opboeken en afboeken

van collectieve vakantiedagen en de handelwijze in de periode 2008-2010. De medewerkers noch de OR zijn verantwoordelijk voor de ontstane onduidelijkheid. Dit maakt de weigering door de OR niet onredelijk. Voor de kerststop in het jaar 2015 is door de vennootschap aan de OR geen toestemming gevraagd in de zin van artikel 5.7 lid 2 onderdeel d cao voor de tweede en derde dag collectieve vakantiedag. De eerste collectieve vakantiedag is daarnaast door de vennootschap niet vastgesteld. Indien de OR geen toestemming wordt gevraagd voor de tweede en derde collectieve vakantiedag, en de eerste collectieve vakantiedag niet (officieel) wordt aangewezen door de vennootschap zelf, dan is het ook niet mogelijk om dit achteraf in de onderhavige procedure met terugwerkende kracht te 'repareren'. Het verzoek van de vennootschap wordt op dit punt derhalve afgewezen. De door de vennootschap verzochte verklaring voor recht dat zij op grond van artikel 5.7 lid 2 onderdeel c van de cao Metalekro één collectieve vakantiedag over 2017 mag vaststellen is eigenlijk overbodig (zoals reeds beschreven ten aanzien van het jaar 2014 en het jaar 2016), aangezien deze bevoegdheid reeds voortvloeit uit de cao. Nu het verzoek het lopende jaar betreft, kan het verzoek echter – in tegenstelling tot de gelijklopende verzoeken ten aanzien van 2014 en 2016 – wél worden toegewezen. Hetgeen het hof heeft geoordeeld over de jaren 2014, 2015 en 2016, met name op het punt dat het weigeren van instemming door de OR met het vaststellen van een tweede en derde collectieve vakantiedag niet onredelijk wordt geacht, geldt op dit moment ook voor het jaar 2017. Het hof acht het voorts gegeven de vaststelling van 27 december 2017 als collectieve vakantiedag voor 2017 wenselijk dat de vennootschap en de OR opnieuw in overleg treden. Het hof zal mede gegeven het systeem van de artikelen 22 WOR (kosten rechtsgedingen in beginsel voor rekening ondernemer) en 22a WOR alsook gezien de aard van het geding overigens in de onderhavige zaak geen proceskostenveroordeling uitspreken ten laste van de vennootschap.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 24-08-2017

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2017:3680

Zaaknummer: 200.206.289_01

Rechters: R.R.M. de Moor, S.M.A.M. Venhuizen en J.J. Minnaar

Advocaten: V. Gerlach, N. Ruiter en R.A. Severijn

Wetsartikelen: 22 WOR, 27 lid 4 WOR, 32 lid 4 WOR, 36 lid 2 WOR en cao Metalekro 2013-2015

RECHTSPRAAK

werkgeefster/werkneemster

Opvolgend werkgeverschap na een faillissement van voor de inwerkingtreding van de WWZ. Voldaan aan beide criteria uit Van Tuinen/Wolters ('wezenlijk dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden' en 'nauwe band'). Arbeidsovereenkomsten van voor faillissement tellen ook mee voor hoogte transitievergoeding.

Feiten

Op 7 juni 2016 heeft werkgeefster met toestemming van het UWV de arbeidsovereenkomst van werkneemster opgezegd per 1 augustus 2016. Werkneemster verzoekt werkgeefster te veroordelen tot betaling van een bedrag van € 22.968 bruto aan (ontbrekende) transitievergoeding en een bedrag van € 4921,82 bruto aan vergoeding wegens onregelmatige opzegging. Aan dit verzoek legt werkneemster ten grondslag dat zij vanaf 17 juli 1992 aansluitend in dienst is geweest bij vennootschap 3, vennootschap 4 en vennootschap 1. Vennootschap 1 is op 26 februari 2013 failliet verklaard. Op 14 maart 2013 is een akkoord bereikt over de doorstart van vennootschap 1, waarbij de activiteiten van vennootschap 1 door vennootschap 1 (werkgeefster) zijn voortgezet. Werkneemster is vervolgens per 1 april 2013 bij werkgeefster in dienst getreden. De kantonrechter heeft de vorderingen toegewezen. Werkgeefster is tegen dit vonnis in hoger beroep gekomen.

Oordeel

De vraag is of bij de berekening van de hoogte van de transitievergoeding en van de opzegtermijn rekening moet worden gehouden met de periode van 17 juli 1992 tot 1 april 2013. Werkgeefster dient naar het oordeel van het hof te worden aangemerkt als opvolgend werkgever. Aan beide criteria uit het arrest Van Tuinen/Wolters is voldaan. Ten aanzien van werkneemster is het hof van oordeel dat door werkgeefster van werkneemster 'wezenlijk dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden' worden geleverd als voorheen door vennootschap 3/vennootschap 1. Ten aanzien van vennootschap 3/vennootschap 1 en werkgeefster geldt dat de vereiste 'zodanige nauwe band' bestaat. Daartoe overweegt het hof

onder meer als volgt. Naar het oordeel van het hof zijn de aangevoerde veranderingen ontoereikend om daaruit te kunnen afleiden dat geen sprake is van *wezenlijk* dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden van werkneemster. Naar de kern genomen ging het in het oude bedrijf, net zo als in het nieuwe bedrijf om de uitlevering van producten. Dat er in het nieuwe bedrijf meer via internet wordt gewerkt en dat er grotere nadruk is komen te liggen op de administratieve verwerking van retourzendingen past binnen de maatschappelijke ontwikkelingen ten aanzien van producten waar het hier om gaat. Dezelfde ontwikkelingen (aanpassingen) zouden ook binnen het oude bedrijf kunnen hebben plaatsgevonden. Door werkgeefster is niet betwist dat er in 2013 geen sollicitatieprocedure heeft plaatsgevonden of enige andere toets waaruit de geschiktheid van werkneemster voor de nieuwe functie zou kunnen blijken. Gesteld noch gebleken is dat werkneemster na de overname voor de veranderde werkzaamheden een opleiding heeft gekregen, of intern begeleid is. Kennelijk waren de veranderingen niet van zodanig wezenlijk andere aard dat werkneemster niet zonder meer kon worden overgenomen en zij niet zelfstandig aan de verandering tegemoet zou kunnen komen. Ten aanzien van het nauwebandencriterium overweegt het hof onder meer als volgt. Het hof stelt voorop dat naar de kern genomen zowel bij de oude als de nieuwe vennootschap(pen) sprake is van 'handel' in sportkleding en schoenen van het merk van vennootschap 3. Voorts heeft het hof acht op geslagen op de ontstaansgeschiedenis van werkgeefster. Er is sprake geweest van een 'koude' doorstart, dat wil zeggen een voortzetting van de werkzaamheden door daartoe speciaal opgerichte vennootschappen onder leiding van dezelfde CEO. Weliswaar zijn de werkzaamheden enigszins van aard veranderd (meer op internetverkoop gericht), maar dat neemt de nauwe band niet weg. Dat de identiteit van het bedrijf verloren is gegaan acht het hof niet aannemelijk. Het hof merkt daarbij op dat de vraag of sprake is van opvolgend werkgeverschap moet worden beoordeeld naar het tijdstip van de overgang (in 2013) en dat daarbij niet relevant is hoe werkgeefster zich nadien heeft ontwikkeld, ook niet als die ontwikkelingen al aanstonds na de overgang werden ingezet. Het hof overweegt verder dat de wetgever in artikel 7:673 lid 4 onderdeel b BW heeft bepaald dat bij de berekening van de duur van de arbeidsovereenkomst voorgaande arbeidsovereenkomsten onder omstandigheden meetellen. Daarbij is niet bepaald dat een cesuur geldt na een arbeidsovereenkomst die is geëindigd vanwege een faillissement. De enige eisen die worden gesteld betreffen de tussenpozen en het bestaan van opvolgend werkgeverschap.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 24-08-2017

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2017:3681

Zaaknummer: 200.212.157/01

Rechters: W.H.B. den Hartog Jager, J.F.M. Pols en D.J.B. de Wolff

Advocaten: E.W. Kingma en B.W.P.M. van Orsouw

Wetsartikelen: 7:666 BW, 7:672 lid 10 BW, 7:673 lid 4 onderdeel b BW en 7:673 BW

RECHTSPRAAK

werkgever/werknemer

Verzoek werkgever tot ontbinding arbeidsovereenkomst op basis van de e-grond/g-grond. Deskundigenverklaring ex artikel 7:671b lid 5 onderdeel b BW kan niet voor het eerst in hoger beroep worden overgelegd, evenals de deskundigenverklaring ex artikel 7:629a lid 1 BW.

Feiten

Werknemer is op 7 februari 2011 bij de vennootschap voor onbepaalde tijd in dienst getreden in de functie van monteur. Wegens psychische klachten is werknemer arbeidsongeschikt geraakt. Meerdere malen heeft de werkgever getracht om een gesprek met werknemer aan te gaan om re-integratiemogelijkheden te bespreken. Ook mediation heeft niet tot een oplossing geleid. De vennootschap keert zich tegen het oordeel van de kantonrechter dat het ontbindingsverzoek op de primaire grond (de e-grond) niet toewijsbaar is, omdat zij geen deskundigenverklaring heeft overgelegd. Daarnaast keert de vennootschap zich tegen de afwijzing door de kantonrechter van het verzoek tot ontbinding op de subsidiaire grond (de g-grond).

Oordeel

E-grond

Het hof is van oordeel dat de vereisten van artikel 7:671b lid 5 BW cumulatieve vereisten zijn. Dat blijkt ook uit de parlementaire geschiedenis van de Wet werk en zekerheid. Het hof is voorts van oordeel dat de deskundigenverklaring die is vereist op grond van artikel 7:671b lid 5 BW, evenals de deskundigenverklaring als bedoeld in artikel 7:629a BW, niet voor het eerst in hoger beroep kan worden overgelegd. Daartoe overweegt het hof als volgt. Uit de wetsgeschiedenis met betrekking tot artikel 7:629a BW volgt dat de deskundigenverklaring uit dat artikel een verplicht voorportaal vormt voor toegang tot de rechter. Het hof verwijst naar passages uit de memorie van toelichting bij de Wet uitbreiding loondoorbetalingsverplichting bij ziekte en de wetsgeschiedenis bij de Wet verlenging loondoorbetalingsverplichting bij

ziekte, waarbij het vereiste van een deskundigenverklaring in artikel 7:629a BW is uitgebreid voor geschillen over de nakoming van de re-integratieverplichtingen door de werknemer. De hierin gegeven ratio voor het vereiste van een deskundigenverklaring op grond van artikel 7:629a BW, geldt naar het oordeel van het hof tevens voor het vereiste van een deskundigenverklaring op grond van artikel 7:671b lid 5 BW. De wetgever heeft ook nadrukkelijk aangesloten bij artikel 7:629a BW door naar dit artikel te verwijzen in artikel 7:671b lid 5 onderdeel b BW en door het opnemen van de tenzij-bepaling dat het overleggen van de deskundigenverklaring in redelijkheid niet van de werkgever kan worden geëist (zie *Kamerstukken II* 2014/15, 33988, 3, p. 12). Met de ratio van zowel artikel 7:629a BW als artikel 7:671b lid 5 BW is onverenigbaar dat de deskundigenverklaring pas voor het eerst in hoger beroep wordt overgelegd. De vennootschap heeft in eerste aanleg geen deskundigenverklaring overgelegd. In hoger beroep heeft zij bij het beroepschrift het deskundigenoordeel van het UWV d.d. 16 december 2016 overgelegd. Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen, is dit te laat. Dit betekent dat de kantonrechter het verzoek tot ontbinding op de primair aangevoerde grond terecht heeft afgewezen wegens het ontbreken van een deskundigenverklaring, tenzij het overleggen van deze verklaring in redelijkheid niet van de vennootschap kon worden gevergd. Hier is evenwel geen sprake van.

G-grond

Het hof concludeert dat partijen al geruime tijd zeer gebrekkig met elkaar communiceren, en dat de herhaalde inspanningen van de vennootschap om daarin verbetering te brengen vergeefs zijn geweest. Gelet op het voorgaande is het hof van oordeel dat de arbeidsverhouding tussen partijen ernstig en duurzaam is verstoord. De kantonrechter heeft het verzoek tot ontbinding op de g-grond ten onrechte afgewezen.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 24-08-2017

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2017:3683

Zaaknummer: 200.211.290/01

Rechters: P.P.M. Rousseau, J.P. de Haan en A.J. van de Rakt

Advocaten: M.J.J. Pieters en T.G.M. Scheers

Wetsartikelen: 7:669 lid 3 onderdeel e BW, 7:669 lid 3 onderdeel g BW, 7:660a BW, 7:671b lid 5 BW en 7:629a BW

RECHTSPRAAK

werknemer c.s./Horecagroothandel Brouwer B.V.

Tussenarrest. Ontslag op staande voet niet kennelijk onredelijk (oud recht). Verdeling van bewijslast tussen werkgever en werknemer met betrekking tot (niet opgenomen) vakantiedagen.

Werknemer A en B zijn respectievelijk in 1974 en 1975 in dienst getreden van (een rechtsvoorganger van) Horecagroothandel Brouwer B.V. (hierna: HGB), leverancier van foodproducten aan sociale gelegenheden zoals restaurants en eetcafés. Zij vormden tezamen het commerciële gezicht voor de klantenkring van HGB. Op 15 oktober 2012 zijn werknemers op staande voet ontslagen vanwege het feit dat zij in privé met enkele klanten van HGB transacties zijn aangegaan. Naar het oordeel van de kantonrechter is het door HGB gegeven ontslag op staande voet niet kennelijk onredelijk. In dit verband werd van belang geacht dat werknemers HGB ernstig en opzettelijk hadden misleid door, met het oogmerk van eigen gewin, hun privébelangen te vermengen met de zakelijke belangen van HGB. De kantonrechter heeft de vordering tot schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag dan ook afgewezen. Daar staat tegenover dat de vordering van beide werknemers tot vergoeding van 59,5 niet opgenomen vakantiedagen is toegewezen. Tegen het vorenstaande hebben partijen thans hoger beroep ingesteld.

Oordeel

Dringende reden (oud recht)

Het hof is evenals de kantonrechter van oordeel dat de aard en de ernst van de dringende reden een onmiddellijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst rechtvaardigt. In dit verband zijn de volgende omstandigheden redengevend. In de eerste plaats vormden werknemers het commerciële gezicht van HGB en gingen zij namens HGB commerciële transacties aan. Van hen mocht dan ook als goede werknemers worden verwacht dat zij de directie van HGB in ieder geval vooraf (actief) zouden informeren over commerciële transacties die zij in privé met klanten van HGB wilden aangaan. In de tweede plaats zijn werknemers in ernstige mate in hun verplichtingen tekortgeschoten door in de transacties rechten van HGB te betrekken waarvoor zij aan HGB geen toestemming hadden gevraagd. Dat

de bedrijfscultuur binnen HGB met zich bracht dat werknemers op allerlei manieren het financiële belang van HGB mochten dienen, rechtvaardigt niet de conclusie dat werknemers in privé hun voordeel met transacties mochten doen. Dat het ontslag vanwege de oudere leeftijd van werknemers en het ontbreken van een gunstige referentie van HGB, ingrijpende gevolgen heeft voor de inkomenspositie van werknemers, maakt dit oordeel niet anders.

Niet opgenomen vakantiedagen

HGB komt in incidenteel appel op tegen het oordeel van de kantonrechter dat werknemer A aanspraak maakt op 59,5 niet opgenomen vakantiedagen. In dit verband stelt het hof voorop dat een werknemer die niet opgenomen vakantiedagen vordert, het door hem gestelde tegood aan vakantiedagen zal moeten bewijzen, indien werkgever voldoende gemotiveerd heeft betwist dat aan werknemer nog vakantiedagen toekomen. Van een voldoende gemotiveerde betwisting kan sprake zijn door overlegging van gegevens uit de administratie ex artikel 7:641 lid 2 (oud) BW, maar ook indien concrete omstandigheden worden gesteld waaruit kan volgen dat een werkgever niet over gegevens kán beschikken met betrekking tot het aantal opgenomen vakantiedagen in verband met de wijze waarop partijen aan de arbeidsovereenkomst invulling hebben gegeven (ECLI:NL:HR:2003:AF8560). HGB heeft in hoger beroep afschriften uit agenda's van werknemer A overgelegd. Aan de hand van de afschriften is een berekening gemaakt, waaruit voortvloeit dat werknemer A in de periode 2008 tot en met 15 oktober 2012 recht had op 128 vakantiedagen. HGB voert aan dat werknemer A in voornoemde periode 114 vakantiedagen heeft opgenomen, zodat het saldo thans veertien niet opgenomen vakantiedagen bedraagt. Werknemer A stelt in dit verband dat de berekening een rekenfout bevat en geen betrouwbaar beeld van de daadwerkelijk opgenomen vakantiedagen geeft. Het hof oordeelt als volgt. Werknemer A heeft terecht opgemerkt dat in de berekening van HGB een rekenfout zit, zodat in de periode 2008 tot en met 15 oktober 2012 van 138 vakantiedagen moet worden uitgegaan. Gelet op de in de agenda's genoteerde vakantiedagen, de eerdere terugkeer van vakantie in een jaar en de door werknemer A gestelde werkbezoeken, schat het hof het aantal opgenomen vakantiedagen op 92. Dit leidt tot 46 niet opgenomen vakantiedagen. De aan werknemer A toekomende vergoeding bedraagt, uitgaande van het brutobedrag per dag waar beide partijen van uitgaan (€ 299,74), € 13.788,04.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 22-08-2017

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2017:7275

Zaaknummer: 200.156.777/01

Rechters: D.H. de Witte, L. Groefsema en A.W. Jongbloed

Advocaten: J.W. Both en P.A.M. Manning

Wetsartikelen: 7:68o (oud) BW, 7:681 (oud) BW en 7:672 (oud) BW

RECHTSPRAAK

werknemer/De Jong Gorredijk BV

Werknemer maakt, zonder succes, na 17 jaar aanspraak op winstdelingsregeling in oorspronkelijke arbeidsovereenkomst. Partijen zijn na een ingrijpende reorganisatie met functiewijziging een nieuwe arbeidsovereenkomst aangegaan, waarvan de winstdelingsregeling uit 1995 geen deel uitmaakt.

Feiten

Werknemer is sinds 1995 bij De Jong Gorredijk BV in dienst als verkoopmanager. In de arbeidsovereenkomst is ten behoeve van werknemer een winstdelingsregeling opgenomen. In 1999/2000 heeft een ingrijpende reorganisatie plaatsgevonden. In het kader van deze reorganisatie is de functie van werknemer als verkoopmanager gewijzigd in de functie van accountmanager. Vanaf 1999 heeft De Jong Gorredijk jaarlijks winst behaald. Tot 2012 heeft werknemer geen beroep gedaan op de winstdelingsregeling. In 2012 is de arbeidsovereenkomst met werknemer met wederzijds goedvinden per 1 januari 2013 beëindigd. Werknemer vordert een verklaring voor recht dat hij rechten kan ontlenen aan de winstdelingsovereenkomst in zijn arbeidsovereenkomst en veroordeling van De Jong Gorredijk tot betaling van zijn winstdeel over de jaren 2008 tot en met 2012. De kantonrechter heeft in eerste aanleg de vorderingen van werknemer afgewezen. Tegen dit vonnis komt werknemer in hoger beroep.

Oordeel

Tussen partijen is niet in geschil dat in 1999/2000 een ingrijpende reorganisatie heeft plaatsgevonden, waarbij het aantal arbeidsplaatsen van circa 160 is verminderd naar circa 110. Voor De Jong Gorredijk was het van belang werknemer vanwege zijn klantcontacten te behouden. De klantcontacten die hij als verkoopmanager had zijn ook na de reorganisatie in zijn functie als accountmanager gebleven. De reorganisatie had tot gevolg, zoals ook uit de overgelegde organisatieschema's blijkt, dat de leidinggevende taken van werknemer kwamen te vervallen. Hierdoor is sprake van een (ingrijpende) wijziging van de functie. De ad interim-

directeur X heeft aan werknemer gevraagd of hij met de wijziging van zijn functie met behoud van zijn loon instemde. Niet in geschil is dat X op dat moment niet bekend was met de schriftelijke arbeidsovereenkomst van werknemer en de daarin opgenomen winstdelingsregeling. Onder het aanbod voor de gewijzigde functie tegen hetzelfde loon heeft X namens De Jong Gorredijk dan ook niet begrepen de winstdelingsregeling. Voorts had werknemer op dat moment op papier weliswaar een winstdelingsregeling, maar in de praktijk had dat vanwege de (vele jaren) verliesgevende situatie bij De Jong Gorredijk geen betekenis. Er hebben aan werknemer nooit uitkeringen op basis van de winstdelingsregeling plaatsgevonden. Bovendien was die winstdelingsregeling in de arbeidsovereenkomst van werknemer slechts voor één jaar concreet ingevuld en zou deze daarna geëvalueerd worden, hetgeen niet is gebeurd. Voorts was de winstdelingsregeling bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst in 1995 gekoppeld aan de regeling van de drie directieleden. De winstdelingsregeling voor de drie directieleden is betrekkelijk kort nadien belangrijk gewijzigd en beperkt en daarna – voor het aanbod aan werknemer voor de gewijzigde functie – vervallen. Onder deze omstandigheden kon werknemer er bij het aanbod voor een gewijzigde functie met behoud van loon niet van uitgaan dat met loon ook werd bedoeld de winstdelingsregeling. Dat werknemer toen ook heeft begrepen dat de winstdelingsregeling geen deel meer uitmaakte van de arbeidsovereenkomst blijkt uit hetgeen daarna is voorgevallen. Werknemer ging in of omstreeks 2001 er kennelijk al van uit dat de winstdelingsregeling uit 1995 was vervallen doordat hij onweersproken heeft gelaten dat hij in of omstreeks 2001, toen in het managementteam en vervolgens de ondernemingsraad een nieuwe winstdelingsregeling voor het personeel werd besproken en waarbij onder meer discussie was over de vraag welke werknemers wel en welke werknemers niet onder de voorgenomen winstdelingsregeling zouden gaan vallen, aan algemeen directeur Y heeft gevraagd of de nieuwe winstdelingsregeling voor hem zou gelden. Directeur X heeft toen geantwoord dat zijn loon feitelijk al te hoog was, zodat hij op de (voorgenomen) winstdelingsregeling geen aanspraak zou kunnen maken. Voorts is De Jong Gorredijk na 2000 jaarlijks behoorlijke winst gaan maken, waarmee werknemer als MT-lid bekend was. Desondanks heeft hij al die jaren tot 2012 nooit aanspraak op een winstdeling gemaakt, terwijl als de in de arbeidsovereenkomst van 1995 opgenomen winstdelingsregeling nog zou gelden, hem jaarlijks een fors bedrag zou toekomen. Uit het voorgaande volgt dat partijen met de gewijzigde functie een nieuwe arbeidsovereenkomst zijn aangegaan, waarvan de winstdelingsregeling uit 1995 geen deel uitmaakt. Volgt bekrachtiging van het bestreden vonnis.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 22-08-2017

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2017:7278

Zaaknummer: 200.166.770/01

Rechters: D.H. de Witte, J.H. Kuiper en H. de Hek

Advocaten: T.S. Nicolai en D. Kuijken

Wetsartikelen: 7:610 BW en 7:611 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgever

Loonstop arbeidsongeschikte werknemer is terecht, nu werknemer onterecht weigerde mee te werken aan ondertekening, bijstelling en evaluatie van het plan van aanpak omdat hierin een sollicitatieverplichting was opgenomen. Medewerking sollicitatieverplichting kan van werknemer worden verlangd op grond van artikel 7:660a lid 1 onderdeel b BW.

Feiten

Werknemer is met ingang van 18 oktober 2004 bij werkgever in dienst getreden in de functie van timmerman. Werknemer heeft zich op 3 mei 2013 arbeidsongeschikt gemeld. In het kader van het re-integratieproces is op 29 april 2014 door werkgever aan werknemer een concept-eerstejaarsevaluatie, alsmede een conceptbijstelling plan van aanpak gestuurd. Werknemer heeft niet ingestemd met de bijstelling plan van aanpak, omdat hierin een sollicitatieverplichting was opgenomen inhoudende dat werknemer per direct verplicht zou zijn minimaal eenmaal per week te solliciteren. Werkgever heeft daarop bij e-mail van 2 juni 2014 laten weten dat als werknemer niet uiterlijk 6 juni 2014 zou overgaan tot ondertekening van de bijstelling plan van aanpak de loondoorbetaling zou worden stopgezet. Werkgever heeft de loondoorbetaling aan werknemer stopgezet voor de periode van 9 juni 2014 tot en met 17 juli 2014. In eerste aanleg vorderde werknemer onder meer, verkort weergegeven, te verklaren voor recht dat het verrekenen van in totaal 120 snipperuren en 40 roostervrije uren over de periode van 28 juli 2014 tot en met 22 augustus 2014 onrechtmatig is. Bij het vonnis waarvan beroep heeft de kantonrechter de vorderingen van werknemer afgewezen. Werknemer heeft in hoger beroep acht grieven aangevoerd, hij wenst met deze grieven het geschil omtrent het loon over de periode van 9 juni 2014 tot en met 17 juli 2014 in volle omvang voor te leggen aan het hof.

Oordeel

Zoals in de feitenvaststelling door de kantonrechter is opgenomen, heeft werknemer niet

ingestemd met de bijstelling plan van aanpak, omdat hierin een sollicitatieverplichting was opgenomen inhoudende dat werknemer per direct verplicht zou zijn minimaal eenmaal per week te solliciteren. Vast staat dat aangezien werkgever geen passende werkzaamheden binnen haar onderneming beschikbaar had voor werknemer, er re-integratie spoor 2 zou moeten worden gevolgd. In haar schriftelijke verklaring in deze zaak heeft de medewerkster van het re-integratiebureau uiteengezet dat bij de werkwijze van het re-integratiebureau de werkgever wordt geadviseerd de kandidaat al enige sollicitatieactiviteiten te laten uitvoeren zodat ook de vaardigheden in de praktijk beoordeeld kunnen worden op de kwaliteit en het individuele maatwerktraject daarop kan worden aangepast. Naar het oordeel van het hof kon op grond van artikel 7:660a lid 1 onderdeel b BW de medewerking van werknemer aan dit onderdeel van het plan van aanpak worden verlangd. Daarbij is van betekenis dat dit plaatsvond in het kader van herplaatsing bij een andere werkgever dan werkgever. Mede in aanmerking genomen dat werknemer stelt over geen sollicitatievaardigheden te beschikken, acht het hof ook de gekozen aanpak om werknemer eerst zelf 'proefsollicitaties' te laten doen om te beoordelen wat voor begeleiding in zijn geval nodig is, redelijk. Werkgever heeft ter rechtvaardiging van de loonstop een beroep gedaan op artikel 7:629 lid 3 onderdeel e BW. Mede gelet op het voorgaande heeft werknemer inderdaad zonder deugdelijke grond geweigerd om mee te werken aan het bijstellen van het plan van aanpak als bedoeld in artikel 7:658a lid 3 BW. Het door werkgever gedane beroep op de uitzondering op artikel 7:629 lid 1 BW slaagt derhalve. Het standpunt van werkgever dat eerst het plan van aanpak door werknemer ondertekend zou moeten worden voordat er een trajectplan zou kunnen worden opgesteld, was naar het oordeel van het hof gerechtvaardigd. Het hof volgt werknemer niet in zijn standpunt dat werkgever onvoldoende duidelijk over het re-integratieproject heeft gecommuniceerd. Op grond van al het voorgaande falen de grieven.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 22-08-2017

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2017:3752

Zaaknummer: 200.178.205_01

Rechters: J.P. de Haan, J.M.H. Schoenmakers en W.H.B. den Hartog Jager

Advocaten: J.M.P. Schobbers-Deinum en G.D. Bosman

Wetsartikelen: 7:629 lid 3 onderdeel e BW, 7:658a lid 3 BW en 7:660a lid 1 BW

RECHTSPRAAK

werkgever/werknemer

Kennelijk onredelijke opzegging. Het is aannemelijk dat werknemer, gelet op zijn leeftijd, opleiding en eenzijdige werkervaring naar verwachting moeilijk of geen ander passend werk kon vinden. Werkgever tekortgeschoten in haar verplichtingen. Gevolgencriterium.

Feiten

Werknemer is sinds 1997 in dienst bij werkgever. Werkgever heeft op 27 juni 2012 toestemming verzocht aan het UWV om de arbeidsovereenkomst met een aantal werknemers, waaronder werknemer, op te zeggen op grond van bedrijfseconomische redenen. De arbeidsovereenkomst met werknemer is vervolgens, met toestemming van het UWV, bij brief van 12 september 2012 opgezegd. Werknemer vordert een verklaring voor recht dat sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag en veroordeling van werkgever tot betaling van een schadevergoeding. De kantonrechter heeft de vorderingen van werknemer toegewezen en aan hem toegekend een schadevergoeding ad € 33.000. Tegen dit vonnis komt werkgever in hoger beroep.

Oordeel

Kennelijk onredelijke opzegging

Werknemer heeft zich op 11 oktober 2011 ziek gemeld wegens psychische klachten en is vervolgens gaan re-integreren. Uit de probleemanalyse van de bedrijfsarts van 20 maart 2012 (hierna: de probleemanalyse) blijkt dat de verwachting was dat werknemer binnen afzienbare tijd zou herstellen en dat het herstel naar verwachting liep. Aan het betoog van werkgever dat werknemer vanaf 11 oktober 2011 niet 're-integrabel' is gebleken moet daarom voorbij worden gegaan. Vast staat dat werkgever op 16 januari 2012 een ontslagvergunning voor werknemer heeft aangevraagd. In de probleemanalyse is vermeld dat werknemer op 23 januari 2012 hernieuwd volledig is uitgevallen wegens de aanzegging van zijn ontslag. Volgens werknemer is hij als gevolg daarvan en de onzekerheid over zijn toekomst in een depressie geraakt en intensief behandeld door de crisisdienst van GGZ. Ook de bedrijfsarts heeft in het re-

integratieverslag aangegeven dat werknemer als gevolg van de ontslagaanzegging, die boven op eerdere life-events kwamen en die een nieuwe ingrijpende verlieservaring was, in een ernstige psychische crisis raakte. Vast staat dat werkgever geen gebruik heeft gemaakt van de op 26 maart 2012 door het UWV verleende toestemming voor opzegging. De prognose van de bedrijfsarts in de probleemanalyse van 20 maart 2012 was dat het herstel van werknemer, op basis van de ingestelde behandeling, op een termijn van weken tot enkele maanden mocht worden verwacht. Op het moment dat werkgever besloot om geen gebruik te maken van de toestemming voor opzegging, was dus zeker niet uitgesloten dat werknemer bij werkgever had kunnen terugkeren in het arbeidsproces, of vanuit zijn dienstverband met werkgever had kunnen re-integreren bij een andere werkgever.

Werkgever heeft vervolgens op 27 juni 2012 opnieuw een ontslagvergunning voor werknemer aangevraagd, nadat zij had besloten de spuiterij waar werknemer teamleider was te sluiten. Hoewel het werkgever vrij staat om bedrijfseconomische maatregelen te nemen die zij noodzakelijk acht en haar niet te verwijten valt dat werknemer ten tijde van de eerste ontslagaanvraag in januari 2012 in een ernstige psychische crisis is geraakt, wist zij dat de met de ontslagaanvraag gepaard gaande onzekerheid grote invloed had op werknemer. Werkgever had met deze specifiek voor werknemer nadelige omstandigheid rekening kunnen en moeten houden. Werkgever heeft dat onvoldoende gedaan. Zij heeft werknemer bijvoorbeeld geen begeleiding aangeboden en hem niet naar ander werk geholpen. Werkgever heeft betoogd dat herplaatsing regelmatig onderwerp van gesprek is geweest in MT-overleggen en dat het wegens bedrijfseconomische omstandigheden niet is gelukt om werknemer intern te herplaatsen, maar van haar had een extra inspanning verwacht mogen worden om werknemer, die door zijn leeftijd en arbeidsongeschiktheid moeilijk bemiddelbaar was op de arbeidsmarkt, binnen het concern te herplaatsen. Ook van enige inspanning voor externe herplaatsing, al dan niet met behulp van scholing, is niet gebleken. Werknemer heeft op grond van de hardheidsclausule van het sociaal plan gedurende elf maanden (in plaats van negen maanden) een aanvulling op zijn WIA-uitkering ontvangen tot 90% van zijn loon. Anders dan werkgever heeft betoogd, heeft zij hiermee in de gegeven omstandigheden niet voldaan aan haar verplichting jegens werknemer. Dit klemmt te meer nu zij op grond van het met vakbond X getroffen herenakkoord voor werknemer een maatwerkoplossing zou vinden. Van werkgever had op grond van de hiervoor genoemde feiten en omstandigheden meer mogen worden verwacht. Bezien tegen deze achtergrond moet worden geoordeeld dat werkgever in haar hoedanigheid als werkgever een bijzondere zorgplicht, die er in de gegeven omstandigheden was, jegens werknemer heeft geschonden.

Hoogte schadevergoeding

Werkgever heeft de arbeidsovereenkomst met werknemer opgezegd wegens

bedrijfseconomische omstandigheden (sluiting van de spuiterij). Deze ontslaggrond ligt in de risicosfeer van werkgever. Werknemer was op het moment van het einde van de arbeidsovereenkomst 60 jaar en hij was toen ruim 15 jaar in dienst bij werkgever. Het functioneren van werknemer staat niet ter discussie. Het is aannemelijk dat werknemer, gelet op zijn leeftijd, opleiding en eenzijdige werkervaring naar verwachting moeilijk of geen ander passend werk kon vinden. Verder volgt uit hetgeen hiervoor is overwogen dat werkgever tekort is geschoten in de op haar rustende verplichting om werknemer te ondersteunen en te begeleiden naar andere arbeid binnen of buiten haar onderneming. Werkgever heeft voor werknemer een voorziening getroffen in het sociaal plan en op grond van de hardheidsclausule een vergoeding voldaan, bestaande uit een aanvulling tot 90% van de aan werknemer toekomende uitkeringen gedurende elf maanden. Werknemer heeft als gevolg van de opzegging meer schade geleden. Er viel niet uit te sluiten dat werknemer zonder (mededeling van het) ontslag in januari 2012 volledig zou zijn gere-integreerd en zijn werkzaamheden bij werkgever of elders had kunnen voortzetten, mogelijk tot zijn AOW-gerechtigde leeftijd. Werkgever zou, gelet op voornoemde en alle overige omstandigheden ten tijde van het ontslag, met een aanvulling tot tenminste 80% van de aan werknemer toekomende uitkering over de periode vanaf 1 december 2013 tot 1 mei 2017 (derhalve 41 maanden) een vergoeding hebben uitgekeerd in overeenstemming met de aard en ernst van haar tekortkoming. De hoogte van de aanvulling sluit aan bij de op de arbeidsovereenkomst van toepassing zijnde cao voor Tentoonstellingsbedrijven, op grond waarvan werknemer volgens werkgever, zonder ontslag, na het eerste halfjaar van zijn ziekte tot 104 weken recht zou hebben gehad op 80% van zijn loon. € 33.000 is derhalve in dit geval passend.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 22-08-2017

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2017:3675

Zaaknummer: 200.176.739_01

Rechters: M. van Ham, M.E. Smorenburg en prof. mr. dr. F.G. Laagland

Advocaten: M. Ambags en A.A.M. Broos

Wetsartikelen: 7:681 (oud) BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Stichting Naleving CAO voor Uitzendkrachten

Bestuurder-werknemer is krachtens cao een forfaitaire schadevergoeding verschuldigd wegens het weigeren van medewerking aan een controle-instelling, die toeziet op naleving van in de cao vervatte bepalingen. Vordering tot matiging forfaitaire schadevergoeding afgewezen.

Feiten

Stichting Naleving CAO voor Uitzendkrachten (hierna: SNCU) is in 2004 door werknemers- en werkgeverorganisaties in de uitzendbranche opgericht. Haar taken en bevoegdheden zijn vastgesteld in de cao voor Uitzendkrachten (hierna: NBBU-cao) en de cao Sociaal Fonds voor de Uitzendbranche (SFU-cao). In het kader van een aandelenoverdracht, heeft SNCU Lyon verzocht haar administratieve bescheiden aan te leveren. Werknemer, die op dat moment bestuurder van Lyon was, heeft persoonlijk voor toezending van de stukken aan SNCU zorggedragen. Na beoordeling van de stukken, heeft SNCU Lyon medegedeeld dat zij vermoedde dat de NBBU-cao niet was nageleefd en dat controle-instelling Providius een afspraak zou maken voor een controle ter plaatse. Op 15 januari 2013 is tijdens de controle vastgesteld dat onvoldoende administratieve bescheiden aanwezig waren om een volledig onderzoek te kunnen verrichten. SNCU heeft Lyon op 10 juni 2013 een ingebrekestelling gestuurd wegens het weigeren van medewerking. Daarbij is tevens medegedeeld dat op grond van artikel 6 lid 1 van het Reglement II 'Werkwijze CNCU' van de SFU-cao is besloten om Lyon een forfaitaire schadevergoeding ten bedrage van € 100.000 op te leggen. De kantonrechter heeft Lyon veroordeeld tot het ter inzage verstrekken van bescheiden, en zowel Lyon als bestuurder-werknemer hoofdelijk veroordeeld aan SNCU een bedrag van € 100.000 te betalen. Bestuurder-werknemer heeft hiertegen hoger beroep ingesteld.

Oordeel

Aansprakelijkheid bestuurder-werknemer

Het hof stelt bij de beoordeling van de aansprakelijkheid het volgende voorop. Indien een

vennootschap tekortschiet in de nakoming van een verbintenis of een onrechtmatige daad pleegt, is uitgangspunt dat alleen de vennootschap aansprakelijk is voor daaruit voortvloeiende schade. Onder bijzondere omstandigheden is evenwel, naast aansprakelijkheid van die vennootschap, ook ruimte voor bestuurdersaansprakelijkheid. Hiervoor is echter vereist dat die bestuurder, ter zake van de benadeling, persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Hierbij dient gekeken te worden naar de aard en ernst van de normschending en de overige omstandigheden van het geval (HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2627, NJ 2015/22). In casu is het hof van oordeel dat bestuurder-werknemer persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt zodat hij jegens SNCU aansprakelijk is. Kort samengevat hecht het hof in dit kader onder meer belang aan de volgende omstandigheden: (1) bestuurder-werknemer was zelf lange tijd dga van Lyon geweest, (2) de aandelenoverdracht vond plaats kort na de aangekondigde controle door SNCU, (3) er is geen koopprijs voor de aandelen betaald, (4) de verkrijger van de aandelen was een voormalig uitzendkracht van Lyon, die de Nederlandse taal niet machtig was, en (5) bestuurder-werknemer wist niet of de verkrijger (enige) ervaring als ondernemer had. Voorts overweegt het hof dat de bestuurder in de gegeven omstandigheden extra zorgvuldig had moeten handelen en op het moment van overdracht aan de verkrijger een back-up van de bedrijfsadministratie – waaronder de loon- en arbeidstijdenadministratie – had moeten maken, zodat de controle nadien wel adequaat had kunnen plaatsvinden.

Verschuldigdheid van forfaitaire schadevergoeding krachtens cao

Bestuurder-werknemer voert voorts aan dat de forfaitaire schadevergoeding niet voor zijn rekening komt, omdat hij een natuurlijk persoon is en het gaat om een schadevergoeding waaraan alleen het uitzendbureau contractueel is gebonden. Ook stelt werknemer dat SNCU geen schade heeft geleden, althans dat zij haar schade niet heeft onderbouwd. Het hof volgt bestuurder-werknemer hierin niet en oordeelt als volgt. De forfaitaire schadevergoeding, die conform artikel 6 van de SFU-cao en het daarop gevormde beleid is vastgesteld, is aan te merken als een boete en daarmee als een sanctie op de vertraging in de nakoming van de verplichtingen uit de NBBU-cao (vgl. Hof Den Haag 17 maart 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:614). Voor de verschuldigdheid van de schadevergoeding is niet vereist dat SNCU zelf schade heeft geleden en dat de omvang van de schade door SNCU wordt onderbouwd. Een forfaitaire schadevergoeding als de onderhavige dient voldoende hoog te zijn om haar doel – een prikkel tot nakoming van de cao-verplichtingen – te kunnen bereiken. Dat de forfaitaire schadevergoeding door SNCU wordt opgelegd aan Lyon als werkgever, neemt echter niet weg dat werknemer als bestuurder van Lyon eveneens gehouden is tot betaling van de schadevergoeding op grond van zijn onrechtmatig handelen jegens SNCU (vgl. Hof 's-Hertogenbosch 4 juni 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:CA2369). Voorts ziet het hof geen

aanleiding om tot matiging van de forfaitaire schadevergoeding over te gaan. Mede gelet op de aard van de schadevergoeding, dient bij de matiging ervan terughoudendheid te worden betracht. Bestuurder-werknemer heeft in dit verband onvoldoende feiten en omstandigheden gesteld om het beroep te kunnen doen slagen. De forfaitaire schadevergoeding is aldus toewijsbaar.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 22-08-2017

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2017:2340

Zaaknummer: 200.190.728/01

Rechters: H.J. van Kooten, M.L.A. Filippini en A.J.P. van Beurden

Advocaten: R. van Viersen en M.H.D. Vergouwen

Wetsartikelen: 3:305a BW en 6 Reglement II SFU CAO

RECHTSPRAAK

werkgever/werkneemster

***Toepasselijkheid cao Productie- en Leveringsbedrijven 2013.
Suppletieregeling naast ontbindingsvergoeding. Toekenning bonus
aan werkneemster.***

Feiten

Werkneemster is sinds 1 november 2013 in dienst bij werkgever. Met ingang van 1 maart 2015 heeft de kantonrechter de arbeidsovereenkomst ontbonden, onder toekenning van een vergoeding van € 43.000 aan werkneemster. Werkneemster heeft in maart 2015 een WW-uitkering ontvangen. Met ingang van 1 april 2015 is zij elders in dienst getreden. Werkneemster vordert (1) een verklaring voor recht dat hoofdstuk 18 van de cao Productie- en Leveringsbedrijven 2013 (hierna: cao PLb) op de arbeidsverhouding tussen partijen van toepassing is en dat zij recht heeft op suppletie van haar WW-uitkering voor zover zij aan de voorwaarden die in de cao zijn genoemd, voldoet. Daarnaast vordert werkneemster onder meer (2) betaling aan haar van de aanvulling op de WW-uitkering tot 90% van het laatstelijk door haar bij werkgever verdiende loon over de maand maart 2015 en (3) betaling aan haar van de variabele beloning ad € 33.333,33. De kantonrechter heeft in eerste aanleg de vorderingen van werkneemster grotendeels toegewezen, met uitzondering van haar tweede vordering. Tegen dit vonnis komt werkgever in hoger beroep.

Oordeel

Toepasselijkheid cao

Uit de specifieke vermelding van de toepasselijkheid van hoofdstuk 18 van de cao PLb in artikel 5 lid 1 van de arbeidsovereenkomst heeft werkneemster redelijkerwijs mogen begrijpen dat hoofdstuk 18 van de cao PLb van toepassing was, ondanks het feit dat het ook in artikel 5 lid 1 van de arbeidsovereenkomst toepasselijk verklaarde hoofdstuk 1 (art. 1.6) van de cao PLb directieleden uitsluit door de bepaling dat zij geen werknemer zijn in de zin van de cao PLb. Werkneemster hoefde er niet op bedacht te zijn dat artikel 5 lid 1 van de arbeidsovereenkomst (deels) feitelijk een zinledig artikel was, temeer niet nu zij vóór het sluiten van de

arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd een zgn. termsheet had ontvangen waarin is vermeld dat de cao PLb gedeeltelijk voor haar van toepassing zal zijn. Werkgever kan zich niet met succes beroepen op het feit dat zij met een template (model) functiecontract werkte. Ook treft het argument dat werkgever niet mocht afwijken van de standaard-cao geen doel. Immers, werkneemster was als directeur geen werknemer in de zin van de cao PLb, met als gevolg dat dan ook artikel 2.6 en artikel 3.3 lid 3 voor haar niet van betekenis zijn. Verder zijn in artikel 5 lid 1 van de arbeidsovereenkomst artikelen en hoofdstukken van de cao PLb van toepassing verklaard die niet voorkomen in artikel 3.3 en die dus 'vrijwillig' van toepassing zijn verklaard en kennelijk dus wel van toepassing zijn in de optiek van werkgever. Niet valt in te zien dat werkneemster – zonder nadere toelichting van de zijde van werkgever – had moeten begrijpen dat zij een onderscheid had moeten maken tussen die artikelen en hoofdstukken en de in artikel 3.3 vermelde – volgens werkgever 'verplichte' – hoofdstukken van de cao PLb. Dit betekent dat de verklaring voor recht terecht is gegeven door de kantonrechter. Werkneemster heeft daar belang bij gelet op het feit dat zij ingevolge artikel 18.7 cao PLb haar recht op de suppletierегeling behoudt tot 1 december 2017 voor zover zij voor die datum opnieuw werkloos zal worden en aan de voorwaarden van hoofdstuk 18 cao PLb zal voldoen.

Uitleg cao

Werkneemster komt op tegen het oordeel van de kantonrechter dat inkomsten uit of in verband met arbeid, zoals de ontbindingsvergoeding, op de suppletie-uitkering in mindering moeten worden gebracht, zoals ook volgt uit artikel 18.4 lid 2 cao PLb. Dit artikel moet uitgelegd worden volgens de cao-norm. De tekst van dit artikel houdt in dat 'alle inkomsten' in mindering komen op de suppletie. Niet valt in te zien dat de ontbindingsvergoeding niet onder 'alle inkomsten' zou vallen. De ontbindingsvergoeding is immers gebaseerd op het verlies van inkomsten uit arbeid ten gevolge van de ontbinding van de arbeidsovereenkomst. In de overige formuleringen in de cao PLb is geen aanknopingspunt te vinden voor de stelling dat de ontbindingsvergoeding niet in mindering zou moeten worden gebracht op de suppletie. Een toelichting op de cao PLb is er niet. De opsomming achter 'alle inkomsten' tussen haakjes in artikel 18.4 lid 2 cao PLb, met daaraan voorafgaand 'zoals', kan niet anders gelezen worden dan als voorbeelden van 'inkomsten'. Het vorenoverwogene houdt in dat de tweede vordering van werkneemster terecht is afgewezen. Niet in geschil is immers dat de ontbindingsvergoeding van € 43.000 de suppletievergoeding van € 10.000 overtreft. Gesteld noch gebleken is dat werkneemster inmiddels opnieuw werkloos is geworden.

Toekenning bonus

Werkgever had ingevolge artikel 6 van de arbeidsovereenkomst een discretionaire bevoegdheid om aan werkneemster al dan niet een bonus toe te kennen. Dit volgt uit het

woord 'kan' in die bepaling. Werkgever moet zich bij de uitoefening van haar discretionaire bevoegdheid als goed werkgever gedragen. Vast staat dat werkgever niet aan werkneemster heeft gecommuniceerd welke criteria werden gehanteerd en waarom zij niet in aanmerking kwam voor de bonus. Werkgever biedt werkneemster een 'target'-bonus aan als substantieel onderdeel van haar salaris; het is dan aan werkgever om duidelijk te maken welke 'targets'/doelen werkneemster moet halen om haar bonus te kunnen ontvangen. Gesteld noch gebleken is dat aan werkneemster is aangegeven welke concrete doelen zij in de periode waarover de bonus wordt toegekend, moet behalen om tot uitkering van de bonus te komen.

Het enige houvast met betrekking tot de gehanteerde criteria is de stelling van X dat sprake moet zijn van 'dusdanig onder de maat presteren', wil er in het geheel geen bonus uitgekeerd worden. Weliswaar laten de cijfers inderdaad een negatief beeld zien van de prestaties van de afdeling B2B waarvoor werkneemster verantwoordelijk was. Er is echter geen sprake van zodanig substantieel onderpresteren dat de negatieve resultaten doorslaggevend mochten zijn voor de vraag of aan werkneemster een bonus werd toegekend. Op grond van het voorgaande is het niet redelijk en in strijd met goed werkgeverschap dat aan werkneemster in het geheel geen bonus is toegekend over de periode mei 2014 tot en met december 2014.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 22-08-2017

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2017:3672

Zaaknummer: 200.184.680_01

Rechters: C.E.L.M. Smeenk-van der Weijden, J.M.H. Schoenmakers en H.E. HAE Uniken Venema

Advocaten: I.M.C.A. Reinders Folmer en A. Willemsen

Wetsartikelen: 1.6 cao Productie- en Leveringsbedrijven 2013, 3.3 lid 3 cao Productie- en Leveringsbedrijven 2013, 18.7 cao Productie- en Leveringsbedrijven 2013, 18.4 cao Productie- en Leveringsbedrijven 2013 en 7:611 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/ABN AMRO Bank N.V.

Ondanks arbitrage in sociaal plan is kantonrechter bevoegd. Geschil valt niet onder de werkingssfeer van de arbitrageclausule en werknemer kan beoogde doel (vernietiging van de aftoppingsregeling o.g.v. WGBLA) niet via de geschillencommissie bereiken.

Feiten

Werknemer is sinds 1978 bij ABN AMRO in dienst. Op de arbeidsovereenkomst is (onder meer) van toepassing het Sociaal Plan 2017-2020, welk sociaal plan door ABN AMRO op 5 december 2016 als cao is aangemeld (hierna: Sociaal Plan). Het Sociaal Plan bevat een regeling voor de werknemer, wiens arbeidsplaats door een reorganisatie is komen te vervallen. Werknemer heeft gekozen voor vrijwillig vertrek. Op 6 februari 2017 heeft hij het zogenaamde Overeenstemmingsformulier Vertrekpremie ondertekend. Volgens die overeenkomst is werknemer middels een op 16 februari 2017 getekende beëindigingsovereenkomst op 6 maart 2017 uit dienst getreden. Bij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst is aan werknemer uit hoofde van het Sociaal Plan met toepassing van de aftoppingsregeling als vertrekpremie uitgekeerd het bodembedrag van € 67.082 bruto. Werknemer is een procedure gestart bij de geschillencommissie met als inzet de hoogte van zijn vertrekpremie. Op 20 april 2017 heeft de mondelinge behandeling plaatsgevonden. De procedure is tijdens die mondelinge behandeling geschorst en vervolgens door werknemer ingetrokken op 24 april 2017. Op 4 mei 2017 heeft werknemer onderhavig verzoekschrift ingediend met het verzoek de bepaling inzake de aftopping van de vertrekpremie als opgenomen in het Sociaal Plan nietig te verklaren wegens leeftijdsdiscriminatie en daarbij bepaald dat hij recht heeft op 100% van de vertrekpremie, zonder toepassing van de aftoppingsregeling. ABN AMRO verzoekt dat de kantonrechter zich onbevoegd verklaart om van onderhavig geschil kennis te nemen. Volgens ABN AMRO volgt uit het Sociaal Plan dat geschillen over de toepassing en toepasselijkheid van het Sociaal Plan met uitsluiting van de civiele rechter kunnen worden voorgelegd aan de geschillencommissie als arbiter.

Oordeel

Uit de tekst van artikel 1.3 van het Sociaal Plan volgt dat een geschil met uitsluiting van de civiele rechter kan worden voorgelegd aan de geschillencommissie, indien en voor zover het gaat over *de toepasselijkheid of toepassing* van het Sociaal Plan. Alleen dan kan de werknemer zich met uitsluiting van de kantonrechter wenden tot de geschillencommissie. In onderhavig geval legt werknemer aan zijn verzoek ten grondslag dat de aftoppingsregeling in het Sociaal Plan in strijd is met artikel 13 WGBLA. Het gaat dus niet om *de toepassing of toepasselijkheid* van het Sociaal Plan, maar om de vraag of een regeling in het Sociaal Plan (de aftoppingsregeling) vernietigd moet worden wegens strijd met de WGBLA. Daarmee valt het geschil buiten de geschillenregeling van artikel 1.3 en kan het incidentele verzoek van ABN AMRO niet op die grond worden toegewezen. ABN AMRO heeft daarnaast gesteld dat er in de vaststellingsovereenkomst een individueel arbitraal beding overeen is gekomen, omdat werknemer in de overeenkomsten expliciet heeft laten opnemen dat de hoogte van de vertrekpremie aanhangig zal worden gemaakt bij de geschillencommissie. Dit standpunt van ABN AMRO wordt niet gevolgd. Vooreerst geldt daarbij dat het ABN AMRO bekend was dat werknemer het niet eens was met de aftopping van de vergoeding en dat hij een procedure wenste te starten ter verkrijging van de volledige (100%) vertrekpremie. ABN AMRO weet dat dit doel, de hogere vergoeding, bij de geschillencommissie niet kan worden bereikt en die wetenschap verhindert dat ABN AMRO het voorbehoud van werknemer – wat daar verder ook van zij – als een individueel arbitragebeding kan aanmerken. Integendeel, ABN AMRO had werknemer direct op deze gedachtesfout dienen te wijzen. De kantonrechter verklaart zich gezien het vooroverwogene bevoegd om kennis te nemen van werknemers verzoek. Partijen hebben de kantonrechter meegedeeld dat thans bij het Gerechtshof Amsterdam voorligt het hoger beroep van een vonnis in een soortgelijke zaak, waarin de kantonrechter te Amsterdam de aftoppingsregeling wegens strijd met de WGBLA heeft vernietigd. De kantonrechter houdt iedere verdere beslissing aan in afwachting van informatie over de voortgang van de procedure bij het Gerechtshof Amsterdam.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 17-08-2017

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2017:6171

Zaaknummer: 5970034 EA VERZ 17-407.01

Rechters: M.V. Ulrici

Advocaten: H. den Besten en M.J.T.M. Keulaerds

Wetsartikelen: 13 WGBLA

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgeefster c.s.

Partijen komen in mantelovereenkomst de overdracht van arbeidsovereenkomsten overeen. Sprake van contractsoverneming. Na tussentijdse opzegging mantelovereenkomst vloeit de arbeidsovereenkomst van werknemer weer terug naar eerdere werkgever.

Feiten

Werknemer is op 21 mei 2007 in dienst getreden van werkgeefster. In februari 2014 hebben werkgeefster en Bedrijf X overeenstemming bereikt over uitbesteding van werkzaamheden. Partijen zijn in een mantelovereenkomst overeengekomen dat Bedrijf X twee medewerkers van werkgeefster (waaronder werknemer) zal overnemen op basis van overgang van onderneming. Werknemer is hierover bij brief van 28 februari 2014 bericht. In de brief staat tevens dat Bedrijf X de arbeidsvoorwaarden van werknemer overneemt. Bij brief van 13 oktober 2014 heeft Bedrijf X aan werknemer bericht dat zij al haar activiteiten heeft gestaakt en dat bij het UWV een ontslagvergunning voor werknemer is aangevraagd. Het UWV heeft beslist dat de ontslagvergunning niet wordt verleend, omdat er geen sprake is geweest van een overgang van onderneming. Op 3 februari 2015 is op eigen verzoek het faillissement van Bedrijf X uitgesproken. Ook de curator heeft zich op het standpunt gesteld dat werknemer nooit in dienst is geweest van Bedrijf X en vordert het onverschuldigd betaalde loon terug van werknemer. Werknemer heeft werkgeefster bij brief van 14 juli 2015 in gebreke gesteld ter zake van de betaling van salaris en zich beschikbaar gesteld voor de bedongen werkzaamheden. Werknemer vordert onder meer een verklaring voor recht dat hij (ook na 1 maart 2014) in dienst is gebleven van werkgeefster en betaling van het achterstallig loon over de periode van 1 januari 2014 tot en met 31 december 2016. Tevens vordert hij jegens alle negen gedaagden (waaronder ook de bestuurders van werkgeefster) een verklaring voor recht dat zij jegens hem aansprakelijk zijn op grond van een onrechtmatige daad voor de volledige schade die hij heeft geleden en nog zal lijden als gevolg van de door gedaagden geconstrueerde overgang van onderneming.

Oordeel

De vraag die centraal staat is of het tweede onderdeel van de mantelovereenkomst, de overgang van de arbeidsovereenkomsten met werknemer een schijnconstructie is. Geconcludeerd wordt dat dit zeker niet het geval is. Het staat buiten kijf dat partijen bij de mantelovereenkomst de overgang van de arbeidsovereenkomsten van werkgeefster naar Bedrijf X hebben beoogd. De mantelovereenkomst kwalificeert voor wat betreft de overdracht van de arbeidsovereenkomsten als een akte in de zin van artikel 6:159 BW (contractsoverneming). Aan de overdracht van de rechtsverhouding heeft werknemer meegewerkt. Hij heeft immers, weliswaar op grond van (mogelijk onjuiste en in ieder geval onvolledige) voorlichting van de kant van werkgeefster, aangenomen dat zijn arbeidsovereenkomst met ingang van 1 maart 2014 was overgegaan op Bedrijf X en is om die reden Bedrijf X als zijn werkgever gaan beschouwen. Uit de mantelovereenkomst blijkt echter ook dat de contractsoverneming voor bepaalde tijd is aangegaan en tussentijds opzegbaar was. De schriftelijke opzegging van de mantelovereenkomst door Bedrijf X per e-mail van 1 oktober 2014 heeft aan de contractsoverneming dus een einde gemaakt. Daardoor is werknemer vanaf 6 oktober 2014 weer in dienst van werkgeefster en heeft werkgeefster de arbeidsovereenkomst met werknemer weer teruggekregen. Uit het voorgaande volgt dat de gevorderde verklaring voor recht in zoverre toewijsbaar is dat voor recht zal worden verklaard dat werknemer vanaf 6 oktober 2014 weer in dienst is van werkgeefster. Verder volgt uit het voorgaande dat werkgeefster veroordeeld kan worden tot doorbetaling van loon vanaf 6 oktober 2014. Omdat werkgeefster door middel van de contractsoverneming alle rechten en plichten van Bedrijf X jegens werknemer heeft overgenomen, is zij ook gehouden het achterstallige loon aan werknemer over de periode tot 6 oktober 2014 te betalen. De kantonrechter gaat ervan uit dat de curator van Bedrijf X geen recht heeft op terugbetaling van loon. Bedrijf X heeft niet onverschuldigd aan werknemer betaald omdat sprake is geweest van (tijdelijke) contractsoverneming en Bedrijf X in de periode tot 6 oktober 2014 de werkgever van werknemer is geweest. De vorderingen tegen de overige gedaagden zijn deels gebaseerd op bestuurdersaansprakelijkheid en deels op gewone onrechtmatige daad. Alvorens verder te kunnen beslissen op die vorderingen heeft de kantonrechter behoefte aan nadere informatie. Daartoe wordt de zaak naar de rol verwezen.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 16-08-2017

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2017:4239

Zaaknummer: 5299836 UC EXPL 16-11724 ip/1198

Rechters: H.A.M. Pinckaers

Advocaten: N. Menouar en M. Ritmeester

Wetsartikelen: 6:159 BW, 6:162 BW en 7:662 BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/werkgever

Om te bezien of het ontslag op staande voet rechtsgeldig is gegeven, dient eerst vast te komen staan of werkneemster überhaupt op staande voet is ontslagen. Werkneemster krijgt hiertoe een bewijsopdracht.

Feiten

Werkneemster is op 7 september 1999 in dienst getreden bij werkgever, laatstelijk in de functie van secretaresse. Bij e-mailbericht van 11 april 2017 heeft werkgever – voor zover van belang – het volgende aan werkneemster geschreven: ‘(...) In aansluiting op onze bespreking (jij, jouw echtente en ik) bevestig ik je uit dat gesprek het volgende. Mij is gebleken dat jij jouw geheimhoudingsplicht (jegens A) hebt geschonden. Deze schending is voor mij grond om jou op staande voet te ontslaan, nu deze schending het wezen van het notariaat raakt en de kern van mijn bedrijf. Deze geheimhouding is jou zeer goed bekend. Om zo nodig nog nader onderzoek te kunnen doen, heb ik jou eerst geschorst. Ik ben bereid om in een vaststellingsovereenkomst het einde van de arbeidsovereenkomst vast te leggen (...)’ Bij brief van 19 april 2017 heeft werkneemster aan werkgever bericht dat zij het niet eens is met haar schorsing en heeft zij betwist dat zij haar geheimhoudingsplicht heeft geschonden. Werkneemster heeft zich in mei 2017 ziek gemeld. Op 23 mei 2017 heeft de bedrijfsarts gesteld dat de klachten van werkneemster niet berusten op ziekte of gebrek, maar op een geschil. Werkneemster verzoekt de kantonrechter onder meer werkgever te veroordelen tot betaling van een billijke vergoeding conform artikel 7:681 BW ter hoogte van € 24.000 bruto.

Oordeel

Het gaat in deze zaak allereerst om de vraag of werkgever werkneemster al dan niet op 30 mei 2017 ontslag op staande voet heeft gegeven. Voor de beantwoording van de vraag die ten grondslag ligt aan het geschil tussen partijen is cruciaal wat er tussen hen op 30 mei 2017 is besproken, alsmede hoe dit besprokene door werkneemster mocht worden begrepen. Gelet op de verschillende verklaringen over het besprokene tijdens de mondelinge behandeling en de verschillende daaraan gekoppelde stellingen van partijen, kan op dit moment niet worden

vastgesteld of werkgever werknemer op 30 mei 2017 op staande voet heeft ontslagen of dat zij enkel de mogelijkheid van ontslag op staande voet heeft aangegeven en haar definitieve besluit daarover heeft aangehouden. Nu werknemer zich beroept op rechtsgevolgen van het door haar gestelde gegeven ontslag op staande voet volgt uit het bepaalde in artikel 150 Rv dat werknemer conform haar aanbod wordt toegelaten tot het bewijs van de stelling dat haar op 30 mei 2017 door werkgever ontslag op staande voet is verleend. De kantonrechter laat werknemer toe tot het bewijs van feiten of omstandigheden waaruit kan worden afgeleid dat werkgever haar op 30 mei 2017 ontslag op staande voet heeft verleend en houdt iedere verdere beslissing aan.

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 16-08-2017

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2017:3106

Zaaknummer: 6049290 AR VERZ 17-65

Rechters: E.T.M. Zwart-Sneek

Advocaten: W.M. Veldjesgraaf en R. Tamourt

Wetsartikelen: 7:681 BW

RECHTSPRAAK

COR TNT Nederland B.V./TNT Nederland B.V.

Werkgever heeft bij afweging van de betrokken belangen in redelijkheid niet kunnen komen tot het bestreden besluit. Van werkgever mag verwacht worden dat zij maatregelen zou hebben genomen om de continuïteit van de medezeggenschap van de werknemers na overgang te waarborgen.

Feiten

In 2011 is de onderneming van het toenmalige TNT N.V. gesplitst in PostNL en TNT Express N.V. TNT Express behoort sinds 25 mei 2016 tot het concern van FedEx. FedEx houdt alle aandelen in FIB. FIB is opgericht om te fungeren als werkgever binnen de FedEx-groep voor een deel van het senior management. In het kader van deze overname is FedEx gestart met een integratieproject van de TNT-groep met de FedEx-groep. Onder meer op 6 april 2017 heeft de COR advies uitgebracht over de voorgenen 'managing director structuur' (MD-structuur). De COR heeft positief geadviseerd onder de voorwaarde dat de continuïteit in de medezeggenschap gewaarborgd blijft. Bij e-mail van 7 april 2017 wordt aan de COR bericht dat zijn advies niet wordt overgenomen. Bij e-mail van 18 april 2017 heeft TNT aan de COR het nader uitgewerkte besluit van 14 april 2017 toegestuurd. Hierin staat met betrekking tot het onderwerp medezeggenschap onder meer dat TNT heeft herhaald in gesprek te willen gaan met de COR maar dat de nieuwe juridische structuur nog niet bekend is en dat het daarmee ook nog te vroeg lijkt te zijn om definitieve afspraken te maken over de toekomstige medezeggenschapsstructuur. Het voorgenen besluit om de MD-structuur te implementeren is hiermee een definitief besluit geworden. De COR heeft de Ondernemingskamer verzocht te verklaren dat TNT in redelijkheid niet heeft kunnen komen tot het besluit van 7 april 2017 of 18 april 2017 over de MD-structuur, voor zover dit besluit betrekking heeft op de medezeggenschap. Daarnaast heeft de COR verzocht TNT te gebieden voornoemd besluit voor zover het betrekking heeft op het regelen van de gevolgen van het besluit voor de medezeggenschap in te trekken.

Oordeel

De COR heeft aan zijn verzoek in de kern ten grondslag gelegd dat met het bestreden besluit onvoldoende recht wordt gedaan aan de (continuïteit) van de medezeggenschap van TNT en dat aan de bevoegdheden van de COR (en de ondernemingsraad) van TNT afbreuk is gedaan. De Ondernemingskamer overweegt als volgt. Een gevolg van het bestreden besluit is dat een deel van de werknemers van TNT (de *managing directors*) niet langer onder de medezeggenschap van de ondernemingsraad van het hoofdkantoor van TNT of van de COR valt, terwijl die werknemers, ook na indiensttreding bij FIB, feitelijk (mede) werkzaam blijven voor de onderneming van TNT, die vooralsnog niet is geïntegreerd met de onderneming van FedEx. Gegeven het feit dat er vooralsnog geen medezeggenschapsorgaan bij FIB is ingesteld, is er derhalve als gevolg van het bestreden besluit voor deze werknemers een vacuüm in de medezeggenschap ontstaan. Naar het oordeel van de Ondernemingskamer had van TNT, gelet op het bepaalde in artikel 25 lid 3 WOR, verwacht mogen worden dat zij maatregelen zou hebben genomen om de continuïteit van de medezeggenschap van deze werknemers te waarborgen, in afwachting van de vormgeving van de medezeggenschap bij de daadwerkelijke integratie van beide ondernemingen. De toezegging van TNT in het bestreden besluit om zich in te spannen medezeggenschap binnen FIB op korte termijn vorm te geven, acht de Ondernemingskamer te vaag. De conclusie luidt dat TNT, in strijd met het voorschrift van artikel 25 lid 3 WOR, heeft nagelaten voldoende (tijdelijke) maatregelen te treffen ten aanzien van de gevolgen die het besluit heeft voor de medezeggenschap voor de managing directors die in dienst komen van FIB en feitelijk mede werkzaam blijven voor TNT. In samenhang met hetgeen hierboven is overwogen, overweegt de Ondernemingskamer dat met het bestreden besluit de positie van de COR in zoverre wordt aangetast dat de betreffende werknemers, die feitelijk ten behoeve van TNT werkzaamheden zijn blijven verrichten, buiten het bereik van medezeggenschap zijn komen te vallen, zonder dat daar iets tegenover staat en dat in die zin afbreuk wordt gedaan aan de reikwijdte van de bevoegdheden van de COR. Dit leidt tot het oordeel dat met het bestreden besluit onvoldoende recht wordt gedaan aan de (continuïteit van de) medezeggenschap van TNT en dat TNT om die reden in redelijkheid niet tot het besluit van 18 april 2017 heeft kunnen komen, voor zover dat betrekking heeft op het regelen van de gevolgen van het besluit voor de medezeggenschap. Aan dit oordeel draagt bij hetgeen hierna wordt overwogen. Er moet ten tijde van het bestreden besluit reeds een zodanige duidelijkheid hebben bestaan over de (uitgangspunten van de) beoogde structuur na volledige integratie van TNT en FedEx, dat overleg met de COR over de toekomstige medezeggenschapsstructuur op zijn plaats was geweest. De omstandigheid dat constructief overleg over de vormgeving van de medezeggenschap bij de algehele integratie van beide ondernemingen vooralsnog is uitgebleven, betekent dat de COR daarover in onzekerheid verkeert en dat het treffen van tijdelijke voorzieningen ter waarborging van de continuïteit van de medezeggenschap voor die periode tot de algehele integratie te meer geboden is. Het

verzoek zal worden toegewezen.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 15-08-2017

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2017:3262

Zaaknummer: 200.215.263/01 OK

Rechters: G.C. Makkink, A.M.L. Broekhuijsen-Molenaar, A.J. Wolfs, S. ten Have en D.E.M. Aleman MBA

Advocaten: mr. dr. L.C.J. Sprengers, S. Sikkink en M.M. van den Berg

Wetsartikelen: 25 WOR en 26 WOR

RECHTSPRAAK

werknemer/Zeus Metaal B.V.

Bij berekening van de hoogte van transitievergoeding en gefixeerde schadevergoeding wegens onregelmatige opzegging dient geen rekening te worden gehouden met de door werkgever voor werknemer ontvangen loondispensatie.

Feiten

Werknemer is geboren in 1984 en ontvangt sinds 13 juli 2003 een Wajong-uitkering die gebaseerd is op een arbeidsongeschiktheidspercentage van 80 tot 100%. Op 4 april 2005 is werknemer in dienst getreden bij Zeus Metaal B.V. (hierna: Zeus) in een gecreëerde Wajongbaan. In de tussen hen gesloten arbeidsovereenkomst staat opgenomen dat het totale inkomen – ad € 1554,59 – voor 40% bestaat uit loon (€ 621,84) en voor 60% uit een Wajong-uitkering (€ 932,75). Op 19 december 2014 is werknemer als gevolg van een ernstig bedrijfsongeval uitgevallen. Sindsdien ontvangt hij van het UWV een Ziektewetuitkering. Daarnaast ontvangt Zeus van het UWV loondispensatie voor werknemer. Deze bedroeg per februari 2015 52,1% van het wettelijk minimumloon. Op 14 maart 2017 heeft het UWV aan Zeus een ontslagvergunning verleend vanwege langdurige arbeidsongeschiktheid van werknemer. Zeus heeft de arbeidsovereenkomst met werknemer vervolgens per 5 mei 2017 opgezegd. Aan de kantonrechter wordt thans de vraag voorgelegd of bij de berekening van de hoogte van de transitievergoeding en de gefixeerde schadevergoeding wegens onregelmatige opzegging ook rekening dient te worden gehouden met de door Zeus voor werknemer ontvangen loondispensatie.

Oordeel

Loondispensatie

De kantonrechter oordeelt als volgt. In de eerste plaats staat in de arbeidsovereenkomst duidelijk vermeld dat het brutosalaris voor ‘slechts’ 40% uit loon bestaat en voor het ‘overige deel’ uit de door Zeus ontvangen loondispensatie. Daarnaast oordeelt de kantonrechter dat de ontvangst van die uitkering niet afhankelijk was van de door werknemer te verrichten arbeid,

maar een persoonsgebonden uitkering betrof. De uitkering kan derhalve niet gekwalificeerd worden als tegenprestatie voor de bedongen arbeid. In dit verband gaat de kantonrechter ervan uit dat onder loon moet worden verstaan de vergoeding die door werkgever aan werknemer verschuldigd is ter zake van de bedongen arbeid (HR 12 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3681). Ook heeft Zeus ter zitting erop gewezen dat werknemer in 38 uur per week voor 40% presteerde en dat het loon dus ook zag op de arbeidsprestatie die werknemer leverde. Daarnaast is gebleken dat Zeus – op verzoek van werknemer – de loondispensatie ten behoeve van werknemer uitbetaald kreeg en dat zij de loondispensatie aan werknemer uitbetaalde om administratieve rompslomp te voorkomen. Ook is gebleken dat werknemer, nadat de termijn waarvoor het UWV loondispensatie had toegekend was geëindigd, uitsluitend 40% loon van werkgever heeft ontvangen en dat werknemer (weer) rechtstreeks een Wajong-uitkering via het UWV heeft ontvangen. Met inachtneming van het voorgaande, oordeelt de kantonrechter dat voor de berekening van de transitievergoeding moet worden uitgegaan van 40% van het loon.

Onregelmatige opzegging

Ook ten aanzien van de berekening van de hoogte van de gefixeerde schadevergoeding geldt dat geen rekening moet worden gehouden met de ontvangen loondispensatie. Naar het oordeel van de kantonrechter bedraagt deze schadevergoeding immers het bedrag van het in geld vastgestelde loon over de termijn dat de arbeidsovereenkomst bij regelmatige opzegging had behoren voort te duren, waarbij bedoeld is het bedongen bruto geldloon ten tijde van de opzegging (HR 17 november 1978, NJ 1979/149). Dit betekent dat voor de berekening van de transitievergoeding gerekend moet worden met een brutomaandloon van € 744,73, vermeerderd met 8% vakantietoeslag, zijnde € 804,31. Zeus is derhalve een transitievergoeding van € 3484 bruto aan werknemer verschuldigd.

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 03-08-2017

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2017:3298

Zaaknummer: 6073648 \ HA VERZ 17-88

Rechters: M. Willemse

Advocaten: C.C.J.M.J. van Mourik en J. Blaauw

Wetsartikelen: 7:672 BW, 7:686a BW, 7:673 lid 10 BW en 7:668a BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/Hago Zorg BV

Ontbinding op de e-grond. De handelwijze van werkneemster is ernstig verwijtbaar gelet op het aantal malen dat zij tekort is geschoten in haar wettelijke re-integratieverplichting en het feit dat zij in haar houding volhardde, ook nadat de loonbetalingsverplichting was opgeschort en vervolgens was gestaakt en zelfs nadat het UWV een deskundigenoordeel had uitgebracht.

Feiten

Werkneemster is sinds 1 april 2013 in dienst bij Hago Zorg BV. Hago Zorg heeft op 24 augustus 2015 aan werkneemster bericht dat zij in verband met bezuinigingen wordt overgeplaatst van locatie A naar locatie B. Werkneemster meldt zich vervolgens op 24 september 2015 ziek. De bedrijfsarts concludeert dat sprake is van zowel ziekte als een arbeidsconflict. Werkneemster wordt door Hago Zorg meerdere malen uitgenodigd voor een gesprek. Zij gaat niet op de uitnodigingen van Hago Zorg in, waardoor Hago Zorg zich genoodzaakt voelt het loon op te schorten. Werkneemster weigert mee te werken aan haar re-integratie en komt gemaakte afspraken niet na. Hago Zorg verzoekt de arbeidsovereenkomst met werkneemster te ontbinden, primair op de e-grond en vanwege het ernstig verwijtbaar handelen van werkneemster geen rekening te houden met de opzegtermijn. De kantonrechter heeft in eerste aanleg de vorderingen van Hago Zorg toegewezen. Tegen dit vonnis komt werkneemster in hoger beroep.

Oordeel

Voor het beantwoorden van de vraag of werkneemster in strijd met de op haar rustende re-integratieverplichtingen heeft gehandeld, wordt als volgt overwogen.

Werkneemster is op grond van artikel 3 van de arbeidsovereenkomst tewerkgesteld in de regio Oost Nederland, waaronder ook Y valt. Op grond van deze bepaling en artikel 8 van de cao kan Hago Zorg van werkneemster verlangen dat zij in Y gaat werken. Volgens artikel 3 van de arbeidsovereenkomst en artikel 8 van de cao heeft Hago Zorg daarbij rekening te houden met

de gerechtvaardigde belangen van werknemster. Hago Zorg heeft aangevoerd, dat – kennelijk in oktober 2015 – zij met werknemster hierover een gesprek heeft gevoerd en dat werknemster bij die gelegenheid was vergezeld van een FNV-vakbondsconsulent. Hago Zorg stelt dat zij bij die gelegenheid (nogmaals) een toelichting heeft gegeven over de noodzaak van de overplaatsing, dat aan de belangen van werknemster tegemoet wordt gekomen door de reiskostenregeling in artikel 34 van de cao en dat over de werktijden nadere afspraken mogelijk waren. Hago Zorg heeft hiermee op toereikende wijze rekening gehouden met de gerechtvaardigde belangen van werknemster, zodat Hago Zorg van haar mocht verlangen dat zij haar werkzaamheden in Y ging uitvoeren. Werknemster had geregeld contact met Hago Zorg te onderhouden. Voldoende aannemelijk is geworden dat werknemster dat in de maand december 2015 heeft nagelaten, zodat zij in dat opzicht in haar re-integratieverplichting tekort is geschoten en Hago Zorg terecht op 29 december 2015 (voor de tweede maal) haar loonbetalingsverplichting opschortte. Gelet op de bevindingen van de bedrijfsarts, mocht Hago Zorg ervan (blijven) uitgaan dat werknemster tot werken in staat was en dat zij haar werk had te hervatten. Werknemster heeft aan de oproep om op 22 januari 2016 weer te gaan werken geen gevolg gegeven, zodat zij daarmee in haar re-integratieverplichtingen tekortschoot. Hago Zorg heeft haar bij brief van 25 januari 2016 op deze tekortkoming gewezen en terecht (voor de eerste maal) een loonstop vanaf 22 januari 2016 opgelegd. Op 7 juli 2016 adviseert de bedrijfsarts een aanvang te maken met de re-integratiewerkzaamheden en geeft daarbij een concreet voorstel. Het voorstel van de bedrijfsarts is door Hago Zorg uitgewerkt in het plan van aanpak dat met werknemster is besproken. Werknemster is evenwel vanaf 19 juli 2016 niet meer op het werk verschenen, was op 20 juli 2016 voor Hago Zorg telefonisch onbereikbaar en is niet op het geplande evaluatiegesprek op 22 juli 2016 gekomen. In antwoord op een door Hago Zorg verzocht deskundigenoordeel heeft het UWV geconcludeerd dat de door werknemster uitgevoerde re-integratie-inspanningen onvoldoende zijn. In het door werknemster op 10 januari 2017 gevraagde deskundigenoordeel dat op 27 januari 2017 is gegeven, waarbij werknemster de gelegenheid had alle volgens haar relevante gegevens aan het UWV ter beoordeling voor te leggen, is het UWV op dat deskundigenoordeel niet teruggekomen. Door zonder deugdelijke grond de re-integratiewerkzaamheden niet te verrichten, zich telefonisch slecht bereikbaar te houden en gemaakte afspraken niet na te komen, is werknemster opnieuw in haar re-integratieverplichting tekortgeschoten. Hago Zorg heeft onder deze omstandigheden (voor de tweede maal) op grond van artikel 7:629 lid 3 onderdeel d jo. 7:629 lid 7 BW de loonbetaling vanaf 19 juli 2016 kunnen stoppen. Uit het voorgaande volgt dat werknemster in de periode vanaf 24 september 2015 tot in ieder geval september 2016 herhaalde malen tekort is geschoten in haar re-integratieverplichting. Onder deze omstandigheden is het verwijtbaar handelen van werknemster zodanig dat in redelijkheid van Hago Zorg niet kan worden

gevergd dat de arbeidsovereenkomst voortduurt. De handelwijze is ernstig verwijtbaar gelet op het aantal malen dat werkneemster tekort is geschoten in haar wettelijke re-integratieverplichting en het feit dat zij in haar houding volhardde, ook nadat de loonbetalingsverplichting was opgeschort en vervolgens was gestaakt en zelfs nadat het UWV een deskundigenoordeel had uitgebracht. Ook na dat deskundigenoordeel is werkneemster niet op haar schreden teruggekeerd. De kantonrechter heeft daardoor de arbeidsovereenkomst terecht tegen een eerdere datum kunnen ontbinden. Voorts is Hago Zorg aan werkneemster ook geen transitievergoeding verschuldigd. Volgt bekrachtiging van het bestreden vonnis.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 28-07-2017

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2017:6567

Zaaknummer: 200.212.110

Rechters: D.H. de Witte, A.E.F. Hillen en M.E.L. Fikkers

Advocaten: P.J.J. Engbertsen en R.M. Dessaur

Wetsartikelen: 7:671b BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/Sushi Ran B.V.

Werkgever wil zieke salesmanager na herstel niet meer laten hervatten in dezelfde werkzaamheden. Volgens de kantonrechter biedt het instructierecht hiervoor onvoldoende grondslag en is evenmin voldaan aan de criteria uit het Stoof/Mammoet-arrest. Vordering van werkneemster om toegelaten te worden tot haar oude werk toegewezen.

Feiten

Sushi Ran is een bedrijf dat zich richt op de verkoop van sushiproducten aan de zakelijke markt. Werkneemster is op 1 maart 2010 bij Sushi Ran in dienst getreden als salesmanager. Zij is meerdere malen lange perioden uitgevallen wegens ziekte. Sushi Ran heeft per 15 augustus 2016 een vervangende salesmanager aangesteld. Werkneemster heeft per 27 februari 2017 het werk willen hervatten, maar is hiertoe door Sushi Ran niet in de gelegenheid gesteld. Na de zitting van 26 juni 2017 is werkneemster vanaf 3 juli 2017 weer toegelaten op haar werkplek. Zij is echter van mening dat zij niet tewerk is gesteld in haar eigen werk. Werkneemster vraagt wedertewerkstelling in de functie van salesmanager voor het aantal uren dat zij geschikt is om deze werkzaamheden te verrichten.

Oordeel

Sushi Ran heeft bevestigd dat werkneemster niet op haar oorspronkelijke takenpakket is ingezet. Zij is allereerst van mening dat ook de werkzaamheden die werkneemster momenteel uitvoert kunnen worden aangemerkt als haar gebruikelijke werkzaamheden, nu deze niet heel vastomlijnd zijn omschreven. Werkneemster heeft erop gewezen dat haar functie-inhoud in de loop der tijd nader is ingevuld en zij onder andere belangrijke taken verricht ten aanzien van het voorbereiden van en adviseren over strategische beslissingen en daarnaast direct betrokken is geweest bij een aantal grote klanten zoals Albert Heijn en Delhaize. Sushi Ran heeft de juistheid van deze stelling van werkneemster naar het oordeel van de kantonrechter niet of onvoldoende weersproken. Sushi Ran heeft zich ten aanzien van dit onderwerp (ook)

beroepen op het instructierecht dat haar als werkgever toekomt (art. 7:66o BW). Naar het oordeel van de kantonrechter gaat deze instructiebevoegdheid niet zo ver, dat Sushi Ran met een beroep hierop de inhoud van de overeengekomen arbeid eenzijdig kan aanpassen, nu het hier om een van de essentialia van de arbeidsovereenkomst gaat. Nu wel vaststaat dat de facto de werkzaamheden waarop werkneemster vanaf 3 juli 2017 wordt ingezet zijn gewijzigd, zal de beoordeling plaatsvinden tegen de achtergrond van de drie criteria uit het Stoof/Mammoet-arrest. De kantonrechter beantwoordt reeds de eerste vraag – Is er sprake van gewijzigde omstandigheden die nopen tot wijziging van de overeenkomst? – ontkennend en komt daardoor strikt genomen niet aan de volgende vragen toe. Ten overvloede wordt overwogen dat ook al zou de eerste vraag bevestigend moeten worden beantwoord, ook de volgende vragen door de kantonrechter ontkennend zouden zijn beantwoord. Daartoe wordt het volgende overwogen. De kantonrechter stelt voorop dat werkneemster als re-integrerende werknemer moet worden aangemerkt die door het UWV als volledig geschikt voor het eigen werk wordt aangemerkt. De kantonrechter acht het alleszins begrijpelijk dat Sushi Ran vanwege de langdurige en frequente afwezigheid wegens ziekte tot het aanstellen van een vervanger is overgegaan. Tussen partijen staat immers wel vast dat de goede invulling van de functie van salesmanager cruciaal is voor de continuïteit van het bedrijf. Inmiddels lijkt het tij voor wat betreft de gezondheid van werkneemster ten goede gekeerd en heeft zij enkele maanden geleden aangeboden het werk te hervatten. Van dit aanbod heeft Sushi Ran eerst per 1 juli 2017, na het aanspannen van de onderhavige procedure, gebruik gemaakt. Naar het oordeel van de kantonrechter kan werkneemster jegens Sushi Ran aanspraak maken op werk dat qua verantwoordelijkheid en uitstraling, intern en extern, te vergelijken is met het werk dat zij voor de uitval van ziekte deed. Dat is niet het werk waarop zij sinds 3 juli 2017 wordt ingezet. De kantonrechter gelast Sushi Ran om werkneemster uiterlijk 15 augustus 2017 toe te laten tot het verrichten van haar werkzaamheden als salesmanager.

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 24-07-2017

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2017:8373

Zaaknummer: 6005473 \ CV EXPL 17-2421

Rechters: E.J. van der Molen

Advocaten: G.M. Gerdes en J.P.W. van Bohemen

Wetsartikelen: 7:66o BW en 7:611 BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/werkgever

Kwalificatie van de arbeidsovereenkomst. Een affectieve relatie tussen werkgever en werknemer brengt in de regel afwezigheid van een gezagsverhouding met zich. Verzoek om vernietiging van de opzegging en doorbetaling van loon afgewezen.

Feiten

A is op 12 oktober 2015 bij werkgever X (hierna: X) in dienst getreden in de functie van beveiligster. Enige tijd voordat zij bij X in dienst is getreden, heeft zij een affectieve relatie met X gekregen. Vanaf 2016 voerde werkneemster in opdracht van X beveiligingsdiensten uit bij diverse opdrachtgevers. Op 21 januari 2017 is de affectieve relatie tussen partijen geëindigd. Vervolgens is A te kennen gegeven dat zij in de toekomst niet meer ingeroosterd zou worden. A kan zich niet verenigen met het ontslag op staande voet en verzoekt de kantonrechter thans de opzegging te vernietigen. Daarnaast verzoekt zij doorbetaling van het loon, te vermeerderen met wettelijke verhoging en wettelijke rente. X beroept zich op zijn beurt op de stelling dat tussen partijen nimmer een arbeidsovereenkomst heeft bestaan, omdat hij geen werknemers in dienst heeft en voor het uitvoeren van beveiligingsdiensten gebruik maakt van een payroll-/uitzendonderneming.

Oordeel

Kwalificatie van de arbeidsovereenkomst

De kantonrechter stelt voorop dat gesteld noch gebleken is dat partijen zich schriftelijk hebben verbonden dan wel mondelinge afspraken hebben gemaakt waaruit volgt dat zij een arbeidsovereenkomst hebben willen sluiten. Bij de beantwoording van de vraag of tussen partijen een arbeidsovereenkomst heeft bestaan, moet worden getoetst of voldaan is aan de criteria die gelden voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst als vervat in artikel 7:610 lid 1 BW. Er dient sprake te zijn van arbeid, tegen loon, gedurende zekere tijd, op basis van een gezagsverhouding. In dit verband oordeelt de kantonrechter als volgt.

Gezagsverhouding

Binnen de context van een affectieve relatie, die zich in het onderhavige geval ook nog eens uitte in het voeren van een gezamenlijke huishouding, zal in de regel geen sprake zijn van een gezagsverhouding. In dit verband kunnen slechts bijzondere omstandigheden leiden tot een andersluidend oordeel. Deze zijn naar het oordeel van de kantonrechter echter niet gesteld en niet gebleken.

Loon

Ten aanzien van het loon heeft naar het oordeel van de kantonrechter te gelden dat niet is komen vast te staan dat A daarop aanspraak heeft gemaakt. X heeft nimmer salaris aan A betaald, terwijl zij ook geen loonvordering tegen het uitblijven daarvan heeft ingesteld. Eveneens is van betekenis dat het uitblijven van loon kennelijk voor A geen aanleiding is geweest haar (beweerdelijke) werkzaamheden te staken. Gelet hierop kan niet worden geoordeeld dat A heeft gehandeld als werknemer die onbetwist wel in dienstbetrekking werkzaam zou zijn. Een dergelijke werknemer zou immers een loonvordering hebben ingesteld dan wel de werkzaamheden hebben gestaakt totdat betaling van het loon zou worden hervat. Voorts acht de kantonrechter van belang dat A bij X heeft gewoond en dat hij degene was die de kosten voor dagelijkse boodschappen voor zijn rekening nam, middels terbeschikkingstelling van zijn bankpas aan A. Anders dan A, beschouwt de kantonrechter deze betalingen niet als loon in de zin van artikel 7:610 lid 1 BW, daar zij niet waren gerelateerd aan het aantal (beweerdelijk) gewerkte uren. De conclusie luidt dat niet kan worden aangenomen dat tussen partijen een arbeidsovereenkomst heeft bestaan. Het verzoek tot vernietiging van de opzegging en doorbetaling van loon is derhalve niet toewijsbaar.

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 19-07-2017

Zaaknummer: 5822589 \ HA VERZ 17-59 \ 474 \ 31810

RECHTSPRAAK

werkgever/werkneemster

Verzoek van werkgever om ontbinding van de arbeidsovereenkomst van een commercieel administratief medewerker toegewezen op basis van een verstoorde arbeidsverhouding.

Feiten

Werkneemster is op 26 augustus 2013 in dienst getreden in de functie van commercieel administratief medewerker. In de arbeidsovereenkomst is een geheimhoudingsbeding overeengekomen. De activiteiten van het bedrijf bestaan uit onder meer het trainen en stallen van dressuurpaarden. De heer A is eigenaar en algemeen directeur. Werkgever verzoekt de arbeidsovereenkomst te ontbinden primair op basis van de e-grond en subsidiair de g-grond. Aan dit verzoek legt werkgever het volgende ten grondslag. In 2016 heeft A onderzoek gedaan in de administratie van het bedrijf en naar het functioneren van werkneemster. Gebleken is dat werkneemster diverse fouten heeft gemaakt. Werkneemster heeft klanten, leveranciers en personeel geïnformeerd over de beweerdelijk slechte financiële situatie van werkgever. Voorts heeft werkneemster over de maand mei 2016 geen salaris aan collega's uitbetaald, maar wel vakantiegeld aan haarzelf uitgekeerd. In juni 2016 heeft een gesprek plaatsgevonden waarin actiepunten zijn besproken en is vastgesteld dat werkneemster kennelijk een tweetal eerder gemaakte afspraken niet is nagekomen.

Oordeel

E-grond

De enige concrete fout in het overzicht van de werkgever is de tabel waaruit zou volgen dat werkneemster mogelijk een foutief btw-bedrag aan stallingskosten in rekening heeft gebracht. Veronderstellenderwijs evenwel aangenomen dat er door werkneemster meer of andere fouten zijn gemaakt, dan rechtvaardigt dit niet aanstonds de conclusie dat zij hiermee verwijtbaar heeft gehandeld als bedoeld in artikel 7:669 lid 3 onderdeel e BW. Dit klemmt temeer, nu niet is gesteld of gebleken dat werkneemster op enig moment is aangesproken op door haar gemaakte fouten, hetgeen toch in de rede had gelegen als er fouten zouden zijn

gemaakt die als verwijtbaar handelen of nalaten moeten worden bestempeld. De kantonrechter stelt voorts vast dat niet is onderbouwd en aannemelijk gemaakt dat werkneemster klanten en leveranciers informatie heeft verstrekt. Uit de inhoud van de door werkneemster gestuurde e-mails van november 2016 blijkt dat het juist de leveranciers zijn geweest die aan de bel hebben getrokken omdat zij niet betaald kregen. Van een schending van de geheimhouding als bedoeld in de arbeidsovereenkomst is dan ook geen sprake. Werkgever heeft gesteld dat werkneemster over de maand mei 2016 geen salaris aan collega's heeft betaald, maar wel aan zichzelf vakantiegeld heeft uitgekeerd. Dit is door werkneemster gemotiveerd betwist. Zo de stelling al juist zou zijn, dan zou dit hooguit de kwalificatie 'niet collegiaal' verdienen, maar omdat werkneemster recht had op uitbetaling van het vakantiegeld valt niet in te zien dat zij verwijtbaar handelt door dit geld aan haar uit te keren. Uit het voorgaande volgt dat naar het oordeel van de kantonrechter geen sprake is van verwijtbaar handelen door werkneemster, zodanig dat van werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Het verzoek tot ontbinding op die grond zal daarom worden afgewezen.

G-grond

Tussen partijen staat wel vast dat sprake is van een verstoorde arbeidsverhouding. Werkneemster heeft al in februari 2017 aangegeven dat zij niet terug wilde naar het bedrijf van werkgever en, mede gezien de verdere ontwikkelingen hierna, kan van werkgever in redelijkheid niet worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Het verzoek om de arbeidsovereenkomst op basis van de g-grond te ontbinden zal daarom worden toegewezen.

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 11-07-2017

Zaaknummer: 6055145 HA VERZ 17 - 47

RECHTSPRAAK

Masis CBM B.V./werknemer

Matiging van het concurrentiebeding en het bijbehorende boetebeding.

Feiten

Werknemer is in 2012 op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd bij het toen nog als eenmanszaak geëxploiteerde Masis in dienst getreden, in de functie van assistent-bewindvoerder/mentor. In de arbeidsovereenkomst is een concurrentie/relatie- en boetebeding opgenomen. Bij brief van 20 november 2012 heeft Masis werknemer meegedeeld dat zijn arbeidsovereenkomst is verlengd tot en met 28 november 2014. Tevens is vermeld dat deze brief een aanvulling is op de bestaande arbeidsovereenkomst en dat de overige arbeidsvoorwaarden ongewijzigd blijven. Bij brief van 1 december 2014 heeft Masis werknemer meegedeeld dat zijn arbeidsovereenkomst is omgezet naar een contract voor onbepaalde tijd. Ook in deze brief is vermeld dat het een aanvulling is op de bestaande arbeidsovereenkomst en dat de overige arbeidsvoorwaarden ongewijzigd blijven. Bij brief van 16 juli 2014 heeft Masis werknemer bericht dat per 27 juni 2014 de rechtsvorm van het bedrijf is gewijzigd in die van een BV en dat met deze wijziging alle rechten en plichten zijn overgegaan naar de nieuwe BV. In maart 2017 heeft werknemer zijn arbeidsovereenkomst opgezegd, onder de mededeling dat hij voornemens is bij Senturra Bewindvoering te gaan werken. In eerste aanleg heeft werknemer schorsing van het concurrentie- en het boetebeding gevorderd. De kantonrechter heeft bij vonnis van 17 mei 2017 de vorderingen van werknemer toegewezen, overwegende dat het concurrentiebeding in 2012 noch in 2014 opnieuw schriftelijk is overeengekomen omdat de oude arbeidsovereenkomst niet bij de verlengingsbrieven was gevoegd en werknemer evenmin uitdrukkelijk heeft verklaard dat hij met het concurrentiebeding heeft willen instemmen. Masis heeft tegen dit vonnis hoger beroep ingesteld.

Oordeel

Het hof oordeelt als volgt.

Het schriftelijkheidsvereiste

Werknemer heeft betoogd dat dit beding in feite reeds in 2012 was uitgewerkt, omdat het bij de voortzetting van de overeenkomst voor bepaalde tijd niet opnieuw schriftelijk is overeengekomen. Masis grieft terecht tegen dit oordeel. Volgens vaste jurisprudentie is een eenmaal overeengekomen schriftelijk concurrentiebeding ook geldig voor opeenvolgende verlengingsovereenkomsten die, al dan niet stilzwijgend, onder gelijkblijvende voorwaarden zijn gesloten. Uit het arrest Philips/Oostendorp kan geen andersluidende conclusie worden getrokken. Het hof gaat er voorts voorshands van uit dat sprake is van een inbreng van de onderneming in de nieuwe bv en dat daarmee sprake is van een overgang van onderneming in de zin van thans artikel 7:663 BW, in welk geval het concurrentiebeding wel van rechtswege mee overgaat. Werknemer heeft tevens betoogd dat het concurrentiebeding zijn geldigheid zou hebben verloren omdat het zwaarder op hem is gaan drukken nadat hij was bevorderd tot bewindvoerder/mentor. Het hof verwerpt ook deze stelling. Werknemer heeft een carrièrestap gemaakt die bij het aangaan van de eerste overeenkomst al was voorzien, nu daarin immers was opgenomen dat het de intentie was om door te groeien naar de functie van bewindvoerder/mentor. In een dergelijk geval hoeft een concurrentiebeding niet opnieuw te worden overeengekomen. Het hof komt vooralsnog dan ook tot de conclusie dat het concurrentiebeding geldig was op het moment dat werknemer kenbaar maakte naar Senturra te willen overstappen.

De geldigheid van het boetebeding

Werknemer heeft voorts betoogd dat het aan het concurrentiebeding gekoppelde boetebeding van artikel 12 van de arbeidsovereenkomst nietig zou zijn wegens strijd met artikel 7:651 BW omdat de arbeidsovereenkomst cumulatief van boete en werkelijke schade mogelijk maakt. Het hof overweegt dat uit het arrest Ghisyawan/Lan-Alyst volgt dat voor de boetebepaling het voor de werkgever minder stringente regime van de artikelen 6:91-6:94 BW geldt. Hieruit volgt dat artikel 12 geldig is, voor zover het ziet op het concurrentiebeding.

Matiging van het concurrentie/relatiebeding en het bijbehorende boetebeding

Het hof acht het argument dat Masis werknemer heeft opgeleid tot bewindvoerder/mentor van weinig gewicht. Een werkgever dient in de vakbekwaamheid en employability van zijn werknemers te investeren. Een concurrentiebeding is niet bedoeld om dergelijke investeringen in opleiding veilig te stellen. Daarvoor dient het studiekostenbeding. Het hof is van oordeel dat er een grote kans bestaat dat de bodemrechter het concurrentiebeding zal matigen tot een relatiebeding teneinde de verdere carrièrestap van werknemer mogelijk te maken. Juist nu er bij wettelijke bescherming van meerderjarigen maar één instantie is die curatoren, bewindvoerders en mentoren benoemt, valt niet in te zien dat een relatiebeding moeilijk afdwingbaar is. Het hof ziet in een en ander aanleiding om het concurrentiebeding te

matigen in een relatiebeding voor de duur van een jaar vanaf de datum van dit arrest in die zin dat het werknemer verboden is om bestaande cliënten van het kantoor van Masis op enigerlei wijze bij te staan, dan wel relaties van kantoor Masis aan te zetten om cliënten van Masis over te hevelen naar Senturra, alles op straffe van verbeurte van een boete van € 5000 per overtreding met een maximum van € 100.000.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 22-08-2017

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2017:7282

Zaaknummer: 200.217.364/01

Rechters: J.H. Kuiper, W.P.M. ter Berg en M.E.L. Fikkers

Advocaten: E.J. Luursema en B. van Dijk

Wetsartikelen: 7:653 BW

ANNOTATIE

Het Nederlandse stakingsrecht en de vrijheid van vestiging: de ultimum-remediumtoets in volle glorie hersteld

prof. mr. dr. F.G. Laagland

1 Inleiding

De Europese Unie is van oudsher gebaseerd op economische vrijheden en vrije mededinging. Het arbeidsrecht was bij de oprichting van de toenmalige Europese Economische Gemeenschap in 1958 geen onderdeel van het Europese project. Met het Verdrag van Maastricht in 1993 hebben de lidstaten aan Europa een aantal wetgevende bevoegdheden op het terrein van het arbeidsrecht overgedragen (nu art. 153 VWEU), maar het blijkt in de praktijk lastig om binnen de Raad de vereiste unanimiteit of gekwalificeerde meerderheid te bereiken. Met de uitbreidingen van de Europese Unie in 2004 en 2007 zijn de tegenstellingen tussen de lidstaten enkel toegenomen. De totstandkoming van één Europees arbeidsrecht ligt dan ook niet voor de hand. De harmonisatie is beperkt tot de herstructureringsrichtlijnen uit de jaren zeventig, gelijke behandeling, gezondheid en veiligheid op het werk en medezeggenschap (de zogenoemde positieve integratie). Voor de overige onderwerpen is het aan de lidstaten om wetgeving op te stellen. Het Europese recht is daarmee echter niet van het toneel verdwenen. De laatste jaren neemt het Europese recht langzaam maar steeds meer bezit van het nationale arbeidsrecht. Dit gebeurt via de rechtspraak van het Hof van Justitie (hierna ook Hof): arbeidsrechtelijke regels worden getoetst aan de verkeersvrijheden en bij een schending buiten toepassing gesteld (ook wel negatieve integratie genoemd). Het arrest *Viking* uit 2007 leverde het bewijs dat het nationale arbeidsrecht geen immuniteit geniet waar het de verkeersvrijheden betreft (HvJ 11 december 2007, zaak C-438/05, ECLI:EU:C:2007:772). In het kader van de vrijheid van vestiging onderwierp het Hof van Justitie het stakingsrecht aan strikte beperkingen. Het stakingsmiddel kon kort gezegd slechts worden ingezet als ultimum remedium. Het arrest leidde tot verontwaardigde reacties onder arbeidsrechtjuristen. Het effect van het arrest op het Nederlandse stakingsrecht bleek echter nihil. Er is voor zover mij bekend geen uitspraak waarin een Nederlandse rechter naar *Viking* verwijst. Dat is op zichzelf niet vreemd. De Europese verkeersvrijheden vereisen een grensoverschrijdend element en de meeste stakingen in Nederland spelen zich binnen de Nederlandse rechtssfeer af. Althans, dat

is wat het lijkt. De realiteit blijkt weerbarstiger. Het arrest *AGET Iraklis* van december 2016 laat zien dat vrij eenvoudig aan het grensoverschrijdende element is voldaan waar het om de vrijheid van vestiging gaat (HvJ 21 december 2016, zaak C-201/15, ECLI:EU:C:2016:972, AR 2016-1492).

Hoewel *AGET Iraklis* betrekking heeft op het collectieve ontslagrecht, heeft het arrest vanwege de uitleg van het grensoverschrijdende element consequenties voor het Nederlandse stakingsrecht. Het Hof van Justitie hanteerde in het arrest *Viking* een andere toetsingsnorm dan dat de Hoge Raad deed in de arresten *Enerco* en *Amsta*. Dat een stakingsgeschil eerder onder de vrijheid van vestiging valt, heeft daarom gevolgen voor het Nederlandse stakingsrecht. Saillant is de vraag hoe en wanneer de benadering van de Hoge Raad opzij kan worden gezet met een beroep op de vrijheid van vestiging. Deze vraag komt samen met een bespreking van het arrest *AGET Iraklis* aan de orde in de paragrafen 2 en 3. Een ander aspect dat aandacht verdient, is de houdbaarheid van arresten van het Hof van Justitie. Het arrest *Viking* is tien jaar geleden geweest. Inmiddels is een en ander veranderd. Het Verdrag van Lissabon is in werking getreden. Dit verdrag schenkt meer dan voorheen aandacht aan sociale aspecten en regelt dat de Europese Unie zal toetreden tot het EVRM. Het Hof heeft sindsdien in een aantal arresten een zekere beoordelingsvrijheid aan de lidstaten gegund op sociaaleconomisch terrein. Ook op dit punt is het arrest *AGET Iraklis* interessant. In paragraaf 4 wordt besproken in hoeverre het Hof van Justitie tegenwoordig meer dan in *Viking* acht slaat op de soevereiniteit van lidstaten. Anders geformuleerd en in vraagvorm: zou de uitkomst in *Viking* in 2017 nog dezelfde zijn? De annotatie sluit af met een conclusie in paragraaf 5.

2 Het uitdijende bereik van de vrijheid van vestiging

Sinds het befaamde arrest *Van Gend en Loos* uit 1963 komt aan particulieren een direct beroep toe op de verkeersvrijheden, waaronder ook de vrijheid van vestiging valt (HvJ 5 februari 1963, zaak C-26/62, ECLI:EU:C:1963:1). Dit betekent niet dat alle nationale regels aan de verkeersvrijheden zijn onderworpen. Het moet gaan om regels die direct of indirect discrimineren of die beperkingen opwerpen voor de intracommunautaire handel. De laatste categorie omvat regels zonder enig discriminerend effect die de uitoefening van de verkeersvrijheden kunnen belemmeren of minder aantrekkelijk kunnen maken (zie o.a. HvJ 15 december 1995, zaak C-415/93, ECLI:EU:C:1995:463 (*Bosman*)). Deze ruime benadering brengt het nationale arbeidsrecht vrij eenvoudig binnen het bereik van de verkeersvrijheden. Arbeidsrechtelijke regels als zodanig leggen immers beperkingen op aan de totstandkoming van de interne markt. Dit geldt vooral voor lidstaten met een relatief hoog niveau aan werknemersbescherming, zoals Nederland. Buitenlandse bedrijven kunnen met een beroep op de vrijheid van vestiging trachten Nederlands arbeidsrecht buiten toepassing te stellen met het argument dat het hoge niveau aan werknemersbescherming hen belemmert zich in

Nederland te vestigen en aldaar hun bedrijfsactiviteiten te ontplooiën. Dit geldt niet alleen voor wetgeving maar ook voor collectief privaatrechtelijk handelen, zo leert het arrest *Viking*. De staking van de vakbond(en) was gericht op een behoud van arbeidsplaatsen en arbeidsvoorwaarden. De stelling was dat de staking het voor de Finse vennootschap minder aantrekkelijk en zelfs zinloos maakte een van haar schepen om te vlaggen van het Finse naar het arbeidsrechtelijk meer gunstige Letse recht. Daarmee was de belemmering gegeven, aldus het Hof van Justitie.

In *Viking* ging het om de vrijheid van een vennootschap een van haar schepen naar een andere lidstaat om te vlaggen. De vrijheid van vestiging is veel omvangrijker. Het houdt tevens de vrijheid in om de aard en de omvang te bepalen van de bedrijfsactiviteit die in de lidstaat van ontvangst wordt ontplooid. Zo ging het in het arrest *AGET Iraklis* over de keuze van een Griekse vennootschap om de bedrijfsactiviteiten, en in het verlengde daarvan, het aantal werknemers te reduceren. Het Griekse arbeidsrecht bepaalde dat een collectief ontslag waarbij geen overeenstemming was bereikt met de vakbonden, voorafgaande toestemming vereiste van de minister van Sociale Zaken. Het Hof van Justitie kwalificeerde de Griekse wetgeving als een substantiële inmenging van de vrijheid van vestiging omdat de regels raakten aan een fundamentele beslissing inzake het voortbestaan van de onderneming. Dat was op zich nog niet zo verrassend. Verrassend was wel de overweging van het Hof inzake het grensoverschrijdende element. Naast een belemmering is een grensoverschrijdend element nodig om nationale regels onder het bereik van de vrijheid van vestiging te brengen. In *Viking* bestond hierover geen discussie: de vennootschap wilde een van haar schepen verplaatsen van Finland naar Letland. De situatie was minder eenduidig in *AGET Iraklis* waar het ging om een Griekse vennootschap die op basis van Grieks recht wilde overgaan tot een collectief ontslag van Griekse werknemers. Een puur interne kwestie zo leek het. Het Hof oordeelde anders. Dat de meerderheid van de aandelen in de Griekse vennootschap werd gehouden door een Franse vennootschap, voldeed als grensoverschrijdend element.

Wat maakt deze redenering opzienbarend? Het is vaste rechtspraak dat het grensoverschrijdende element wordt bepaald aan de hand van geografische aspecten. Met andere woorden, de casus (het geschil) moet een feitelijke link hebben met meer dan één lidstaat. De eis van een grensoverschrijdend element is logisch: de verkeersvrijheden zijn gericht op de totstandkoming van de interne markt en, in het verlengde daarvan, het elimineren van belemmeringen van het vrije verkeer tussen lidstaten. Interne kwesties vallen buiten het bereik van de verkeersvrijheden en daarmee buiten de bevoegdheid van het Hof. In de zaak *AGET Iraklis* had het geschil als zodanig geen geografische link met een andere lidstaat. Hoewel de feiten doen vermoeden dat de reorganisatie vanaf boven aan de Griekse vennootschap is opgelegd (zie punt 14 arrest), lijkt het Hof aan dit aspect geen relevantie toe

te kennen. Ook A-G Wahl vindt voldoende dat de meerderheid van de aandelen in de Griekse vennootschap worden gehouden door een buitenlandse EU-vennootschap (zie punt 48 conclusie A-G). Interessant is ook dat de Franse moedervernootschap geen partij was in de procedure. Sterker nog, het was zelfs niet de moedervernootschap die een beroep op de vrijheid van vestiging deed. Desondanks koppelt het Hof het grensoverschrijdende element aan de Franse moedervernootschap. Om de vrijheid van vestiging te activeren is kennelijk voldoende dat een vennootschap een buitenlandse moeder heeft binnen de Europese Unie die door de nationale regels een belemmering van haar vrijheid van vestiging ondervindt. Er vindt dus een onderscheid plaats tussen degene wiens grensoverschrijdende actie de vrijheid van vestiging activeert (de Franse moedervernootschap) en degene die aan de vrijheid van vestiging rechten ontleent (de Griekse dochtervennootschap). Een soortgelijke ontwikkeling is ook zichtbaar met betrekking tot de vrijheid van werknemers. In het arrest *Erzberger/TUI* stond het Hof toe dat een aandeelhouder een beroep deed op het vrije verkeer van werknemers terwijl hij niet als werknemer te beschouwen was (HvJ 18 juli 2017, zaak C-566/15, ECLI:EU:C:2017:562, AR 2017-0930 m.nt. Zaal in *JAR* 2017/208). De aandeelhouder had daardoor de mogelijkheid het Duitse Mitbestimmungsgesetz ter toetsing aan het Hof van Justitie voor te leggen.

De benadering in het arrest *AGET Iraklis* heeft het bereik van de vrijheid van vestiging op het Nederlandse stakingsrecht aanzienlijk verruimd. Waar eerder werd gedacht dat een staking slechts onder de vrijheid van vestiging viel als de bestaakte werkgever in het buitenland was gevestigd of zich naar een andere lidstaat wilde verplaatsen, blijkt voor het grensoverschrijdende element nu voldoende dat de meerderheid van de aandelen van de bestaakte werkgever in handen van een buitenlandse EU-vennootschap is. Eén aspect verdient in dat opzicht nog aandacht. Men zou kunnen stellen dat het Hof anders aankijkt tegen een staking gericht op een vennootschap die zich wil verplaatsen naar een andere lidstaat (zoals speelde in *Viking*) en een staking gericht op een vennootschap die (zonder zich te verplaatsen) wil overgaan tot gedwongen ontslagen of bijvoorbeeld weigert in te gaan op de eis tot verbetering van arbeidsvoorwaarden. Richt de staking zich tegen een concernbesluit tot reorganiseren dat (onder meer) op Nederlands niveau wordt uitgevoerd, dan is duidelijk dat de buitenlandse EU-moeder wordt belemmerd in de uitoefening van haar bedrijfsactiviteiten in Nederland. Minder zeker ben ik indien de buitenlandse moeder niets met het stakingsgeschil te maken heeft. Denk bijvoorbeeld aan een staking met als doel een verbetering van arbeidsvoorwaarden van de Nederlandse werknemers. Ik verwacht dat de staking ook dan de toegang tot de Nederlandse markt ongunstig beïnvloedt. Ook in *AGET Iraklis* hechtte het Hof immers weinig tot geen waarde aan het feit dat het collectieve ontslag onderdeel uitmaakte van een breder concernbesluit.

3 Europees en nationaal stakingsrecht: de eis van ultimum remedium

De combinatie van een belemmering en een grensoverschrijdend element brengt arbeidsrechtelijke regelgeving binnen het bereik van de vrijheid van vestiging en maakt het Hof van Justitie bevoegd. Hiermee is niet gezegd dat ook sprake is van een schending. Indirect discriminerende maatregelen en maatregelen die de uitoefening van de vrijheid van vestiging minder aantrekkelijk maken, kunnen gerechtvaardigd zijn door een legitiem doel. Het Hof van Justitie heeft werknemersbescherming geaccepteerd als legitieme doelstelling. Reden is dat de Europese Unie niet alleen een economische maar ook een sociale doelstelling kent (zie art. 3 lid 3 VEU en art. 9, 147 en 151 VWEU). Een lidstaat kan echter niet volstaan met het noemen van werknemersbescherming. In het arrest *Viking* stelde het Hof dat werknemersbescherming enkel als legitiem doel kon gelden indien daadwerkelijk arbeidsplaatsen of arbeidsvoorwaarden op het spel stonden althans ernstig in gevaar waren. Betekent dit dat werknemersbescherming geen legitiem doel is als het gaat om een staking gericht op een verbetering van arbeidsvoorwaarden? De arbeidsvoorwaarden zijn dan immers niet ernstig in gevaar. Deze conclusie gaat mij te ver. De overweging van het Hof moet worden gelezen in de context van de casus. De eis van de vakbond zag op een behoud van arbeidsplaatsen en arbeidsvoorwaarden na de verplaatsing van het ferryschip naar Letland en *Viking* stelde dat zij daartoe een toezegging had gedaan. In dat geval kan de staking niet met een beroep op werknemersbescherming worden gerechtvaardigd: de vakbond krijgt wat zij eist. De situatie is anders als de werkgever niet akkoord gaat met de eisen van de vakbond. In dat geval verwacht ik dat het Hof werknemersbescherming als legitieme doelstelling voor de staking accepteert, ook indien de eis van de vakbond is gericht op een verbetering van arbeidsvoorwaarden.

Doorgaans zal de vakbond met een staking dus een legitiem doel nastreven. Of de staking als belemmering van de vrijheid van vestiging is te rechtvaardigen, is daarmee afhankelijk van de proportionaliteitstoets. Deze toets houdt in dat de staking geschikt moet zijn om het legitieme doel te bereiken en niet verder gaat dan noodzakelijk is (HvJ 30 november 1995, zaak C-55/94, ECLI:EU:C:1995:411 (*Gebhard*)). De geschiktheid ziet op de relatie tussen middel en doel. Een staking is een middel om werknemersbescherming te realiseren. Hier verwacht ik geen problemen. Dat ligt anders bij de noodzakelijkheid. Dit criterium vereist dat de minst beperkende maatregel wordt gekozen. Deze toets ligt lastig in het 'Europese arbeidsrecht'. Over wat Nederland noodzakelijk acht, hoeven andere lidstaten niet hetzelfde te denken. Bovendien bestaan binnen de Europese Unie zeer uiteenlopende visies op de mate waarin werknemers tegen de doorgaans economisch sterkere werkgever moeten worden beschermd. De balans tussen ondernemersvrijheid en werknemersbescherming is een politieke keuze waarover per lidstaat verschillend wordt gedacht. Anders gezegd, er is altijd wel een lidstaat die economisch beschouwd minder belastende maatregelen hanteert. In dat licht zou men

kunnen stellen dat het Hof in de beoordeling van het noodzakelijkheids criterium enige terughoudendheid in acht moet nemen (zie hierna paragraaf 4). Voor die benadering koos het Hof niet in *Viking*. Hoewel het Hof overwoog dat de uiteindelijke beslissing bij de nationale rechter lag, gaf het duidelijke aanwijzingen voor de toepassing van het noodzakelijkheids criterium: het stakingsmiddel dient te gelden als ultimum remedium. Indien de minder belastende middelen niet zijn uitgeput, is de staking een onrechtmatige belemmering van de vrijheid van vestiging. Hier komt bij dat het aan de vakbond – als de partij die een beroep op de rechtvaardigingsgrond doet – is om te bewijzen dat aan het noodzakelijkheids criterium is voldaan.

Lange tijd gold in Nederland een soortgelijke benadering. De rechtspraak eiste tot 2015 dat een staking aan bepaalde zwaarwegende procedureregels voldeed (HR 30 mei 1986, NJ 1986/688 (NS)). Daaronder viel onder meer de ultimum-remediumtoets: een door artikel 6 lid 4 Europees Sociaal Handvest (ESH) gedekte staking was slechts rechtmatig als het stakingsmiddel als uiterste redmiddel was ingezet. Met de arresten *Enerco* en *Amsta* is de Hoge Raad een andere koers gaan varen (HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3077, AR 2014-0914 resp. HR 19 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1687, AR 2015-0568, met recente bespreking van R.A.A. Duk in *ArA* 2017/2). Hoewel het in *Enerco* nog wat omslachtig werd geformuleerd, maakte de Hoge Raad in *Amsta* duidelijk dat de procedureregels, waaronder de ultimum-remediumtoets, hun zelfstandigheid hadden verloren. Sindsdien vormt de ultimum-remediumtoets een gezichtspunt bij de beoordeling van de vraag of de vakbond op grond van een afweging van alle omstandigheden van het geval in redelijkheid tot de collectieve actie had kunnen komen (art. 6 ESH jo. art. 6:162 BW). Hierbij geldt dat een beperking of verbod slechts kan worden opgelegd wanneer dat maatschappelijk gezien dringend noodzakelijk is, hetgeen aan de werkgever is om te bewijzen. Deze benadering heeft het belang van de ultimum-remediumtoets afgezwakt, althans in puur nationale gevallen. Zodra het stakingsgeschil binnen het bereik van de vrijheid van vestiging valt (zie paragraaf 2), rust op de Nederlandse rechter de plicht om het arrest *Viking* in zijn beoordeling te betrekken. Nu het Hof van Justitie geen onderscheid tussen type actievorm maakt, betekent dit concreet dat de ultimum-remediumeis in al zijn glorie herleeft. De vrijheid van vestiging biedt werkgevers daarmee een krachtig middel om de rechter te bewegen premature stakingen onrechtmatig te verklaren puur vanwege het feit dat minder beperkende middelen, zoals overleg en bemiddeling, niet zijn uitgeput.

Wat nu als de nationale rechter het arrest *Viking* niet in zijn beoordeling betreft? In dat geval riskeert Nederland aansprakelijkheid wegens de kennelijke schending van een inhoudelijk EU-voorschrift (HvJ 30 september 2003, zaak C-224/01, ECLI:EU:C:2003:513 (*Köbler*)). In deze situatie schendt de rechter de vrijheid van vestiging. Daarbij is wel vereist dat het gaat om een

beslissing in de hoogste instantie, waartegen geen rechtsmiddel meer openstaat. Nederland zou als verweer kunnen stellen dat de Nederlandse rechter invulling geeft aan het ESH. Het Europees Comité van Sociale Rechten van het ESH heeft herhaaldelijk geconcludeerd dat het feit dat de rechter bepaalt of een staking prematuur is, inbreuk maakt op de wezenlijke inhoud van het stakingsrecht. De rechter treedt daarmee in het voorrecht van de vakbonden om te bepalen of het inzetten van een staking noodzakelijk is, aldus het Comité. Dit verweer zal Nederland in Europa echter niet baten. De Europese Unie is geen lid van het ESH en houdt daarmee in zijn rechtspraak dan ook geen rekening. Dit heeft tot gevolg dat Nederland in stakingsgeschillen die vallen binnen het bereik van de vrijheid van vestiging ofwel het Europese recht ofwel het ESH schendt. Nu de oordelen van het Europees Comité van Sociale Rechten formeel geen dwingende rechtskracht hebben, lijkt mij de keuze snel gemaakt. Dit ligt anders bij het EVRM. Het stakingsrecht wordt ook op basis van het EVRM erkend (zie o.a. EHRM 12 november 2008, 34503/97, EHRC 2009/4 (*Demir en Baykara*); EHRM 21 april 2009, 68959/01, EHRC 2009/96 (*Enerji*)). Het EVRM heeft een aanzienlijk sterkere positie in het Unierecht dan het ESH en die positie zal enkel toenemen na toetreding van de Europese Unie tot het EVRM. Het is echter niet duidelijk hoe het EHRM tegen de ultimatum-remedieis aankijkt en, belangrijker, welke beslissingsruimte het EHRM aan het Hof van Justitie na toetreding zal bieden in het licht van onder meer de vrijheid van vestiging (zie over het onderwerp ook: V. Velyvyte, 'The right to strike in the EU after accession tot the ECHR: a practical assessment', in: M. Freedland & J. Prassl, *Viking, Laval and Beyond*, Oxford: Hart Publishing 2015, p. 75-94).

4 Viking tien jaar later

Inmiddels is bijna tien jaar verstreken nadat het Hof van Justitie het arrest *Viking* wees. Dat brengt mij tot de vraag of het oordeel van het Hof in 2017 nog hetzelfde zou zijn. Hoewel vanuit de arbeidsrechtelijke wereld kritiek is geleverd op het feit dat het Hof het stakingsrecht toetste aan de vrijheid van vestiging, verwacht ik niet dat op dit punt een verandering is opgetreden. Het Hof heeft vaker geoordeeld dat grondrechten niet buiten het bereik van de verkeersvrijheden staan. Bovendien heeft A-G Trstenjak na het arrest *Viking* in een conclusie geadviseerd tot een ander (in haar ogen meer gelijkwaardig) toetsingskader voor het geval verkeersvrijheden en grondrechten met elkaar in botsing komen (Conclusie 14 april 2010, zaak C-271/08, ECLI:EU:C:2010:183 (*Commissie/Duitsland*), punten 179-199). Het Hof van Justitie gaf aan dit advies evenwel geen gehoor (HvJ 15 juli 2010, zaak C-271/08, ECLI:EU:C:2010:426 (*Commissie/Duitsland*)). Ik denk bij een eventuele koerswijziging dan ook vooral aan de wijze waarop het Hof in het arrest *Viking* invulling gaf aan de proportionaliteitstoets, meer concreet het noodzakelijkheids criterium. Doordat het stakingsmiddel enkel als laatste redmiddel kon worden ingezet, bepaalde het Hof zeer concreet hoe de vrijheid van vestiging en het nationale

stakingsrecht zich tot elkaar verhouden. Het Hof van Justitie gunde de lidstaten geen beoordelingsvrijheid. Is de vrijheid van vesting in het geding, dan is *Viking* de norm die lidstaten hebben te respecteren.

De benadering van het Hof in *Viking* knelt met de institutionele structuur die aan de bevoegdheidsverdeling tussen de Europese Unie en de lidstaten ten grondslag ligt. Zoals uit de inleiding van dit artikel blijkt, valt het arbeidsrecht nog veelal binnen de competentie van de lidstaten. Dit geldt voor het stakingsrecht in het bijzonder aangezien dit onderwerp expliciet aan de bevoegdheid van de Europese wetgever is ontnomen (art. 153 lid 5 VWEU). Bovendien bepaalt artikel 5 lid 4 VEU dat *'krachtens het evenredigheidsbeginsel de inhoud en de vorm van het optreden van de Unie niet verder gaan dan wat nodig is om de doelstellingen van de Verdragen te verwezenlijken'*. Deze bepaling geldt voor alle Europese instituties waaronder ook het Hof van Justitie valt (zie art. 1 Protocol betreffende de toepassing van de beginselen van subsidiariteit en evenredigheid, 12009M/PRO/02). Op basis hiervan kan worden betoogd dat het Hof een terughoudende toetsing in acht moet nemen waar het nationale arbeidsrechtelijke maatregelen betreft. Het is de taak van het Hof om de buitengrenzen van het nationale arbeidsrecht vast te stellen: daar waar nationaal optreden raakt aan de kern respectievelijk de essentie van de verkeersvrijheden. Voor het overige zou het Hof van Justitie de diversiteit op het terrein van het arbeidsrecht moeten respecteren. Een soortgelijke benadering hanteert het Europese Hof voor de Rechten van de Mens doorgaans ten aanzien van het EVRM. Gesteld kan worden dat het Hof van Justitie – zeker na de geplande toetreding tot het EVRM – gehouden is aan deze benadering invulling te geven.

Typisch is dat het Hof van Justitie deze benadering hanteert in recente rechtspraak. Zoals gezegd biedt het arrest *AGET Iraklis* een mooi voorbeeld. Het Hof gunde de lidstaten een ruime beoordelingsvrijheid bij het bepalen van de inhoudelijke voorwaarden voor een collectief ontslag. Het Hof stelde slechts de bovengrens vast: het arbeidsrecht mocht een collectief ontslag niet onmogelijk maken, noch mocht de regelgeving zo onduidelijk zijn dat werkgevers niet weten waaraan ze moeten voldoen. Een zelfde benadering koos het Hof in de arresten *Parkwood* en *Asklepios* inzake de Richtlijn overgang van onderneming (HvJ 18 juli 2013, zaak C-426/11, ECLI:EU:C:2013:521, AR 2013-0556 resp. HvJ 27 april 2017, zaak C-680/15, ECLI:EU:C:2017:317, AR 2017-0540). In beide arresten gebruikte het Hof de vrijheid van ondernemerschap uit artikel 16 EU-Handvest om de Richtlijn uit te leggen. De vrijheid van ondernemerschap verwijst naar de vrijheid van vestiging en houdt voor werkgevers dezelfde rechten in (HvJ 13 februari 2014, zaak C-367/12, ECLI:EU:C:2014:68 (*Sokoll-Seebacher*), punten 20-22). Zodra het Hof van Justitie artikel 16 EU-Handvest gebruikt bij de uitleg van arbeidsrechtelijke richtlijnen, dient het – net als bij de verkeersvrijheden – te bepalen hoe de ondernemersvrijheid zich tot de werknemersbescherming verhoudt. Ook dan speelt

proportionaliteit een rol. In *Parkwood* maar duidelijker in *Asklepios* overwoog het Hof dat een dynamisch incorporatiebeding na de overgang zijn dynamische karakter behoudt, mits het de vrijheid van ondernemerschap niet onmogelijk maakte (in de kern aantastte). Dat laatste was slechts het geval indien de verkrijger niet in staat was de arbeidsvoorwaarden van de overgenomen werknemers aan te passen. Voor het overige gunde het Hof de lidstaten hun beoordelingsruimte.

De recente rechtspraak biedt aan Nederlandse vakbonden een argument voor de stelling dat het Hof van Justitie – zou het in 2017 over het stakingsrecht en de vrijheid van vestiging moeten oordelen – niet meer concreet zou bepalen wat noodzakelijk is. Dat zou betekenen dat de ultimatum-remedie alsnog komt te vervallen. De veranderende opstelling van het Hof zou men kunnen verklaren met verwijzing naar het Verdrag van Lissabon dat in 2009 in werking is getreden en meer dan voorheen aandacht schenkt aan de sociale doelstellingen en regelt dat de EU toetreedt tot het EVRM.

De argumenten voor een veranderde opstelling zijn sterk. Toch sta ik er kritisch tegenover. Ten eerste valt niet uit te sluiten dat het Hof in *Viking* van mening was dat een staking raakt aan de kern van de vrijheid van vestiging. Een staking geldt als de sterkste vorm van een belemmering. Vakbonden kunnen het stakingsmiddel inzetten om vennootschappen te dwingen tot arbeidsvoorwaarden met vrijwel iedere inhoud en beschikken daarmee over een middel waarmee de vrijheid van vestiging vrijwel onmogelijk kan worden gemaakt. Ten tweede koos het Hof ook voor een strikte invulling van het noodzakelijkheids criterium in het arrest *Achbita* (HvJ 14 april 2017, zaak C-157/15, ECLI:EU:C:2017:203, AR 2017-0311). De zaak draaide om het hoofddoekenverbod op de werkvloer. Hoewel het beleid van de werkgever werd bestempeld als indirect discriminerend, vond het Hof het hoofddoekenverbod gerechtvaardigd voor zover (1) het ging om werknemers met klantcontact en (2) de regels duidelijk waren. Het Hof baseerde zijn oordeel op artikel 16 EU-Handvest en gaf daarmee concreet aan hoe het discriminatieverbod zich tot de vrijheid van ondernemerschap verhoudt. Aan de lidstaten kwam geen beoordelingsvrijheid toe. Dat is interessant. Wat nu als lidstaten in nationale regelgeving wensen vast te leggen dat een hoofddoekenverbod op de werkvloer onder *geen* beding is toestaan? Het minimumkarakter van de Discriminatie richtlijn staat een verdergaande bescherming van werknemers toe. Ik sluit echter niet uit dat ondernemers met succes kunnen betogen dat een dergelijke wettelijke regeling in strijd is met hun vrijheid van ondernemerschap. Uit het arrest *Achbita* blijkt immers dat die vrijheid hun toestaat een beleid op te stellen waarin werknemers met klantcontact wordt verboden een hoofddoek te dragen. Artikel 16 EU-Handvest wordt in dat geval gebruikt bij de uitleg van het minimumkarakter van de Discriminatie richtlijn dat daarmee feitelijk een standaardkarakter krijgt. Het is lastig in te schatten of het Hof artikel 16 EU-Handvest op deze wijze zal invullen als het om nationale

regelgeving gaat, maar uit te sluiten valt het zeker niet. Hoe het ook zij, feit is dat het arrest *Achbita* laat zien dat het Hof van Justitie ook anno 2017 in staat is tot een strikte benadering van wat noodzakelijk is op sociaaleconomisch terrein.

5 Afsluiting

Waar eerder werd gedacht dat een staking slechts onder de vrijheid van vestiging viel als de bestaakte werkgever in het buitenland was gevestigd of zich naar een andere lidstaat wilde verplaatsen, lijkt nu voldoende dat de aandelen van de bestaakte werkgever in handen zijn van een buitenlandse EU-vennootschap. In dat opzicht vergroot het arrest *AGET Iraklis* het bereik van het arrest *Viking* aanzienlijk. Ik verwacht niet dat het Hof van Justitie zijn inhoudelijke oordeel in *Viking* zal aanpassen. Dat betekent concreet dat Nederlandse werkgevers met een buitenlandse EU-moeder een krachtig middel in handen hebben om premature stakingen via de rechter te beperken of zelfs te verbieden.

RECHTSPRAAK

De door verzoekster gedane betalingen ter hoogte van 70% van het laatstverdiende loon in het derde ziektejaar vloeit niet rechtstreeks voort uit verzoeksters re-integratieverplichtingen. In het geval van de ten onrechte opgelegde loonsanctie kan dan niet worden gezegd dat die betalingen een op UWV te verhalen schadepost vormen.

De Raad overweegt in de uitspraak van 18 mei 2016 dat de door UWV aan verzoekster opgelegde loonsanctie niet wordt gedragen door een deugdelijke motivering. De Raad vernietigt het besluit van 6 november 2013 van UWV en herroept het besluit van 18 juli 2013. Verzoekster stelt vervolgens verschillende schadeposten op. Een schriftelijke uitwisseling van standpunten tussen partijen leidt er onder meer toe dat UWV niet langer de kosten van inzet van het bureau Perspectief van € 3.950 betwist. Het geschil is beperkt tot de vraag of de schade van verzoekster aan loonkosten moet worden gesteld op € 72.255 zijnde het door haar aan haar werknemer betaalde bedrag ter hoogte van 70% van het laatstverdiende loon of – zoals UWV van mening is – op € 50.578 zijnde 70% van het maximumdagloon.

De Centrale Raad van Beroep oordeelt als volgt. Als beginsel geldt dat de schadevergoeding de schuldeiser zo veel mogelijk moet terugbrengen in de toestand waarin hij zou verkeren indien het schadeveroorzakende feit niet zou hebben plaatsgevonden. Dat beginsel brengt mee dat de omvang van de schade wordt bepaald door een vergelijking van de toestand zoals deze in werkelijkheid is met de toestand zoals die (vermoedelijk) zou zijn geweest indien het schadeveroorzakende feit niet zou hebben plaatsgevonden (vergelijk ECLI:NL:HR:2010:BL0539). In geding is de vraag of de werkgever als gevolg van het loonsanctiebesluit in het derde ziektejaar verplicht was 70% van het laatstverdiende loon te betalen dan wel slechts 70% van het maximumdagloon. Wat betreft de verwijzing van verzoekster naar de voor haar geldende CAO wordt vastgesteld dat die CAO geen bepalingen bevat op grond waarvan gedurende het derde ziektejaar voor verzoekster de verplichting bestond om 70% van het laatstverdiende loon te betalen. Verzoekster kan niet worden gevolgd in haar standpunt dat bepalingen met betrekking tot het tweede ziektejaar verplichtingen impliceren voor het derde ziektejaar. Van betalingen die voortvloeien uit afspraken die verzoekster en haar werknemer hebben gemaakt over de verplichtingen en inspanningen van

de verzoekster die zullen gelden in het derde ziektejaar en die voldoende concreet zijn en door de werknemer zijn af te dwingen, is blijkens de gedingstukken geen sprake. Het standpunt van verzoekster dat zij op grond van goed werkgeverschap gehouden was om in het verlengde van het tweede ziektejaar ook in het derde ziektejaar 70% van het laatstverdiende loon te betalen, kan evenmin worden gevolgd. Zoals de Raad eerder heeft geoordeeld in zijn uitspraak van 9 december 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:4452, kan aan uitspraken van kantonrechters (over loondoorbetalingsverplichtingen) voor een geval als dit niet zonder meer doorslaggevend gewicht worden toegekend. In die zaken is sprake van geschillen tussen een werkgever en een werknemer en worden de beoordeelde vorderingen beheerst door de specifieke verhoudingen en afspraken tussen de in die procedures optredende partijen. Niet is gebleken of aannemelijk geworden dat in dit geval verzoekster door haar werknemer is gehouden aan een verplichting tot een (niet gemaximeerde) loondoorbetaling van 70% dan wel dat die gehoudenheid zou voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst of anderszins uit de toen nog bestaande arbeidsrelatie. In dit verband wordt nog als volgt overwogen. Op grond van het derde lid van artikel 40 in samenhang met het tweede lid van artikel 76 van de cao kan niet worden aangenomen dat verzoekster gehouden was om in het tweede ziektejaar als uitgangspunt van betaling het laatstverdiende loon (inclusief de gebruikelijke emolumenten en toeslagen) te nemen, nu in artikel 40, derde lid, van de CAO vakantietoelage, vaste en/of variabele gratificaties, eindejaarsuitkeringen, uitkeringen ineens en alle andere toeslagen zijn uitgezonderd. Omdat in het tweede ziektejaar niet als betalingsnorm het laatstverdiende loon moet gelden, is het niet aannemelijk dat dat wel voor het derde ziektejaar zou gelden. Ook het standpunt van verzoekster dat haar werknemer anders in een nadeliger positie zou komen dan wanneer hij een uitkering op grond van de Wet WIA zou ontvangen, omdat op hem een WIA-excedentregeling van toepassing is, kan niet worden gevolgd. Niet is gebleken of aannemelijk geworden dat verzoekster gehouden was een WIA-excedentregeling voor haar werknemer af te sluiten. Uit het voorgaande volgt dat de door verzoekster gedane betalingen ter hoogte van 70% van het laatstverdiende loon in het derde ziektejaar niet rechtstreeks voortvloeien uit verzoeksters re-integratieverplichtingen. In het geval van de ten onrechte opgelegde loonsanctie kan dan niet worden gezegd dat die betalingen een op UWV te verhalen schadepost vormen. Partijen zijn het erover eens dat wanneer wordt geoordeeld dat verzoekster voor haar betalingen in het derde ziektejaar ten onrechte als uitgangspunt het laatstverdiende loon heeft genomen, de schade die wel aan UWV moet worden toegerekend € 50.578 bedraagt.

Instantie: Centrale Raad van Beroep

Datum uitspraak: 16-08-2017

ECLI: ECLI:NL:CRVB:2017:2835

Zaaknummer: 14/4481 WIA-S

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

Advocaten: P.S. Fluit

Wetsartikelen: 25 lid 9 WIA en 7:629 BW

RECHTSPRAAK

UWV heeft ten onrechte standpunt ingenomen dat geen sprake was van een privaatrechtelijke dienstbetrekking; onvoldoende grondslag voor conclusie dat geen sprake was van een gezagsverhouding.

Appellante treedt met ingang van 1 februari 2012 in dienst bij werkgever. Nadat deze arbeidsverhouding per 6 augustus 2012 eindigt, kent UWV appellante een WW-uitkering toe. Appellante meldt zich met ingang van 1 november 2012 ziek, zodat appellante vervolgens een ZW-uitkering ontvangt. Bij besluit van 20 augustus 2014 stelt UWV vast dat appellante in aanmerking komt voor een WIA-uitkering. Appellante gaat in bezwaar tegen voornoemd besluit. Hangende deze bezwaarprocedure rijst bij UWV twijfel over de vraag of appellante als werknemer kan worden aangemerkt. Hierop is een onderzoek gestart naar de dienstbetrekking van appellante bij werkgever, op basis waarvan UWV concludeert dat geen sprake was van een privaatrechtelijke dienstbetrekking. Hoewel appellante werkzaamheden heeft verricht en loon heeft ontvangen, kan UWV niet vaststellen dat sprake was van een gezagsverhouding tussen appellante en werkgever. Bij besluit van 27 oktober 2015 bepaalt UWV dat appellante met ingang van 1 januari 2016 geen recht heeft op een WIA-uitkering, nu zij met het oog op het voornoemde niet als verzekerde kan worden aangemerkt. Het bezwaar en beroep van appellante tegen voornoemd besluit zijn beide ongegrond verklaard. In hoger beroep voert appellante aan dat wel sprake was van een gezagsverhouding, aangezien zij moest voldoen aan de eisen van zowel de franchisegever als de werkgever en nu zij ook werd afgerekend op haar functioneren. Een en ander blijkt volgens appellante bijvoorbeeld uit het feit dat er een inwerkperiode is geweest en dat er beoordelingen zijn geweest van haar functioneren.

De Centrale Raad van Beroep oordeelt als volgt. Het geschil spitst zich toe op de vraag of appellante kan worden aangemerkt als werknemer. Hiertoe is vereist dat appellante tot werkgever in een privaatrechtelijke dienstbetrekking heeft gestaan. Naar vaste rechtspraak van de Raad moet voor het aannemen van een privaatrechtelijke dienstbetrekking sprake zijn van een verplichting tot het persoonlijk verrichten van arbeid, een gezagsverhouding en een verplichting tot betaling van loon. Niet is in geschil dat appellante verplicht was om arbeid te verrichten, noch dat werkgever verplicht was loon te betalen. Wel is in geschil of sprake was

van werkgeversgezag. UWV en de rechtbank hebben deze laatste vraag ontkennend beantwoord. Anders dan de rechtbank echter heeft geoordeeld, bieden de door UWV aangevoerde feiten en omstandigheden onvoldoende grondslag om de conclusie te dragen dat geen sprake is geweest van een gezagsverhouding tussen appellante en werkgever. De antwoorden van appellante in het vragenformulier bieden onvoldoende grond voor de vaststelling van UWV dat er geen toezicht of controle werd uitgeoefend op de kwaliteit en voortgang van de werkzaamheden van appellante. Het feit dat sprake was van een familierelatie, is op zichzelf genomen niet maatgevend voor de beantwoording van de vraag of sprake was van een gezagsverhouding. De omstandigheid dat de werkgever ten tijde van de WW-aanvraag van appellante geregistreerd was op hetzelfde adres als waarop ook appellante stond ingeschreven, brengt nog niet zonder meer met zich dat er daarom geen gezagsverhouding bestond. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat UWV zich ten onrechte op het standpunt heeft gesteld dat geen sprake was van een privaatrechtelijke dienstbetrekking tussen appellante en werkgever. Het hoger beroep slaagt. De Raad voorziet zelf in de zaak, door het primaire besluit te herroepen. Daarmee vervalt de beëindiging van de WIA-uitkering van appellante.

Instantie: Centrale Raad van Beroep

Datum uitspraak: 09-08-2017

ECLI: ECLI:NL:CRVB:2017:2799

Zaaknummer: 16/5886 WIA

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

Wetsartikelen: 3 ZW, 7 WIA en 8 WIA