

## Nieuwsbrief AR Updates - Nummer 05, 2017

Nummer 5, 2017

*Redactie: prof. mr. dr. A.R. Houweling, mr. L. Kirkpatrick, mr. M. Assenberg van Eijnden, 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 Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2017:172** 26-01-2017

Ondernemingsraad KLM/KLM

**Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2017:223** 24-01-2017

werknemer/ABN AMRO Bank NV

**Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2017:218** 24-01-2017

werknemer/Taxi X

**Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2017:47** 24-01-2017

werknemers/Balans Schoonmaak- en Bedrijfsdiensten BV

**Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2017:197** 24-01-2017

werknemers/grafisch bedrijf X

**Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2017:163** 24-01-2017

werknemers/Sky Netherlands BV

**Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2017:213** 24-01-2017

werknemer/Intervet International B.V.

**Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2017:219** 13-01-2017

Kwik-Fit Nederland BV/werknemer

#### Rechtbank

**Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2017:186** 25-01-2017

ondernemingsraad AB Transport Group B.V./AB Texel Veevoertransporten B.V. c.s.

**Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2017:657** 25-01-2017

B/Hertel B.V.

**Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2017:232** 20-01-2017

werknemster/Columbus Junior B.V.

**Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2017:321** 19-01-2017

werknemster/Koninklijke Luchtvaart Maatschappij N.V.

**Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2017:317** 19-01-2017

werknemer/Koninklijke Luchtvaart Maatschappij N.V.

**Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2017:185** 18-01-2017

werknemer/Veka Shipyard Lemmer B.V.

**Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2017:308** 18-01-2017

werknemer/werkgever

**Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2017:159** 18-01-2017

werknemster/Arbo Unie B.V.

**Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2017:116** 18-01-2017

werknemster/Vabonet B.V.

**Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2017:56** 12-01-2017

werknemster/Federacion Nacional de Cafeteros de Colombia B.V.

**Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2016:9385** 30-12-2016

werknemster/Iblue Makelaars B.V.

**Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2016:7268** 28-12-2016

Conclusion Xforce B.V., voorheen genaamd Unacle B.V./werknemer

**Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2016:9361** 06-12-2016

The American Dream Amsterdam Food B.V. t.h.o.n. 'Sluizer Restaurants'

**Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:ROVE:2016:5284** 29-11-2016

werknemster/Columbus Junior B.V.

**Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2016:16705** 12-05-2016

werknemer/Gemeente Delft, h.o.d.n. Werkse!

**Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2016:3371** 25-04-2016

Scholen Aan Zee c.s./Y

**Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2016:11134** 27-01-2016

Orthocenter N.V./werknemer

### **Centrale Raad van Beroep**

**Centrale Raad van Beroep, ECLI:NL:CRVB:2017:150** 18-01-2017

**Centrale Raad van Beroep, ECLI:NL:CRVB:2017:175** 17-01-2017

**Centrale Raad van Beroep, ECLI:NL:CRVB:2017:95** 11-01-2017

**Centrale Raad van Beroep, ECLI:NL:CRVB:2017:133** 11-01-2017

**Centrale Raad van Beroep, ECLI:NL:CRVB:2017:134** 11-01-2017

**Centrale Raad van Beroep, ECLI:NL:CRVB:2016:5149** 23-12-2016

### **Uitspraken zonder ECLI**

**Rechtbank Amsterdam** 26-01-2017

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

*Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI*

**Rechtbank Amsterdam** 20-01-2017

KLM N.V./ondernemingsraad KLM N.V.

*Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI*

**Rechtbank Noord-Nederland** 04-01-2017

werknemer/ING Bank Personeel B.V.

*Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI*

**Rechtbank Gelderland** 24-02-2016

werkgeefster/werkneemster

*Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI*

**Rechtbank Gelderland** 18-01-2017

werkgeefster/werkneemster

*Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI*

### **Annotatie**

**Klare taal van de Hoge Raad: voorwaardelijke ontbinding onder de WWZ nog slechts beperkt mogelijk en bewijsrecht volledig van toepassing in de ontbindingsprocedure**

*mr. dr. P. Kruit*

## RECHTSPRAAK

### Ondernemingsraad KLM/KLM

#### ***Besluit KLM met 1 cabin attendant minder te werken valt niet onder artikel 25 WOR.***

##### *Feiten*

Bij KLM zijn ongeveer 30.000 werknemers werkzaam, verspreid over vijftien bedrijfsonderdelen. De werknemers kunnen in drie domeinen worden verdeeld: grondpersoneel, cabinepersoneel en het vliegend personeel. Op alle arbeidsovereenkomsten van het cabinepersoneel is de cao voor het KLM-cabinepersoneel (hierna: de cao) van toepassing. Deze cao sluit KLM af met de vakbonden Vereniging voor Nederlands Cabinepersoneel (hierna: VNC) en FNV Cabine (hierna gezamenlijk ook: de bonden). KLM heeft één ondernemingsraad ingesteld. Deze heeft op de voet van artikel 15 lid 1 van de Wet op de ondernemingsraden (WOR) per bedrijfsonderdeel onderdeelcommissies ingesteld, die binnen KLM worden aangeduid als groepscommissie (hierna: GC). GC31 is de groepscommissie voor het cabinepersoneel en het grondpersoneel van het bedrijfsonderdeel Inflight Services. Sinds oktober 2015 voeren KLM en de bonden overleg om te komen tot een nieuwe cao en KLM beoogde in dat kader afspraken te maken over verhoging van de productiviteit en kostenverlaging voor 2016 en 2017. Het overleg is echter gestagneerd in verband met een meningsverschil over pensioen. Op 10 december 2015 heeft KLM een aanpassing van de cabinebezetting op Europese bestemmingen ingevoerd in die zin dat op een aantal vluchten binnen Europa één cabinebemanninglid minder ingezet wordt. Tot 30 oktober 2016 was de cabinebezetting op intercontinentale vluchten (hierna ook: ICA vluchten) met de vliegtuigtypen B777-200, A330-300 en B787 als volgt: één senior purser, één purser, drie cabin attendants (in de stukken ook aangeduid als: CA's) met twee banden en vijf cabin attendants met één band. KLM heeft de bonden het voorstel gedaan om de in de cao vastgelegde taken en verantwoordelijkheden van de purser en senior purser op ICA vluchten te wijzigen, in die zin dat op de ICA vluchten nog maar één leidinggevende in plaats van twee leidinggevers (de purser en senior purser) 'boven de sterkte' wordt ingezet en de purser aldus 'in de sterkte' kan worden ingezet (wat inhoudt dat de purser, anders dan nu het geval is, een vast werkgebied en vast aantal passagiers wordt toegewezen). Zoals hiervoor onder 2.7 is

vermeld, is het cao-overleg met de bonden echter gestagneerd. Op 19 september 2016 heeft KLM in de nieuwsbrief KLM Inflight Service Special (een interne nieuwsbrief) een maatregel aangekondigd, die kort gezegd inhoudt dat met ingang van 30 oktober 2016 op de onder 2.9 genoemde vliegtuigtypen met één cabin attendant minder wordt gewerkt (hierna ook: de -1CA-maatregel). De ondernemingsraad is hiervan op genoemde datum telefonisch op de hoogte gesteld. Bij brief van 26 september 2016 aan Executive Vice President bij Inflight Services, heeft de voorzitter van GC31 zich namens GC31 op het standpunt gesteld dat de -1CA-maatregel op grond van artikel 25 lid 1 WOR middels een adviesaanvraag aan GC31 voorgelegd had moeten worden omdat daardoor ingrijpende wijzigingen in de producten/diensten en in de productie- of werkmethoden plaatsvinden. GC31 heeft voorts een aantal vragen gesteld over de gevolgen van de maatregel voor de rol van de purser en de werkmethode en haar zorgen uitgesproken over de kwaliteit van het product, de werkdruk voor de bemanning en onderlinge spanningen. Dit heeft niet tot het gewenste resultaat geleid. De ondernemingsraad heeft aan zijn verzoek ten grondslag gelegd dat KLM bij afweging van alle betrokken belangen niet in redelijkheid heeft kunnen komen tot het besluit om met ingang van 30 oktober 2016 op (een deel van) haar intercontinentale vluchten te gaan werken met één cabinebemanninglid minder (de -1CA-maatregel), omdat zij heeft nagelaten de ondernemingsraad in de gelegenheid te stellen om voorafgaand aan het nemen van dit besluit advies uit te brengen. Volgens de ondernemingsraad is sprake van een adviesplichtig besluit overeenkomstig het bepaalde in artikel 25 lid 1 onderdeel d en/of e WOR.

#### *Oordeel Ondernemingskamer*

De Ondernemingskamer oordeelt als volgt. De inzet van deze procedure is de vraag of het besluit tot het treffen van de -1CA-maatregel al dan niet een besluit is tot belangrijke inkrimping, uitbreiding of andere wijziging van de werkzaamheden van de onderneming in de zin van artikel 25 lid 1 onderdeel d WOR of belangrijke wijziging in de organisatie van de onderneming, dan wel in de verdeling van bevoegdheden binnen de onderneming in de zin van artikel 25 lid 1 onderdeel e WOR.

#### *Besluit met 1 cabin attendant minder te werken valt niet onder artikel 25 WOR*

Het besluit houdt in dat één cabin attendant minder wordt ingezet op bepaalde ICA vluchten; het cabinepersoneel op deze vluchten wordt daarmee teruggebracht van tien naar negen medewerkers. De vluchten die erdoor geraakt worden vormen 40% van de ICA vluchten en 14% van alle vluchten (intercontinentaal en Europees). De service aan de passagiers, de veiligheidsprocedures en de functiebeschrijvingen van het cabinepersoneel blijven ongewijzigd. De maatregel heeft een taakverzwaring voor het cabinepersoneel tot gevolg: het werkgebied van de cabin attendants (het aantal passagiers aan wie een individuele cabin

attendant service verleent) wordt groter en dit heeft tot een aantal wijzigingen in de werkinstructies geleid, terwijl van de (senior) purser zo nodig meer praktische bijstand aan de cabin attendants wordt verwacht. Niet betwist is dat de regeling in de cao er niet aan in de weg staat dat de (senior)purser meehelpt met de reguliere service en dat dit past binnen de functieomschrijving. Ook als in dit geval alleen het bedrijfsonderdeel Inflight Services wordt beschouwd als ‘de onderneming’ als bedoeld in artikel 25 lid 1 WOR, kan niet worden geconstateerd dat het besluit leidt tot een belangrijke wijziging van de werkzaamheden van de onderneming in de zin van artikel 25 lid 1 onderdeel d WOR. Inflight Services levert dezelfde diensten als voorheen en de werkzaamheden die het cabinepersoneel moet verrichten, zijn in essentie dezelfde gebleven. De wijzigingen op operationeel niveau zijn in dat verband van onvoldoende gewicht. De Ondernemingskamer acht het besluit voorts niet van dien aard dat dit kan worden gekwalificeerd als een besluit in de zin van artikel 25 lid 1 onderdeel e WOR. Zoals KLM heeft aangevoerd, betreft het besluit een productiviteitsmaatregel. Met instandhouding van de bestaande taken en bevoegdheden, moet het cabinepersoneel met minder medewerkers – en met enige aanpassing in de werkmethodiek – hetzelfde werk verrichten. Dit leidt ontegenzeggelijk tot vergroting van de werkdruk op de vluchten waarvoor de maatregel geldt. Het gaat echter om verzwarende van de (op zichzelf ongewijzigd gebleven) eigen werkzaamheden en niet kan worden geconstateerd dat deze gepaard gaat met een ingrijpende wijziging van de taken en verantwoordelijkheden van een groot deel van het cabinepersoneel, zoals de ondernemingsraad stelt. Dat aan het besluit daadwerkelijk reële veiligheidsrisico’s zijn verbonden, heeft de ondernemingsraad tegenover het verweer van KLM onvoldoende toegelicht. Dit geldt ook voor de stelling dat de service aan de passagiers in het gedrang komt, waaraan niet afdoet dat het serviceniveau logischerwijs enige gevolgen van de maatregel zal ondervinden. De Ondernemingskamer heeft zich vervolgens de vraag gesteld of het besluit weliswaar formeel gezien strekt tot het inzetten van een cabin attendant minder, maar materieel gezien leidt tot een wijziging in de taken en verantwoordelijkheden van de purser (een wijziging die KLM door middel van door haar gewenst overleg met de bonden op zichzelf ook nastreeft). De Ondernemingskamer is van oordeel dat hiervoor echter te weinig concrete aanknopingspunten voorhanden zijn. Zoals hiervoor al overwogen, behoort het al tot de taak van de (senior)purser zo nodig mee te helpen met de service aan boord. In het licht van het vorenstaande en tevens in aanmerking nemend dat het besluit (1) enerzijds weliswaar het overgrote merendeel van de Inflight Services-medewerkers treft, maar anderzijds betrekking heeft op een relatief beperkt aantal vluchten (40% van de ICA vluchten en 14% van alle vluchten) en (2) niet leidt tot een vermindering van het aantal arbeidsplaatsen, komt de Ondernemingskamer tot de conclusie dat het besluit niet strekt tot belangrijke wijziging in de organisatie van het onderdeel Inflight Services.

**Instantie:** Gerechtshof Amsterdam

**Datum uitspraak:** 26-01-2017

**ECLI:** ECLI:NL:GHAMS:2017:172

**Zaaknummer:** 200.201.647/01 OK

**Rechters:** G.C. Makkink, A.M.L. Broekhuijsen-Molenaar, M.M.M. Tillema, P.G. Boumeester en R.A.H. van der Meer

**Advocaten:** J.D.A. Domela Nieuwenhuis, P.G. Vestering en J.S. Hidajat-Engelsman

**Wetsartikelen:** 25 WOR

RECHTSPRAAK

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

***Kort geding. Reorganisatie KLM. Vorderingen werknemers, primair tot plaatsing in nieuwe functie en subsidiair tot stopzetting van sollicitatieprocedure totdat in bodemprocedure uitspraak inzake uitwisselbaarheid van functies is gedaan, afgewezen.***

*Feiten*

19 werknemers (hierna: werknemers) zijn tot 9 januari 2017 bij KLM werkzaam geweest als teamleider Airside Operations. Deze functie viel onder de afdeling Airside Services die op haar beurt weer viel onder de afdeling Passenger Services. In het voorjaar van 2015 heeft KLM in het kader van een algehele reorganisatie het project High Performance Organization (hierna: HPO) gelanceerd. Voor Passenger Services voorziet HPO onder meer in de opheffing van de functies teamleider en Manager Passenger Services. Daarvoor in de plaats komt een nieuwe functie van Shiftleader. Een van de eisen die KLM aan die functie stelt is dat de Shiftleader niet voor minder dan 80% in deeltijd kan werken. Bij brieven van 30 juni 2016 heeft KLM aan werknemers medegedeeld dat hun functie niet uitwisselbaar is met een functie in de nieuwe organisatie. Dit betekende dreigende boventalligheid per 1 juni 2016. Werknemers hebben vervolgens gesolliciteerd op de functie van Shiftleader. Zes werknemers zijn daarop herplaatst in die functie. De overige werknemers zijn afgewezen voor de functie. Werknemers vorderen in kort geding primair tewerkstelling in de functie van Shiftleader Passenger Service, nu deze functie uitwisselbaar is met de oorspronkelijke functie van werknemers. Subsidiair vorderen werknemers KLM op te dragen om de sollicitatieprocedure voor de functie Shiftleader op te schorten totdat een uitspraak in de bodemprocedure inzake de uitwisselbaarheid van de functies teamleider en Shiftleader is gedaan.

*Oordeel*

*Niet-ontvankelijkheid reeds herplaatste werknemers*

De werknemers die inmiddels zijn herplaatst in de functie van Shiftleader worden niet-ontvankelijk verklaard. Het mag zo zijn dat zij belang kunnen hebben bij een uitspraak met



betrekking tot de vraag naar uitwisselbaarheid van functies, omdat zij voor minder dan 80% in deeltijd willen kunnen blijven werken, maar dat schept nog geen belang bij toewijzing van de maatregelen als gevorderd in dit kort geding. Die hebben immers geen betrekking op de arbeidsomvang van de nieuwe functie.

#### *Vordering tot directe plaatsing in de functie van Shiftleader*

De vordering tot directe plaatsing in de functie van Shiftleader is alleen al niet toewijsbaar om de reden dat werknemers onvoldoende hebben gesteld om te mogen aannemen dat zij zonder meer zouden kunnen worden geplaatst indien de functies wel uitwisselbaar zouden zijn. Immers, in dat geval zou er in beginsel een proces van aanwijzing op basis van de beginselen van afspiegeling en anciënniteit moeten plaatsvinden. Werknemers hebben niet gesteld dat zij op basis van die beginselen voor die positie in aanmerking zouden komen.

#### *Stopzetting van de sollicitatieprocedure*

Ter zitting is onweersproken gesteld dat er nog 19 plaatsen onvervuld zijn en de sollicitatieprocedure dus nog loopt. Toewijzing van de vordering om in afwachting van een uitspraak van de bodemrechter de sollicitatieprocedure stop te zetten zal diep ingrijpen in de uitvoering van de reorganisatieplannen van KLM, temeer daar de datum waarop de Shiftleaders in functie zijn gekomen inmiddels is gepasseerd. Dit komt mede doordat werknemers zelf lang hebben gewacht met het aanspannen van een procedure. In kort geding kan slechts tot het treffen van die ingrijpende maatregel worden overgegaan indien met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid in een bodemprocedure zal worden geoordeeld dat de functies uitwisselbaar zijn. Op werknemers ligt een zware stelplicht om aannemelijk te maken dat de bodemrechter zal oordelen dat KLM bij haar reorganisatieplannen ten onrechte is uitgegaan van niet uitwisselbaarheid van functies. Werknemers zijn daarin niet geslaagd. KLM heeft voorshands voldoende aannemelijk gemaakt dat er relevante verschillen zijn tussen de beide functies. Weliswaar komt een (groot) deel van de competenties van de functie van Shiftleader overeen met die van teamleider, maar aan de taken van de Shiftleader is een deel van de taken van de opgeheven functie van Manager Passenger Services toegevoegd. Het betreft taken op beleidsmatig vlak en op het gebied van leidinggeven die ook deels andere competenties vereisen of een ander niveau waarop over die competenties wordt beschikt. Werknemers hebben zich nog beroepen op leeftijdsdiscriminatie tijdens de sollicitatierondes, maar zij hebben nagelaten dit te onderbouwen. Het enkele noemen van de gemiddelde leeftijd van werknemers is daarvoor onvoldoende. Ook de subsidiaire vordering wordt afgewezen.

**Instantie:** Rechtbank Amsterdam

**Datum uitspraak:** 26-01-2017

**Zaaknummer:** KK 16-1566

RECHTSPRAAK

## **werknemers/Sky Netherlands BV**

***De projectclausule van werkgever is niet toelaatbaar. Het bestaan van diverse keuzemogelijkheden om de voorwaarde ('de projectclausule') wel of niet in vervulling te laten gaan – en daarmee het bestaan van een eigen, subjectieve, waardering van de omstandigheden door werkgever – verdraagt zich niet met het stelsel van het ontslagrecht.***

### *Feiten*

Tussen werknemers en Sky Netherlands BV (hierna: Sky) is met ingang van 25 januari 2016 een arbeidsovereenkomst tot stand gekomen. De arbeidsovereenkomsten vermelden een vaste einddatum, alsmede de bepaling: 'Deze arbeidsovereenkomst is echter een "productie-gebonden" overeenkomst, wat betekent dat deze arbeidsovereenkomst ook eerder dan voornoemde einddatum van rechtswege zal kunnen eindigen indien en zodra de Productie stopt, namelijk op de eerste dag na de laatste voorstelling van de Productie.' In de overeenkomsten van werknemers 2 tot en met 9 staat daarna nog vermeld: 'Wanneer de laatste voorstelling plaatsvindt is afhankelijk van diverse externe factoren.' Partijen hebben deze clausules aangeduid als de projectclausule. Met de Productie is de musical Sky bedoeld. Sky heeft per e-mail d.d. 31 mei 2016 aan werknemers bericht dat de productie en daarmee de arbeidsovereenkomsten op 30 juni 2016 zullen eindigen. De kantonrechter heeft de door Sky gebruikte projectclausule toelaatbaar geacht en tot uitgangspunt genomen dat dientengevolge de arbeidsovereenkomsten tussen partijen per 1 juli 2016 rechtsgeldig zijn geëindigd. Tegen dit vonnis komen werknemers op.

### *Oordeel*

#### *Toelaatbaarheid projectclausule*

De gebruikte projectclausule past in de omstandigheden van het onderhavige geval niet in het gesloten stelsel van het ontslagrecht. Daartoe is het volgende van belang. Allereerst maakt de formulering van de projectclausule niet duidelijk dat deze slechts in werking zou treden indien het stopzetten van de musical onontkoombaar, in de zin van de enig denkbare optie, is.

Er kunnen immers vele redenen zijn om een productie stop te zetten, dan wel voort te zetten. Bij de ruime interpretatievrijheid die Sky zich met de gekozen formulering heeft toegemeten past deze clausule niet in het systeem van het ontslagrecht, dat immers de preventieve toetsing van een ontslaggrond tot uitgangspunt heeft, behoudens hier niet aan de orde zijnde uitzonderingen. Door Sky is toegelicht dat zij in mei 2016 voor de keuze stond om volgens diverse, door haar uitgewerkte scenario's al dan niet door te gaan met de exploitatie van de musical Sky. Deze scenario's zijn doorgerekend en besproken met de eigenaren/financiers. De beslissing om per 1 juli 2016 met de musical te stoppen was derhalve een keuze, waar andere beslissingen ook tot de mogelijkheden behoorden. Het moge zo zijn dat met de gemaakte keuze rekening is gehouden met de belangen van de werknemers, doch dat doet aan het subjectieve karakter van de gemaakte keuze niet af. Integendeel, deze keuze onderstreept juist dat subjectieve karakter. Het bestaan van diverse keuzemogelijkheden om de voorwaarde ('de projectclausule') wel of niet in vervulling te laten gaan – en daarmee het bestaan van een eigen, subjectieve, waardering van de omstandigheden door Sky – verdraagt zich niet met het stelsel van het ontslagrecht. Met die vervulling wordt immers de preventieve ontslagtoets ontgaan, hetgeen zich niet verdraagt met een door Sky als werkgeefster gemaakte afweging van bedrijfseconomische belangen. Een dergelijke keuze dient – behoudens tussen partijen ten aanzien van de beëindiging van de bestaande overeenstemming, welke in casu echter ontbreekt – binnen het systeem van het ontslagrecht getoetst te worden door UWV, dan wel – na een weigering door UWV van de gevraagde toestemming – door de rechter. In feite is de situatie waarin Sky zich ten tijde van de genomen beslissing bevond niet anders dan die van elke onderneming die op grond van – door UWV en nadien eventueel de rechter te beoordelen – feiten en omstandigheden om bedrijfseconomische redenen haar personeelsbestand wil reduceren. Het tempo en de mate van reductie zijn daarbij door Sky als werkgeefster bepaald en niet louter afhankelijk geweest of gesteld van externe factoren. Daarbij is ook van betekenis dat voor werknemers niet vooraf kenbaar was op basis van welke externe factoren de productie zou stoppen. De overweging van de kantonrechter dat Sky in feite een aanzeg- of opzegtermijn heeft gebruikt, miskent dat inwerkingtreding van een voorwaarde als de projectclausule een keuzemogelijkheid voor de werkgever dient uit te sluiten, alsmede dat voor opzegging om bedrijfseconomische redenen toestemming van UWV vereist is. De arbeidsovereenkomsten tussen partijen zijn niet geëindigd door het 'inroepen' van de projectclausule.

#### *Matiging loonvorderingen*

Het beroep van Sky op matiging van de loonvorderingen van werknemers wordt afgewezen. Uitgangspunt bij de beoordeling van deze loonvorderingen is dat deze slechts voor matiging in aanmerking komen indien onverkorte toewijzing naar maatstaven van redelijkheid en

billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Dat is in casu niet het geval. Aangezien Sky er bewust voor gekozen heeft om af te zien van opname van een tussentijdse opzegbepaling in de arbeidsovereenkomsten, heeft zij daarmee een rechtszekerheid beoogd die in beginsel twee kanten uit werkt, zoals ook tot uitdrukking wordt gebracht in het wettelijk stelsel. Er is onvoldoende grond om de met de overeenkomst beoogde rechtszekerheid (het beoogde 'uitdienen' van de gehele periode tegenover de baanzekerheid voor deze periode) aan te tasten nu enerzijds de periode waarover de loonbetaling zich uitstrekt relatief beperkt is en anderzijds het resultaat voortvloeit uit en samenhangt met het door Sky gekozen, althans voor haar rekening komende ondernemersrisico.

---

**Instantie:** Gerechtshof Amsterdam

**Datum uitspraak:** 24-01-2017

**ECLI:** ECLI:NL:GHAMS:2017:163

**Zaaknummer:** 200.196.884/01

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

**Advocaten:** S.I. Janssen en M.C.E. Peels

**Wetsartikelen:** 7:667 BW

RECHTSPRAAK

**werknemers/Balans Schoonmaak- en Bedrijfsdiensten BV**

***Werkgever verkeert op dit moment in de onmogelijkheid om werknemers volledig op het schoonmaakobject tewerk te stellen. Dit laat echter onverlet dat werkgever eind 2013 tekort is geschoten in haar verplichting om werknemers direct na de contractwisseling een arbeidsovereenkomst aan te bieden voor hetzelfde aantal uren en onder dezelfde voorwaarden als die golden bij de vorige werkgever.***

*Feiten*

In november 2013 heeft Balans Schoonmaak- en Bedrijfsdiensten BV (hierna: Balans) na een aanbestedingsprocedure van Den Helder Airport (hierna: DHA) de opdracht gekregen om met ingang van 2 januari 2014 de schoonmaakwerkzaamheden te verrichten op dat schoonmaakobject. Werknemers waren aldaar werkzaam in dienst van CLS. In geschil is of Balans op grond van artikel 38 van de collectieve arbeidsovereenkomst in het Schoonmaak- en Glazenwassersbedrijf, zoals geldend van 1 januari 2012 tot en met 31 december 2013 (hierna: de cao) is gehouden de op het schoonmaakobject DHA werkzame werknemers van CLS arbeidsovereenkomsten aan te bieden op dezelfde arbeidsvoorwaarden als geldend voor hun arbeidsovereenkomsten met CLS. Werknemers vorderen dat Balans wordt veroordeeld (1) hen arbeidsovereenkomsten aan te bieden voor hetzelfde aantal uren en onder dezelfde voorwaarden als die golden bij CLS en (2) hen tewerk te stellen in de functie van interieurverzorger op het object DHA. Met betrekking tot het aantal uren in de zin van de vordering sub (1) is ten aanzien van werkneemster gesteld dat het 20,5 uren per week betreft en ten aanzien van werknemer 17,5 uren per week. De kantonrechter heeft de vorderingen van werknemers toegewezen. Tegen dit vonnis is Balans in hoger beroep gekomen. Het Hof Amsterdam heeft het vonnis van de kantonrechter vernietigd en de vorderingen van werknemers alsnog afgewezen. Tegen dit arrest hebben werknemers cassatie ingesteld. De Hoge Raad heeft in cassatie geoordeeld dat reeds in 2013, derhalve in de periode waarin Balans aan artikel 38 CAO gebonden was, voor haar de verplichting is ontstaan om de werknemers van CLS die op 2 januari 2014 aan de voorwaarden genoemd in lid 2 van die

bepaling zouden voldoen, een arbeidsovereenkomst aan te bieden overeenkomstig het bepaalde in lid 3. De Hoge Raad heeft het arrest van het Hof Amsterdam vernietigd en het geding naar dit hof verwezen ter verdere behandeling en beslissing.

### *Oordeel*

#### *Belang vorderingen*

Niet langer in geschil is dat werknemers op 2 januari 2014 voldeden aan de voorwaarden genoemd in lid 2 van artikel 38 cao en dat Balans is gehouden hen een arbeidsovereenkomst aan te bieden overeenkomstig het bepaalde in lid 3. Beoordeeld dient voorts te worden of werknemers in dit kort geding nog belang hebben bij hun vorderingen. De aanbiedingen die Balans voor de cassatieprocedure aan werknemers heeft gedaan waren onder voorbehoud: 'Indien blijkt dat er geen overnameverplichting is dan zal dit contract nietig zijn, althans door het gerechtshof vernietigd worden.' Dit voorbehoud is onverenigbaar met de verplichting op grond van artikel 38 lid 3 cao. Deze aanbiedingen van Balans voldoen dus niet aan de eisen van deze bepaling. Na verwijzing heeft Balans arbeidsovereenkomsten aangeboden aan werknemers overeenkomstig het gevorderde aantal uren, maar met de beperking dat Balans slechts gehouden is werknemers tewerk te stellen op het schoonmaakobject DHA 'voor het aantal schoonmaakuren waarover Balans in het schoonmaakcontract met Den Helder Airport beschikt op de dag van het arrest van uw gerechtshof' en voor het resterend aantal uren op een ander schoonmaakttraject. Met bovengenoemd aanbod heeft Balans voldaan aan hetgeen van haar op dit moment en op dit punt redelijkerwijs kan worden verlangd. Gezien dit aanbod van Balans hebben werknemers niet langer (spoedeisend) belang bij hun vorderingen. Dit aanbod is niet alleen bij memorie van antwoord na verwijzing gedaan, maar ook bij gelegenheid van de comparitie van partijen bij dit hof, hoewel daarover niets in het proces-verbaal is opgenomen. Het aanbod is op de comparitie door werknemers afgewezen. Zij hebben toen de juistheid van de stelling van Balans met betrekking tot het thans nog geringe aantal beschikbare uren op DHA niet weersproken, maar ook later niet bij memorie na verwijzing. Het hof gaat er daarom van uit dat Balans op dit moment in de onmogelijkheid verkeert om werknemers volledig op DHA tewerk te stellen. Gelet op deze onmogelijkheid is een veroordeling daartoe op straffe van een dwangsom, zoals gevorderd, niet toewijsbaar (art. 611d Rv).

#### *Verplichting arbeidsovereenkomst aan te bieden direct na contractwisseling*

Het bovenstaande laat onverlet dat Balans eind 2013 tekort is geschoten in haar verplichting om werknemers direct na de contractwisseling een arbeidsovereenkomst aan te bieden voor hetzelfde aantal uren en onder dezelfde voorwaarden als die golden bij CLS. Indien en voor

zover werknemers als gevolg hiervan schade hebben geleden, is Balans hiervoor in beginsel aansprakelijk. Aangezien de onderhavige procedure een kort geding betreft, waarin geen (voorschot op) eventuele schadevergoeding wordt gevorderd, komt het hof aan dit punt niet toe.

---

**Instantie:** Gerechtshof Den Haag

**Datum uitspraak:** 24-01-2017

**ECLI:** ECLI:NL:GHDHA:2017:47

**Zaaknummer:** 200.186.559/01

**Rechters:** R.S. van Coevorden, J.M.T. van der Hoeven-Oud en D. Aarts

**Advocaten:** J.J.C. Engels en M. Zeeman

**Wetsartikelen:** 611d Rv en 38 CAO Schoonmaak- en Glazenwassersbedrijf



RECHTSPRAAK

## **werknemer/Taxi X**

***Taxichauffeuse heeft recht op 628a-garantieloon na einde dienstverband m.u.p.-contract. Thuis wachten op ‘oproep’ is geen arbeid in de zin van artikel 7:610 BW.***

### *Feiten*

Werkneemster is van april 2012 tot oktober 2013 in dienst geweest van Taxi X op basis van een arbeidsovereenkomst met een uitgestelde prestatieplicht als taxichauffeuse. Werkneemster vorderde in eerste aanleg achterstallig loon op basis van een 40-uurige werkweek, dan wel uitbetaling van loon via artikel 7:628a BW. Voor het primaire standpunt verwijst werkneemster naar de volgende bepaling uit haar contract: ‘De werknemer is verplicht om, indien hij door de werkgever wordt opgeroepen, aan deze oproep gehoor te geven (...)’. De kantonrechter heeft de primaire vordering afgewezen nu uit de door werkneemster aangegeven feiten en omstandigheden niet kan worden vastgesteld dat er sprake is van een 40-urige werkweek. De subsidiaire vordering van werkneemster is afgewezen omdat er, gelet op de strekking van artikel 7:628a BW, geen althans onvoldoende onzekerheid was ten aanzien van de invulling van de werktijd met als gevolg dat compensatie niet noodzakelijk was. De kantonrechter wijst erop dat de verrichte werkzaamheden zijn uitgevoerd in een terugkerend patroon en werkneemster zelf haar arbeidsinzet heeft beperkt door haar verhinderingen aan de werkgever door te geven.

### *Oordeel gerechtshof*

Het hof oordeelt als volgt.

### *Arbeidsovereenkomst m.u.p.*

De arbeidsovereenkomst (m.u.p.-overeenkomst) die partijen met elkaar zijn aangegaan, is bijzonder in die zin dat de uit deze overeenkomst voortvloeiende prestaties eerst moeten worden verricht nadat de werkgever de werknemer heeft opgeroepen. De belangrijkste prestaties betreffen dan voor de werknemer het verrichten van arbeid en voor de werkgever

het betalen van loon. De vordering van werkneemster, inhoudende dat zij ook aanspraak kan maken op loon gedurende de periode dat zij (thuis) wacht op een oproep van de werkgever, is dan ook in strijd met de aard van het onderhavige arbeidscontract, ook al is werkneemster contractueel verplicht om aan de oproep van werkgever gehoor te geven. De onderhavige periode van beschikbaar zijn (door werkneemster ongemotiveerd begrensd tot 40 uren per week) kan ook overigens niet als (betaalde) arbeidstijd worden geduid. Het begrip ‘arbeidstijd’ is in de Europese Richtlijn 93/104/EG gedefinieerd als de tijd waarin de werknemer werkzaam is, ter beschikking van de werkgever staat en zijn werkzaamheden of functie uitoefent, overeenkomstig de nationale wetten en/of gebruiken. Het Hof van Justitie heeft geoordeeld dat er onder omstandigheden voor de werkgever een verplichting kan zijn om de werknemer een vergoeding te betalen voor de periode waarin laatstgenoemde zich beschikbaar moet houden voor werk. Zo heeft het hof in het arrest Simap (HvJ EG 3 oktober 2000, C-303/98) ten aanzien van wachtdiensten van artsen overwogen dat voor zover deze fysiek aanwezig moeten zijn in de gezondheidscentra, deze wachtdiensten de kenmerken van het begrip arbeidstijd vertonen maar dat dit anders is wanneer de artsen wachtdiensten verrichten waarbij zij permanent bereikbaar moeten zijn, doch zonder dat hun aanwezigheid in het gezondheidscentrum vereist is.

#### *Oproepgarantieloon ex artikel 7:628a BW*

Het hof stelt vast dat de arbeidsomvang niet of niet eenduidig is vastgelegd en dat werkneemster in beginsel recht heeft op extra loon in de zin van artikel 7:628a BW. Werkgever verweert zich voorts met de stelling dat werkneemster herhaalde malen werk heeft geweigerd en dat zij de omvang van het dienstverband heeft beperkt door aan te geven voor niet meer dan 20 uren per week beschikbaar te zijn en door steeds vele verhinderingen door te geven. Als dat niet was gebeurd, dan had zij voor meer dan 15 uren per week tewerk kunnen worden gesteld. Werkgever verwijst ter onderbouwing naar de ratio van artikel 7:628a BW, naar de redelijkheid en billijkheid en naar het gegeven dat werkneemster zonder meer een minimaal aanspraak op loon had gedurende het dienstverband. Hij doelt daarmee op het feit dat er sprake is geweest van een grotendeels vaststaand arbeidspatroon. Het hof verwerpt dit verweer nu de wetgever concreet heeft aangegeven welke werknemers aanspraak kunnen maken op het extra loon. Zoals eerder overwogen is in deze zaak aan de wettelijke criteria voldaan en zijn de aangedragen omstandigheden, naar het oordeel van het hof, geen bijzondere omstandigheden die maken dat de wettelijke regeling, overigens van dwingend recht, terzijde moet worden geschoven, al dan niet op de voet van artikel 6:248 lid 1 BW. In beginsel heeft werkneemster recht op extra loon uit hoofde van artikel 7:628a BW. Zij heeft gesteld dat zij op de aangegeven wettelijke grondslag aanspraak heeft op betaling van 650,25 uren. Op basis van het uurloon met verhoging komt dit neer op een te vorderen bedrag aan

achterstallig loon van € 8.294,35 bruto. Nu dit door werkgever onvoldoende gemotiveerd is betwist wordt deze vordering toegewezen.

---

**Instantie:** Gerechtshof 's-Hertogenbosch

**Datum uitspraak:** 24-01-2017

**ECLI:** ECLI:NL:GHSHE:2017:218

**Zaaknummer:** 200.173.994/01

**Rechters:** C.E.L.M. Smeenk-van der Weijden, Y.L.L.A.M. Delfos-Roy en J.M.H. Schoenmakers

**Advocaten:** R. Engwegen en W.H.A. Bos

**Wetsartikelen:** 7:628a BW en 7:610 BW

RECHTSPRAAK

**werknemers/grafisch bedrijf X**

***Wijziging arbeidstijdregeling niet in strijd met garantie-inkomen uit grafimedia-cao.***

*Feiten*

Het grafisch bedrijf heeft in 2012 bij de Centrale Ondernemingsraad (COR) een adviesaanvraag ingediend voor aanpassing van haar arbeidstijdregeling, om zodoende flexibeler in te kunnen spelen op de vraag, om de continuïteit van de onderneming te kunnen waarborgen. De COR heeft positief geadviseerd over dit voorstel, genaamd Panta Rhei. Het grafisch bedrijf heeft deze nieuwe arbeidstijdregeling per 1 januari 2013 ingevoerd. De Panta Rhei-regeling is per 25 april 2016 opgeheven. De regeling hield in dat het grafisch bedrijf een einde heeft gemaakt aan de tot dan gehanteerde vijfploegendienst. Uitgangspunt van de nieuwe arbeidstijdregeling is dat er wordt gewerkt als er werk is en waar er werk is. De periodesalarissen blijven ongewijzigd en het salaris moet worden verdiend door voldoende betaalluren te maken. Conform artikel 3.2.1 van de cao vindt een afbouw plaats van het bedrag waarmee het feitelijk inkomen als gevolg daarvan terugvalt. Deze regeling geldt voor werknemers jonger dan 55 jaar; het aantal betaalluren is voor deze werknemers teruggebracht tot 177 per vier weken (voorheen 193,6 betaalluren per vier weken). Op grond van artikel 3.2.4 van de cao vindt geen afbouw plaats vanaf de vijfenvijftigste verjaardag van een werknemer, voor wie reeds voor zijn vijftigste verjaardag een arbeidstijdregeling met afwijkende diensten gold. Werknemers voldoen aan die vereisten. Het grafisch bedrijf heeft werknemers aangeboden om te kiezen voor afbouw, waardoor zij minder uren behoeften te werken, of voor behoud van het feitelijk inkomen gebaseerd op de vijfploegendienst, waarbij zij dan voldoende betaalluren – te weten 193,6 uren – moesten maken. Werknemers hebben gekozen voor de laatste optie. Zij stellen zich thans op het standpunt dat de gehanteerde methode (meer uren werken voor hetzelfde geld ) in strijd is met de cao. Volgens hen dienen de extra uren als overwerk vergoed te worden. Kort samengevat komen de standpunten van partijen neer op het volgende. Volgens werknemers moeten zij sinds de invoering van Panta Rhei feitelijk meer uren werken om hetzelfde loon te blijven verdienen, hetgeen volgens hen in strijd is met de garantieregeling van artikel 3.2.4 van de cao. Het grafisch bedrijf heeft daar

tegen ingebracht dat de cao slechts handhaving van het vóór de invoering van Panta Rhei verdiende salaris garandeert, maar niet de manier waarop dat salaris moet worden verdiend. Het grafisch bedrijf heeft verder betwist dat werknemers meer uren moeten werken om hetzelfde loon te verdienen. Hoeveel zij kunnen verdienen hangt volgens het grafisch bedrijf af van de uren waarop zij werken, waardoor het (in verband met toeslagen) zelfs mogelijk is om in minder uren hetzelfde te verdienen als voorheen. De kantonrechter heeft de vorderingen afgewezen.

#### *Oordeel gerechtshof*

Het hof oordeelt als volgt.

#### *Garantieloon is niet gelijk aan garantie-uren*

De cao voorziet in de mogelijkheid dat per onderneming nadere afspraken worden gemaakt over de invulling van de in de cao daartoe aangegeven onderwerpen, waaronder een arbeidstijdregeling (art. 1.4.4). Partijen zijn het erover eens dat het grafisch bedrijf de arbeidstijdregeling heeft gewijzigd met instemming van de COR en de OR (zoals volgens de cao is voorgescreven). Ook zijn partijen het erover eens dat deze wijziging in de arbeidstijdregeling ertoe leidt dat het grafisch bedrijf voor al haar werknemers die worden getroffen door die wijziging, artikel 3.2 van de cao dient toe te passen. Kort samengevat ziet deze bepaling op een situatie als bij het grafisch bedrijf aan de orde, te weten dat het inkomen van de werknemers lager wordt als gevolg van een wijziging van afwijkende diensten. Afwijkende diensten zijn, kort gezegd, diensten die afwijken van de dagdienst, zoals in dit geval de vijfpluogendienst waarin het grafisch bedrijf werkte vóór de invoering van Panta Rhei. Artikel 3.2 strekt ertoe dat de wijziging van de afwijkende diensten niet ineens leidt tot een terugval in inkomen, maar dat deze terugval op een geleidelijke manier geschiedt. In de situatie als bij het grafisch bedrijf aan de orde, wordt op grond van artikel 3.2.5 het totale loon van de werknemers die niet vallen onder de garantieregeling van artikel 3.2.4, afgebouwd (het 'feitelijk inkomen', dus het vaste loon en de toeslagen als gevolg van het werken in vijfpluogendienst, wordt afgebouwd). Volgens de garantieregeling van artikel 3.2.4 vindt afbouw niet plaats voor de in die bepaling genoemde personen (hierna eenvoudig aangeduid als 'de 55-plussers, waaronder werknemers'). Artikel 3.2.4 vangt aan met 'Afbouw'. Dit slaat logischerwijs terug op artikel 3.2.1, dus op 'afbouw van het feitelijk inkomen'. Noch in artikel 3.2.1 noch in artikel 3.2.4 wordt een koppeling gelegd tussen het feitelijk inkomen en de daarmee gemoeide arbeidstijd. Kortom, uit de tekst van de cao blijkt niet dat ook het aantal te werken uren, nodig om het aantal van 193,6 betaalluren en het daarmee corresponderende feitelijke inkomen te behalen, niet mag wijzigen. Uit de tekst van de cao blijkt slechts dat het feitelijke inkomen niet mag dalen. Hoewel het op het eerste gezicht redelijk lijkt dat de

garantieregeling van artikel 3.2.4 ook zou moeten inhouden dat het aantal te werken uren niet mag wijzigen, kan dat niet uit de tekst van de cao worden afgeleid. Het hof acht de uitleg die werknemers geven aan de garantieregeling van artikel 3.2.4 onvoldoende aannemelijk. Weliswaar komt het er feitelijk op neer dat het gemiddelde uurloon van werknemers daalt wanneer zij daarvoor meer uren moeten werken, maar uit de cao valt niet af te leiden dat dit met de garantieregeling is beoogd te voorkomen. Immers, uit artikel 3.2 valt af te leiden dat een wijziging van de arbeidstijdregeling voor alle werknemers negatieve gevolgen heeft. Artikel 3.2.5 beoogt een verzachting te geven van die negatieve gevolgen door een afbouwregeling. De niet 55-plussers gaan er allemaal in inkomen op achteruit, terwijl de 55-plussers in elk geval in staat worden gesteld hetzelfde feitelijk inkomen te blijven verdienen. Om die reden acht het hof het niet uitgesloten dat cao-partijen met de garantieregeling van artikel 3.2.4 een nog iets verdergaande verzachting hebben willen regelen voor 55-plussers in die zin dat hun inkomen er niet op achteruit gaat, maar dat daar dan wel tegenover staat dat zij mogelijk wat meer uren (of op ongunstiger tijden) moeten werken.

*Meer uren voor hetzelfde 'garantie-inkomen' niet in strijd met cao, tenzij...*

Volgens werknemers is de wijze waarop het grafisch bedrijf uitvoering geeft aan de arbeidstijdregeling en de voor hen geldende garantieregeling van artikel 3.2.4 in strijd met artikel 6.2.1 van de cao waarin volgens hen is bepaald dat de wekelijkse gemiddelde arbeidstijd 36 uur bedraagt, terwijl zij gemiddeld substantieel meer uren per week werken. In artikel 6.2.1 is inderdaad bepaald dat de normale arbeidsduur gemiddeld 36 uur per week bedraagt. Echter, in artikel 6.3.1 is opgenomen dat de overeengekomen arbeidstijdregeling kan worden aangepast door middel van toevoeging of opname van flexibele uren, teneinde fluctuerend aanbod, beschikbare productiemiddelen en personele bezetting op elkaar af te stemmen. Dat nu, is precies wat het grafisch bedrijf heeft gedaan, hetgeen dus niet in strijd is met de cao. De uitleg die werknemers geven aan de garantieregeling van artikel 3.2.4 volgt dus niet uit artikel 6.2.1 omdat daarop in dit geval de uitzondering geldt van artikel 6.3.

Voor zover zij hebben bedoeld dat zij slechts hetzelfde feitelijk inkomen kunnen verdienen als vóór de invoering van Panta Rhei, door te werken op tijden die als meeruren gekwalificeerd worden, heeft het volgende te gelden. Als dat aan de orde is, hetgeen werknemers onvoldoende hebben toegelicht, dan is het hof van oordeel dat dit in strijd is met de garantieregeling van artikel 3.2.4, omdat meeruren niet meetellen voor de hoogte van het feitelijk inkomen. Het hof moet die stelling echter afleiden uit een onduidelijke stelling die nadere interpretatie vraagt en die bovendien pas is ingenomen ter gelegenheid van het pleidooi, terwijl werknemers niet hebben toegelicht waarom in dit geval een uitzondering gemaakt zou moeten worden op de zogenaamde twee-conclusie-regel. Als het hof die stelling al op de juiste manier heeft geïnterpreteerd dan blijft staan dat werknemers onvoldoende

inzicht hebben gegeven in de door hen feitelijk gewerkte uren. Ook is niet, althans onvoldoende verduidelijkt of en wanneer zij hebben gewerkt 'buiten de vastgestelde arbeidstijdregeling', zoals is bepaald in de eerste alinea van artikel 6.4.1. Zij hebben dus niet voldaan aan hun stelplicht in dit opzicht.

---

**Instantie:** Gerechtshof 's-Hertogenbosch

**Datum uitspraak:** 24-01-2017

**ECLI:** ECLI:NL:GHSHE:2017:197

**Zaaknummer:** 200.160.767/01

**Rechters:** M.J.H.A. Venner-Lijten, M. van Ham en J.I.M.W. Bartelds

**Advocaten:** J.A. van den Berg en E. Doornbos

**Wetsartikelen:** CAO Grafimedia

RECHTSPRAAK

## **werknemer/Intervet International B.V.**

### ***Uitleg gewogen dienstjaren sociaal plan: fusiewerkgever geen rechtsopvolger van werkgever in sociaal plan.***

#### *Feiten*

In de periode van 1 januari 1999 tot 1 september 2006 heeft werknemer gewerkt voor Merck Sharpe & Dohme (MSD) B.V. Op 1 maart 2009 is werknemer in dienst getreden van Intervet. Op 3 november 2009 heeft een fusie plaatsgevonden tussen de Amerikaanse (groot)moedervennootschappen Schering-Plough Corporation en Merck & Co, Inc. Deze fusie vond plaats op topholdingniveau en leidde tot één (wereldwijd) Merck- of MSD-concern (hierna het MSD-concern genoemd). De Nederlandse vennootschappen MSD en Intervet zijn voortgezet en maakten beide vanaf die datum deel uit van het MSD-concern. Op 18 mei 2010 zijn alle werkgevers binnen het MSD-concern een sociaal plan overeengekomen. Werknemer vordert van Intervet een additionele ontslagvergoeding omdat volgens hem het sociaal plan met betrekking tot het 'gewogen aantal dienstjaren' verkeerd is toegepast. Volgens werknemer hadden de dienstjaren bij MSD als 'rechtsvoorganger' van Intervet meegenomen moeten worden. De kantonrechter heeft overwogen dat nu het sociaal plan geen definitie van het begrip 'rechtsopvolger' geeft, aansluiting dient te worden gezocht bij de betekenis van dit woord in het maatschappelijk verkeer. Volgens de kantonrechter wordt in het maatschappelijk verkeer onder rechtsopvolging hoe dan ook een zekere overdracht van bepaalde rechten en/of verplichtingen aan de rechtsopvolger verstaan. Gesteld noch gebleken is dat daarvan sprake is geweest, aldus de kantonrechter. De kantonrechter heeft vervolgens geoordeeld dat werknemer onvoldoende heeft aangedragen om de conclusie te rechtvaardigen dat het MSD-concern in het maatschappelijk verkeer als rechtsopvolger van Intervet kan worden aangemerkt. Tegen dit oordeel keert werknemer zich in hoger beroep. De economische werkelijkheid is volgens werknemer hierbij van belang en deze is dat Intervet overgenomen is door en onderdeel is geworden van het MSD-concern. Het MSD-concern is aldus naar normaal spraakgebruik volgens werknemer de rechtsopvolger van Intervet. Verder stelt werknemer dat het sociaal plan tot rechtszekerheid en tot bescherming van de werknemers dient en dus, indien definities in het sociaal plan voor tweërlei uitleg vatbaar zijn, een uitleg



ten gunste van de werknemer dient te worden gehanteerd.

*Oordeel gerechtshof - fusiewerkgever geen rechtsopvolger van werkgever in sociaal plan*

Het hof oordeelt als volgt. Werknemer is als individuele werknemer niet als partij bij de totstandkoming van het sociaal plan betrokken, maar doet daarop thans wel een beroep. Hij wenst als derde daaraan rechten te ontleen. Nu de rechtspositie van een derde in het geding is, dient volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad de uitleg van het sociaal plan te geschieden aan de hand van de zogenaamde cao-norm. Nu het sociaal plan geen definitie geeft van het begrip 'rechtsopvolger' is het hof – evenals de kantonrechter – van oordeel dat aansluiting dient te worden gezocht bij de betekenis van dit woord in het maatschappelijk verkeer. Bij rechtsopvolging zullen er, ook in de betekenis die die term in het maatschappelijk verkeer heeft, rechten moeten overgaan; de eerdere rechthebbende raakt zijn rechten kwijt aan en wordt opgevolgd in zijn rechten door de rechtsopvolger. Op topholdingniveau zijn de Amerikaanse (groot)moedervennootschappen Schering-Plough Corporation en Merck & Co, Inc. op 3 november 2009 gefuseerd tot het huidige MSD-concern. Vóór die fusie was werknemer in dienst bij Intervet en na de fusie is Intervet werkgever gebleven van werknemer. Dat is tussen partijen niet in geschil. Gesteld noch gebleken is dat er rechten of verplichtingen van Intervet zijn overgegaan naar het MSD-concern. De stelling van werknemer dat voor het begrip 'rechtsopvolger' in het sociaal plan aansluiting dient te worden gezocht bij het normale spraakgebruik – hetgeen betekent dat het gaat om de 'overname' van Intervet door het MSD-concern – acht het hof op grond van het vorenstaande onjuist. Ook al zou het MSD-concern wel als rechtsopvolger van Intervet beschouwd moeten worden dan nog kan artikel 1.N van het sociaal plan niet zo gelezen worden dat de dienstjaren die zijn opgebouwd bij MSD, welke vennootschap deel uitmaakte van het toenmalige MSD-concern, eveneens meetellen. Het hof acht deze redenering van werknemer dermate gekunsteld dat deze naar objectieve maatstaven op geen enkele manier verdedigbaar is. Intervet maakte immers voor de fusie deel uit van het toenmalige Schering-Plough-concern en niet van het toenmalige MSD-concern.

---

**Instantie:** Gerechtshof 's-Hertogenbosch

**Datum uitspraak:** 24-01-2017

**ECLI:** ECLI:NL:GHSHE:2017:213

**Zaaknummer:** 200.166.485/01

**Rechters:** C.E.L.M. Smeenk-van der Weijden, M.J.H.A. Venner-Lijten en A.E. Bos

**Advocaten:** B.E.J.M. Tomlow en M. van Eck

**Wetsartikelen:** Sociaal Plan MSD

RECHTSPRAAK

**werknemer/ABN AMRO Bank NV**

***Werkgever heeft niets gedaan of nagelaten om bij werknemer het gerechtvaardigd vertrouwen te wekken dat de door werknemer verrichte passende arbeid de bedongen arbeid is geworden. Enkel tijdsverloop maakt niet dat passende arbeid bedongen arbeid wordt.***

*Feiten*

Werknemer is sinds 1969 in dienst bij (de rechtsvoorganger van) ABN AMRO Bank NV (hierna: ABN AMRO) als administratief medewerker. Aan werknemer is in 1992 bericht dat hij over de maximumperiode ziekingeld heeft ontvangen en dat hem een arbeidsongeschiktheidsuitkering wordt toegekend. Werknemer heeft sinds 1995 structureel 20 uur per week passende werkzaamheden verricht tegen loonwaarde, tot hij op 1 december 2009 opnieuw volledig uitviel. Per 1 mei 2013 heeft ABN AMRO met verkregen toestemming van het UWV wegens langdurige arbeidsongeschiktheid van werknemer het dienstverband opgezegd. Werknemer vordert een verklaring voor recht dat sprake is van nieuwe, bedongen arbeid waardoor een nieuwe periode van loondoorbetaling tijdens ziekte is ontstaan op 1 december 2009. Aan deze vordering legt werknemer ten grondslag dat er na 1995 sprake was van een wijziging, namelijk dat de aan hem aangeboden passende arbeid de bedongen arbeid was geworden. De kantonrechter heeft de vorderingen van werknemer afgewezen. Tegen dit vonnis komt werknemer in hoger beroep.

*Oordeel*

*Is passende arbeid bedongen arbeid geworden?*

Werknemer voert aan dat hij er gerechtvaardigd op heeft mogen vertrouwen dat de passende arbeid heeft te gelden als de bedongen arbeid, aangezien de aard en de omvang van de werkzaamheden van werknemer niet ter discussie stonden, de passende arbeid werd verricht van 1 juli 1995 tot 1 december 2009 en het vanaf 1 juli 1995 duidelijk was dat er geen uitzicht meer was op herstel. Als gevolg hiervan is met ingang van 1 december 2009 een nieuwe – werknemer heeft al eerder twee jaar loon doorbetaald gekregen tijdens ziekte – periode van

loondoorbetaling tijdens ziekte ontstaan, aldus werknemer. Het hof stelt voorop dat enkel tijdsverloop niet maakt dat passende arbeid bedongen arbeid wordt. Daarvoor is vereist dat ABN AMRO (of haar rechtsvoorgangers) iets heeft gedaan of nagelaten om bij werknemer het daartoe gerechtvaardigd vertrouwen te wekken. Hierbij is als gezichtspunt van belang dat ABN AMRO als werkgever verplicht is tot re-integratie en zij dus niet het langdurig verrichten van passend werk kan voorkomen. Het beroep dat werknemer in dit kader doet op door UWV (of haar rechtsvoorgangers) genomen beslissingen of stukken, waaronder het feit dat er sprake is van 'structureel geaccepteerde arbeid', kunnen niet worden meegenomen omdat het geen gedragingen van ABN AMRO betreffen. Daarnaast wijst werknemer op brieven van ABN AMRO (of haar rechtsvoorgangers) over loonsverhoging, benoeming in functies en bonussen. Daaruit kan echter niet worden afgeleid dat werknemer erop mocht vertrouwen dat er een wijziging in het arbeidscontract heeft plaatsgevonden. Werknemer geeft immers zelf aan dat deze brieven geen wijziging hebben gebracht in zijn feitelijke situatie. Hij heeft gedurende lange tijd steeds hetzelfde werk verricht maar dan in deeltijd. Daarbij is van belang dat hij daarbij steeds 6 uren per dag werkte om 4 uur uitbetaald te krijgen, hetgeen eerder onderbouwt dat het gaat om passend werk en niet om bedongen arbeid en dat de arbeidsongeschiktheid van werknemer een chronisch karakter heeft. Gezien het aangehaalde verslag van het gesprek op 28 juli 2005 heeft ABN AMRO op dat moment aan werknemer voldoende duidelijk aangegeven dat zij er steeds van uit is gegaan dat werknemer tot dan toe passende arbeid had verricht en dat ABN AMRO ervan uitging dat werknemer die passende arbeid zou blijven verrichten. Immers uit dat verslag blijkt dat ABN AMRO ervan uitging dat er geen medische eindtoestand was ingetreden, nu het ziektebeeld van werknemer de afgelopen jaren was verslechterd en de kans op 'volledig WAO' groot was. Zolang er volgens ABN AMRO geen medische eindtoestand was bereikt, mocht werknemer er niet van uitgaan dat ABN AMRO bereid was om op die onzekere basis en zelfs met een grote kans op volledige uitval van werknemer, het werk dat werknemer verrichtte als bedongen arbeid te beschouwen, waarmee ABN AMRO het risico op zich wilde nemen dat zij bij uitval van werknemer opnieuw tot loondoorbetaling bij ziekte zou zijn gehouden. Gelet op het voorgaande heeft werknemer onvoldoende gesteld om de conclusie te kunnen trekken dat hij er redelijkerwijze van uit mocht gaan dat de door hem vanaf 1 juli 1995 verrichtte arbeid door hem als tussen ABN AMRO en hem overeengekomen arbeid mocht worden beschouwd.

---

**Instantie:** Gerechtshof 's-Hertogenbosch

**Datum uitspraak:** 24-01-2017

**ECLI:** ECLI:NL:GHSHE:2017:223

**Zaaknummer:** 200.181.893\_01

**Rechters:** J.W. van Rijkom, J.M.H. Schoenmakers en O.G.H. Milar

**Advocaten:** M.H. van Roekel en P.C.M. van der Ven

**Wetsartikelen:** 7:629 BW, 7:658a BW en 3:35 BW

## RECHTSPRAAK

### **werkneemster/Vabonet B.V.**

***Nawerking avv-cao. Geen recht op cao-uurloon en de in de cao geregelde toeslagen gedurende de periode waarin de cao niet algemeen verbindend is verklaard. Jojo-effect. Wel recht op in cao geregelde loonsuppletie tijdens ziekte, ondanks einde avv-cao. Verkregen recht (Beenen/Vanduhö).***

#### *Feiten*

Bij tussenvonnis heeft de kantonrechter werkneemster verzocht een gespecificeerde berekening over te leggen van haar loonvordering over de jaren 2010 tot en met 2015, rekening houdend met de perioden waarover de cao algemeen verbindend is verklaard en rekening houdend met de bedragen die reeds zijn betaald. Werkneemster stelt in haar antwoordakte van 12 oktober 2016 ter discussie of gedurende de perioden waarin de cao niet algemeen verbindend verklaard is geweest, moet worden teruggevallen op het oorspronkelijke loon. Zij beroept zich op jurisprudentie van de Hoge Raad waaruit volgens haar volgt dat de regel dat een avv-cao geen nawerking heeft later door de Hoge Raad is genuanceerd en dat zij op grond daarvan ook over de avv-loze perioden recht heeft op het cao-uurloon.

#### *Oordeel*

#### *Uurloon en toeslagen*

De kantonrechter oordeelt als volgt. Vaste jurisprudentie is dat een avv-cao geen nawerking heeft (Stichting Rode Kruis Ziekenhuis/Te Riet). Volgens werkneemster is dit later door de Hoge Raad genuanceerd (HR 2 april 1993, JAR 1993/100). Anders dan in die door de Hoge Raad beoordeelde zaak zijn partijen in deze zaak wel degelijk een bepaald uurloon overeengekomen, namelijk (aanvankelijk) € 8,50 bruto per uur. In deze zaak staat daarom niet ter discussie of werkneemster recht had op loon of niet, maar (slechts) of zij recht had op het door haar werkgever (Vabonet) betaalde uurloon (blijkens de loonstroken: steeds het minimumloon), of op het (iets hogere) cao-uurloon. Werkneemster heeft geen verklaringen en/of gedragingen van Vabonet gesteld op grond waarvan zij erop mocht vertrouwen dat

Vabonet ook buiten de avv-perioden het cao-uurloon aan haar zou betalen, ook niet indien daarbij betrokken zou worden de omstandigheid dat de cao in de perioden waarin deze algemeen verbindend was verklaard recht gaf op een hoger uurloon dan het uurloon dat Vabonet betaalde. Werkneemster heeft er nog op gewezen dat ingeval na een avv-periode het oorspronkelijk geldende loon niet meer van toepassing zou zijn, er sprake is van een in de literatuur sterk bekritiseerd '*jojo-effect*', en dat dan sprake is van rechtsonzekerheid en rechtsongelijkheid. Dit maakt voormelde conclusie niet anders. Mede gelet op het bijzondere karakter van de aanspraken die enkel zijn gegrond op een avv-cao, waarbij cao-bepalingen verbindend worden op grond van een overheidsmaatregel gedurende een welomschreven, beperkte periode, is het met dit stelsel niet te verenigen om door een extensieve interpretatie van de wet de geldingsduur van de betreffende cao-bepalingen voorbij die periode te verlengen op de enkele grond dat deze tijdens de periode van de verbindendheid deel uitmaakten van de arbeidsovereenkomsten waarvoor de verbindendverklaring gold. Ook de eventuele praktische problemen die voor werkgevers kunnen ontstaan, wanneer na het einde van een avv-periode weer andere arbeidsvoorwaarden gaan gelden doen hier niet aan af. Voorts is de onderhavige problematiek onder meer aan de orde geweest in de uitspraak Beenen/Vanduhoe van de Hoge Raad. Uit deze uitspraken volgt dat een in een avv-periode verkregen recht op suppletie van het loon tijdens arbeidsongeschiktheid voor een bepaald tijdvak niet wordt aangetast doordat de cao-bepaling waarop het berust in de loop van dat tijdvak ophoudt algemeen verbindend te zijn. Met betrekking tot de vordering vanwege het te lage uurloon is van een dergelijk recht voor de duur van een bepaald tijdvak geen sprake, zodat werkneemster zich niet op deze uitspraak kan beroepen. Uit het voorgaande volgt dat werkneemster slechts aanspraak heeft op het cao-uurloon, alsmede op bepaalde toeslagen voor het werken op vrijdagavond en zaterdag, tijdens de perioden van algemeenverbindendverklaring.

#### *Loon tijdens ziekte*

Werkneemster is vanaf 7 april 2015 arbeidsongeschikt wegens ziekte. Op die datum was de cao algemeen verbindend verklaard. Onder meer uit het arrest Beenen/Vanduhoe volgt dat zij daarom recht heeft op de in de cao geregelde aanvulling van het loon tijdens ziekte gedurende de in de op dat moment geldende cao vermelde periode, ook al is de avv-periode van deze cao inmiddels per 1 juli 2015 geëindigd. Op grond van artikel 38 van de cao heeft zij vanaf 7 april 2015 daarom recht op een loondoorbetaling gedurende maximaal twee jaar van 100% gedurende de eerste zes maanden van arbeidsongeschiktheid, 90% gedurende de daaropvolgende zes maanden en 85% gedurende de daaropvolgende twaalf maanden.

**Instantie:** Rechtbank Midden-Nederland

**Datum uitspraak:** 18-01-2017

**ECLI:** ECLI:NL:RBMNE:2017:116

**Zaaknummer:** 4468864 UC EXPL 15-14596

**Rechters:** P. Krepel

**Advocaten:** A.M.J. Driessens-Kuijpers

**Wetsartikelen:** Wet CAO en Wet AVV

RECHTSPRAAK

**werknemer/werkgever**

***Zonder vertegenwoordigingsbevoegdheid tekenen van addendum, waardoor relatie van werkgever samenwerkingsverband zonder instemming van werkgever kon opzeggen, levert een dringende reden voor ontslag op staande voet op. Werknemer beconcurrereert werkgever onrechtmatig met eigen BV.***

*Feiten*

Werknemer is sinds 1 maart 2014 in dienst van werkgever. Werkgever is met een aantal andere bedrijven een samenwerkingsverband aangegaan, waarbij zij zich inzetten voor een concept (hierna: het concept). Werknemer is hierop ingezet als conceptontwikkelaar/projectleider. Aan werknemer is geen volledige volmacht toegekend. Werknemer is enkel bevoegd offertes en opdrachten te tekenen tot € 25.000 en materiaal aan te schaffen tot € 1500. Op 1 februari 2016 is werknemer met de VvE een intentieverklaring overeengekomen. Op 13 april 2016 is een addendum op de intentieverklaring opgesteld, waarin onder meer is opgenomen dat beëindiging van de samenwerking geen nadelige consequenties voor de VvE en haar leden heeft, ook wanneer er geen vertrouwen meer is in partijen, zelfs wanneer dat slechts 'een gevoel' is. Werknemer heeft voornoemd addendum ondertekend, zonder toestemming van zijn leidinggevende/de CEO. Eind april 2016 heeft werknemer een eigen BV opgericht en (op eigen naam) een aanvraag gedaan voor de registratie van de beeld- en merknaam die overeenkomt met de naam van het concept. Eind augustus 2016 heeft de VvE de samenwerking met werkgever beëindigd vanwege onvoldoende vertrouwen in een goede samenwerking. Werknemer is op 27 september 2016 op staande voet ontslagen. Werknemer verzoekt primair vernietiging van het ontslag op staande voet en subsidiair een verklaring voor recht dat geen sprake is van ernstig verwijtbaar handelen door werknemer, alsmede een verklaring voor recht dat geen geldig concurrentiebeding c.q. relatiebeding is overeengekomen, toekenning van een billijke vergoeding en veroordeling van werkgever tot betaling van het loon over de opzegtermijn en de transitievergoeding. Werkgever verzoekt onder meer om toekenning van een gefixeerde schadevergoeding, alsmede om oplegging aan werknemer van een verbod om concurrerende werkzaamheden te verrichten.



### *Oordeel*

#### *Dringende reden*

Werknemer heeft het addendum getekend zonder instemming en buiten medeweten van de CEO. Werknemer had deze bevoegdheid niet. Het had werknemer duidelijk moeten zijn dat hij het ondertekenen van een addendum op grond van zijn arbeidsovereenkomst eerst met de CEO had moeten bespreken. Dit geldt temeer nu onweersproken is gesteld dat het een belangrijk project was waar veel van afhing. In het addendum is uitdrukkelijk bedongen dat een beëindiging van de samenwerking op grond van de intentieverklaring geen nadelige financiële consequenties voor de VvE zou hebben en dat onder een onderbouwde beëindiging van de samenwerking, zoals in de intentieverklaring is opgenomen, wordt verstaan dat daarvan al sprake is als er 'een gevoel bestaat' dat er geen vertrouwen meer is. Het spreekt voor zich dat – ook voor een niet-jurist – duidelijk is dat hiermee de beëindiging van de samenwerking op grond van de intentieverklaring door de VVE op elk moment kon geschieden zonder dat werkgever aan de beëindiging en de gevolgen daarvan voorwaarden kon stellen. Werkgever mocht van werknemer verwachten dat een dergelijke, vrij ingrijpende aanvulling niet zonder instemming van de CEO zou plaatsvinden. Een en ander levert een dringende reden voor het aan werknemer gegeven ontslag op staande voet op.

#### *Onverwijldheid*

De kantonrechter is van oordeel dat werkgever in het onderhavige geval voldoende voortvarend heeft gehandeld. Werkgever wist niet al op 23 augustus 2016 dat werknemer het addendum had ondertekend. Vanwege de ontkenning door werknemer was er onderzoek nodig naar het handelen van werknemer. Het onderzoek heeft zeven dagen geduurd. Vervolgens is werknemer in de gelegenheid gesteld te reageren en is hij op staande voet ontslagen. Gelet op het voorgaande is het ontslag op staande voet onverwijld gegeven. De verzoeken tot vernietiging van het ontslag op staande voet dan wel tot toekenning van een billijke vergoeding worden dan ook afgewezen.

#### *Ernstig verwijtbaar handelen*

Hoewel een dringende reden niet noodzakelijk hoeft samen te vallen met ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer, leveren de feiten en omstandigheden die de dringende reden vormen in dit geval ook een dergelijke ernstige verwijtbaarheid op. Het verzoek tot het geven van een verklaring voor recht dat werknemer niet ernstig verwijtbaar heeft gehandeld en het verzoek tot betaling van de transitievergoeding worden dan ook afgewezen.

### *Concurrentie-/relatiebeding*

In artikel 7:653 BW staat omschreven dat een concurrentiebeding in een overeenkomst voor bepaalde tijd slechts geldig is, indien uit de bij dat beding opgenomen schriftelijke motivering van de werkgever blijkt dat het beding noodzakelijk is vanwege zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen. Nu het concurrentiebeding geen schriftelijke motivering bevat is het beding in de arbeidsovereenkomst nietig. De verklaring voor recht wordt dan ook toegewezen.

### *Tegenverzoek werkgever: gefixeerde schadevergoeding*

Op grond van artikel 7:686a lid 4 onderdeel a in samenhang met artikel 7:677 lid 2 BW dient het verzoek om gefixeerde schadevergoeding te worden ingediend binnen twee maanden na de dag waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd. Nu de arbeidsovereenkomst op 27 november 2016 tot een einde is gekomen en het verzoek pas op 12 december 2016 is ingediend, is de termijn van twee maanden overschreden. Werkgever wordt dan ook niet-ontvankelijk verklaard ten aanzien van dit verzoek.

### *Tegenverzoek: onrechtmatige concurrentie*

Het geschil tussen partijen op dit punt draait met name om het gebruik van het concept door werknemer, voor eigen gewin. Tijdens het dienstverband met werkgever heeft werknemer, zonder instemming of medeweten van werkgever, een BV opgericht en (op eigen naam) een aanvraag gedaan voor de registratie van de beeld- en merknaam die overeenkomt met de naam van het concept. Voldoende is komen vast te staan dat werknemer, met gebruik van kennis en gegevens die hij heeft opgedaan bij werkgever, tijdens zijn dienstverband bezig was de met werkgever concurrerende BV te exploiteren voor eigen gewin. Daarmee is komen vast te staan dat werknemer onrechtmatig heeft gehandeld jegens werkgever. De kantonrechter ziet dan ook aanleiding om het door werkgever verzochte verbod op te leggen gedurende een periode van een jaar.

---

**Instantie:** Rechtbank Midden-Nederland

**Datum uitspraak:** 18-01-2017

**ECLI:** ECLI:NL:RBMNE:2017:308

**Zaaknummer:** 5541686 UE VERZ 16-678 JES/1267 (hoofdverzoek), 5541704 UE 16-680 (provisieel verzoek), 5579272 UE 16-722 (tegenverzoek bij verweer)

**Rechters:** M.J. Slootweg

**Advocaten:** R. Reumkens en S. van de Kam

**Wetsartikelen:** 7:653 BW, 7:677 BW, 7:678 BW en 7:681 BW

RECHTSPRAAK

**werkneemster/Arbo Unie B.V.**

***Vernietiging opzegging arbeidsovereenkomst. Strijd met opzegverbod tijdens ziekte. Tegenverzoek tot terugbetaling van loon wordt, mede gezien de stelling van werkneemster dat zij zich niet realiseerde een te hoog bedrag te hebben ontvangen, als strijdig met goed werkgeverschap aangemerkt.***

*Feiten*

Werkneemster is sinds december 1998 bij Arbo Unie B.V. (hierna: Arbo Unie) in dienst en was laatstelijk werkzaam als medewerker service unit. Op 15 oktober 2014 heeft werkneemster zich ziek gemeld vanwege angst- en stemmingsklachten. Op 1 maart 2016 heeft de bedrijfsarts een functionele mogelijkhedenlijst (hierna: FML) ten aanzien van de beperkingen van werkneemster opgesteld. Op 11 maart 2016 heeft Arbo Unie werkneemster bij het UWV hersteld gemeld per 8 maart 2016. Werkneemster heeft vervolgens een deskundigenoordeel van het UWV gevraagd over de vraag of zij op 8 maart 2016 al dan niet arbeidsgeschikt was. Bij brief van 2 mei 2016 heeft het UWV aan zowel werkneemster als Arbo Unie bericht dat werkneemster op 8 maart 2016 nog niet in staat wordt geacht de werkzaamheden volledig te kunnen doen. Arbo Unie heeft op 28 april 2016, met toestemming van het UWV, de arbeidsovereenkomst met werkneemster opgezegd per 1 september 2016. Werkneemster verzoekt primair de opzegging van de arbeidsovereenkomst te vernietigen, omdat is opgezegd in strijd met het opzegverbod bij ziekte. Voor het geval het primaire verzoek van werkneemster wordt toegewezen, verzoekt Arbo Unie als tegenverzoeken (1) veroordeling van werkneemster tot terugbetaling van een bedrag van € 2674,01 bruto exclusief 8% vakantiegeld te vermeerderen met wettelijke rente, (2) de vaststelling dat werkneemster vanaf 8 maart 2016 tot en met 14 oktober 2016 slechts recht heeft op 70% van haar brutomaandsalaris en (3) de vaststelling dat het (mogelijk) te laat aanvragen van een WIA-uitkering aan werkneemster te wijten is.

*Oordeel*

*Opzegging vernietigbaar vanwege opzegverbod?*

Tussen partijen staat vast dat werkneemster ten tijde van de betermelding door Arbo Unie per 8 maart 2016 een jaar en vijf maanden onafgebroken arbeidsongeschikt was vanwege angst- en stemmingsklachten. Arbo Unie heeft gemeend om op grond van een onderzoek van een arbeidsdeskundige werkneemster per direct volledig arbeidsgeschikt te melden, echter ter comparitie heeft Arbo Unie desgevraagd (terecht) verklaard dat een arbeidsdeskundige géén oordeel velt over de arbeids(on)geschiktheid van een werknemer. Een dergelijk oordeel is immers voorbehouden aan de bedrijfsarts. Nergens blijkt uit dat de bedrijfsarts werkneemster per 8 maart 2016 arbeidsgeschikt heeft geacht. De slotsom is dan ook dat werkneemster ook nog op 8 maart 2016 arbeidsongeschikt moet worden geacht. Om die reden vernietigt de kantonrechter de opzegging van de arbeidsovereenkomst wegens het opzegverbod tijdens ziekte.

*Tegenverzoeken Arbo Unie*

Arbo Unie heeft de kantonrechter allereerst verzocht werkneemster te veroordelen om aan Arbo Unie een bedrag van € 2674,01 bruto exclusief 8% vakantiegeld terug te betalen vanwege te veel betaald loon. Op grond van artikel 15 lid 2 cao Arbo Unie had werkneemster namelijk recht op slechts 70% van haar brutomaandsalaris tijdens het tweede jaar van ziekte.

Werkneemster heeft tegen dit verzoek onder meer verweer gevoerd met een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid, alsook het goed werkgeverschap. De kantonrechter honoreert het verweer van werkneemster en wijst het tegenverzoek van Arbo Unie af. Hierbij is van belang dat werkneemster zich niet heeft gerealiseerd dat zij een te hoog bedrag aan loon over de periode 8 maart 2016 tot 1 september 2016 heeft ontvangen. Arbo Unie heeft per 8 maart 2016 het volledige loon van werkneemster betaald in plaats van de 70% tijdens ziekte. Ter comparitie heeft Arbo Unie hierover verklaard dat zij geen contact met werkneemster heeft gehouden na de betermelding op 8 maart 2016; Arbo Unie wist dan ook niet dat werkneemster een deskundigenoordeel bij het UWV had aangevraagd. Na ontvangst van het deskundigenoordeel heeft Arbo Unie bij brief van 12 augustus 2016 vervolgens welbewust en weloverwogen vastgehouden aan de opzegging van de arbeidsovereenkomst van werkneemster en is zij het volledige loon blijven doorbetalen. Het tegenverzoek tot terugbetaling van een voor werkneemster zeer hoog bedrag (ongeveer twee maanden brutoloon) moet gezien al het voorgaande als strijdig met goed werkgeverschap worden aangemerkt. Nu het verzoek tot veroordeling van werkneemster tot terugbetaling van loon wordt afgewezen, moet het volgende verzoek tot vaststelling dat werkneemster vanaf 8 maart 2016 tot en met 14 oktober 2016 slechts recht heeft op 70% van haar brutomaandsalaris eveneens worden afgewezen voor zover dit ziet op de periode 8 maart 2016 tot 1 september 2016. Dit tegenverzoek wordt slechts toegewezen voor zover het de periode 1 september 2016

tot 15 oktober 2016 betreft. Ten slotte wordt het derde tegenverzoek afgewezen, strekkende tot de vaststelling dat het (mogelijk) te laat aanvragen van een WIA-uitkering aan werkneemster te wijten is. Hiervoor is reeds door de kantonrechter overwogen dat Arbo Unie ten opzichte van werkneemster niet heeft gehandeld zoals van een goed en zorgvuldig werkgever mag worden verwacht.

---

**Instantie:** Rechtbank Midden-Nederland

**Datum uitspraak:** 18-01-2017

**ECLI:** ECLI:NL:RBMNE:2017:159

**Zaaknummer:** 5469358

**Rechters:** A. Blanke

**Advocaten:** A.M. Wevers

**Wetsartikelen:** 7:670 BW en 7:681 BW

## RECHTSPRAAK

### **Kwik-Fit Nederland BV/werknemer**

***Ontslag op staande voet terecht. Werknemer heeft niet een enkel voorschrift overtreden, maar er is sprake van een samenstel van handelingen, op grond waarvan werkgever begrijpelijkerwijze heeft geconcludeerd tot wederrechtelijke toëigening door werknemer van het door de klant betaalde bedrag van € 125. Geen recht op transitievergoeding. Gefixeerde schadevergoeding.***

#### *Feiten*

Werknemer is in dienst bij Kwik-Fit Nederland BV (hierna: Kwik-Fit). Werknemer heeft op 13 februari 2016 de auto van een klant gerepareerd. Werknemer heeft deze klant verzocht de kosten van de reparatie contant aan werknemer te voldoen, omdat het pinapparaat het niet zou doen. De klant heeft vervolgens bij Kwik-Fit een klacht ingediend omdat hij van werknemer nooit een factuur heeft ontvangen van de verrichte werkzaamheden en omdat hij het bedrag contant heeft moeten betalen. Naar aanleiding van deze klacht is Kwik-Fit een onderzoek gestart. Werknemer is op 21 maart 2016 op staande voet ontslagen. Werknemer verzoekt primair vernietiging van het ontslag op staande voet. Secundair verzoekt werknemer Kwik-Fit te veroordelen tot betaling aan werknemer van onder meer de transitievergoeding. Kwik-Fit verzoekt bij wijze van tegenverzoek werknemer te veroordelen tot betaling aan Kwik-Fit van een gefixeerde schadevergoeding. De kantonrechter heeft het primaire verzoek van werknemer afgewezen. Het secundaire verzoek van werknemer is toegewezen. Het tegenverzoek van Kwik-Fit is door de kantonrechter afgewezen. Tegen dit vonnis komt Kwik-Fit in hoger beroep.

#### *Oordeel*

#### *Dringende reden*

Dat werknemer de door de kantonrechter vermelde tegenstrijdige, onjuiste en niet afdoende verklaringen heeft gegeven omdat hij in de war was, is niet aannemelijk. Zoals werknemer immers zelf heeft aangevoerd, zijn hem vragen gesteld naar het precieze verloop van een

reparatie aan de auto van klant X en is hij er *daarna* van beschuldigd dat hij het geld voor zichzelf wilde houden. Daar komt nog bij dat, ook als de verklaring van werknemer op 15 maart 2016, dat hij X heeft gevraagd om de schokdemper contant af te rekenen omdat de schokdemper ook contant met de leverancier moest worden afgerekend, op een vergissing berustte, werknemer bijna een week later, op 21 maart 2016, geconfronteerd met het feit dat de schokbreker op rekening van Kwik-Fit was besteld, weer een onjuiste verklaring heeft afgelegd, namelijk dat er een storing was in het pinapparaat en dat hij daarom om contante betaling had verzocht. Dat er op 13 februari 2016 geen storing is geweest in het pinapparaat heeft Kwik-Fit voldoende aannemelijk gemaakt. De volgens werknemer door hem als gevolg van het ongeval geleden hevige pijn vormt geen verklaring voor het feit dat werknemer het geld op maandag 15 februari 2016 niet in de filiaalkluis heeft gedeponneerd en bovendien in de twee weken tot zijn vakantie niets meer met het geld heeft gedaan en het evenmin binnen Kwik-Fit heeft gemeld. Daarbij neemt het hof in aanmerking dat werknemer op maandag 15 februari 2016 weer is gaan werken en dat ook is blijven doen tot zijn vakantie. Het hiervoor geschetste handelen van werknemer levert een dringende reden op. Daarbij wordt in aanmerking genomen dat op grond van de arbeidsvoorschriften van Kwik-Fit volstrekt duidelijk is wat de sanctie is bij overtreding van bepaalde voorschriften en dat werknemer deze voorschriften kende en op de hoogte was van de strikte handhaving daarvan door Kwik-Fit. In dit geval heeft werknemer bovendien niet een enkel voorschrift overtreden, maar is sprake van een samenstel van handelingen, op grond waarvan Kwik-Fit begrijpelijkerwijze heeft geconcludeerd tot wederrechtelijke toëigening door werknemer van het door X betaalde bedrag van € 125. Voorts vervulde werknemer een functie waarbij, zoals Kwik-Fit het noemt, vertrouwen het sleutelwoord is.

### *Transitievergoeding*

Anders dan de kantonrechter is het hof van oordeel dat werknemer geen aanspraak kan maken op de transitievergoeding. Zoals Kwik-Fit terecht heeft aangevoerd, heeft de wetgever in artikel 7:673 lid 7 BW een limitatieve opsomming van uitzonderingen op het recht op een transitievergoeding opgenomen. Een van die uitzonderingen is vermeld in artikel 7:673 lid 7 onderdeel c BW, zoals hier het geval is. In lid 8 van artikel 7:673 BW is weliswaar bepaald dat de kantonrechter, in afwijking van lid 7 onderdeel c de transitievergoeding geheel of gedeeltelijk aan de werknemer kan toekennen indien het niet toekennen ervan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, maar omstandigheden die meebrengen dat daarvan sprake is, zijn in dit geval niet gebleken. De leeftijd van werknemer en de duur van het dienstverband maken het achterwege blijven van een transitievergoeding niet onaanvaardbaar. Dat geldt ook voor het feit dat niet eerder een misstap van werknemer is geconstateerd. Ook de omstandigheid dat werknemer in de middag van 16 februari 2016 een

ongeval is overkomen, is niet een omstandigheid die meebrengt dat het niet toekennen van de transitievergoeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, reeds omdat een deel van het aan werknemer verweten handelen heeft plaatsgevonden vóór het ongeval (het niet vermelden van de afspraak in de filiaalagenda en het niet opmaken van een factuur) en een deel geruime tijd daarna (het tot medio maart 2016 laten liggen van het geld in de eigen locker en daarvan pas melding maken toen vragen werden gesteld over de reparatie aan de auto van X).

#### *Gefixeerde schadevergoeding*

Voor het geval dat het ontslag op staande voet stand zou houden, heeft Kwik-Fit in eerste aanleg betaling verzocht van de gefixeerde schadevergoeding over de periode van 23 maart 2016 tot en met 30 april 2016. Kwik-Fit heeft terecht aangevoerd dat zij, anders dan de kantonrechter heeft overwogen, dit verzoek niet heeft gebaseerd op artikel 7:680 BW, dat inmiddels is vervallen, maar op artikel 7:677 lid 2 in verbinding met artikel 7:677 lid 3 onderdeel a BW. Dit verzoek van Kwik-Fit is toewijsbaar, zij het over de periode van 21 maart 2016 tot en met 30 april 2016, omdat werknemer ernstig verwijtbaar heeft gehandeld en dus door schuld aan Kwik-Fit een dringende reden heeft gegeven de arbeidsovereenkomst onverwijld op te zeggen.

---

**Instantie:** Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

**Datum uitspraak:** 13-01-2017

**ECLI:** ECLI:NL:GHARL:2017:219

**Zaaknummer:** 200.200.089

**Rechters:** I.A. Katz-Soeterboek, A.E.F. Hillen en M.E.L. Fikkers

**Advocaten:** A.J. Verweij en J.T. Waterman

**Wetsartikelen:** 7:677 BW, 7:678 BW, 7:681 BW en 7:673 BW



RECHTSPRAAK

## **werknemer/Gemeente Delft, h.o.d.n. Werkse!**

***Boek 7 titel 10 niet van toepassing op arbeidsverhouding gemeente en WSW'er. Uitleg CAO voor de Sociale werkvoorziening. Artikel 10.1 lid 1 onderdeel h cao kan niet anders uitgelegd worden dan dat 'onverwijld' ziet op de periode tussen de misdraging en de opzegging. Opzegging houdt geen stand.***

### *Feiten*

De Gemeente Delft exploiteert een beschutte werkplaats in het kader van de Wet sociale werkvoorziening onder de naam Werkse! (hierna: Werkse). Werknemer is in 1990 bij Werkse in dienst getreden. Op de arbeidsverhouding is de CAO voor de Sociale werkvoorziening (hierna: de cao) van toepassing. Op 1 oktober 2015 vindt een voorval plaats waarbij werknemer betrokken is. Hij wordt diezelfde dag gehoord. In het gespreksverslag van die dag staat onder meer vermeld dat werknemer een collega een schop heeft gegeven en een klap met een bloedneus als gevolg. Werknemer is per direct op non-actief gesteld. Bij brief d.d. 4 februari 2016 van Werkse aan werknemer staat onder meer het volgende: '(...) Hierbij zeg ik uw arbeidsverhouding met Werkse! onverwijld op, als bedoeld in hoofdstuk 10, artikel 10.1, lid 1 sub h van de AO voor de Sociale werkvoorziening. (...)'. Werknemer verzoekt primair vernietiging van de opzegging. Bij wijze van zelfstandig tegenverzoek verzoekt Werkse voorwaardelijk, onder de voorwaarde dat Boek 7 titel 10 BW op de arbeidsovereenkomst van toepassing is en de arbeidsovereenkomst niet reeds rechtsgeldig is beëindigd, ontbinding van de arbeidsovereenkomst.

### *Oordeel*

#### *Boek 7 titel 10 niet van toepassing*

De kantonrechter overweegt dat, hoewel sprake is van een arbeidsverhouding tussen partijen als bedoeld in artikel 7:610 lid 1 BW (zie art. 2 lid 1 jo. art. 1 lid 1 Wet sociale werkvoorziening), op grond van artikel 7:615 BW de bepalingen van Boek 7 titel 10 BW niet van toepassing zijn. Niet gebleken is dat de in laatstgenoemd artikel vermelde uitzonderingssituatie van

toepassing is. Bepalend voor de verhouding tussen partijen is dan ook hetgeen in de arbeidsovereenkomst en in de cao is bepaald.

#### *Onverwijld opzegging*

Geconstateerd moet worden dat Werkse de arbeidsverhouding met werknemer opgezegd heeft met een beroep op de onverwijld opzegging als bedoeld in artikel 10.1 lid 1 onderdeel h van de cao, daarbij ervan uitgaande dat 'onverwijld' ziet op onmiddellijke ingang vanaf het ogenblik van de opzegging. Artikel 10.1 lid 1 onderdeel h van de cao kan naar het oordeel van de kantonrechter niet anders uitgelegd worden dan dat 'onverwijld' ziet op de periode tussen de misdraging en de opzegging. De door Werkse gegeven uitleg van 'onverwijld' wordt dan ook verworpen. Nu Werkse de arbeidsovereenkomst heeft opgezegd op 4 februari 2016 naar aanleiding van een op 1 oktober 2015 voorgevallen incident, zich beroepend op onverwijld beëindiging van de arbeidsovereenkomst, kan niet gezegd worden dat sprake is van een onverwijld gegeven ontslag. Uit het voorgaande volgt dat de opzegging geen stand kan houden. De primaire vorderingen in de hoofdzaak liggen dan ook voor toewijzing gereed.

#### *Voorwaardelijk tegenverzoek Werkse*

Niet voldaan is aan de door Werkse gestelde voorwaarde, nu hiervoor is geoordeeld dat Boek 7 titel 10 BW niet van toepassing is op de arbeidsverhouding tussen partijen. De kantonrechter komt dan ook niet toe aan een inhoudelijke beoordeling.

---

**Instantie:** Rechtbank Den Haag

**Datum uitspraak:** 12-05-2016

**ECLI:** ECLI:NL:RBDHA:2016:16705

**Zaaknummer:** 4970061/16-50268 en 4970216/16-50269

**Rechters:** R.J. Paris

**Advocaten:** N.M. Fakiri en J.H.M. Wesseling

**Wetsartikelen:** 7:610 BW, 7:615 BW en 10.0 CAO voor de Sociale werkvoorziening

## RECHTSPRAAK

### **KLM N.V./ondernemingsraad KLM N.V.**

***Verzoek van KLM om vervangende toestemming voor invoering roosterwijziging wordt toegewezen. Onthouden van instemming OR voor een wijziging waar inhoudelijk geen bezwaar tegen bestaat, om de belangen van uitzendkrachten te beschermen, is oneigenlijk gebruik van het instemmingsrecht.***

#### *Feiten*

Bij brief van 2 april 2016 heeft KLM aan de Groepscommissie 65 (een commissie in de zin van art. 15 WOR, hierna: GC65) van de OR verzocht om in te stemmen met nieuwe (zomer)roosters voor de Tankdienst voor de periode van 9 mei 2016 tot en met 26 maart 2017. GC65 heeft geen instemming verleend, op verschillende gronden, waaronder de positie van uitzendkrachten. KLM heeft de kwestie vervolgens voorgelegd aan de Roostercommissie/Extern Overleg (verder RC/EO). RC/EO heeft voorgesteld aan GC65 alsnog instemming te verlenen. GC65 heeft niet voldaan aan dit verzoek. Bij de Tankdienst werken ongeveer 90 personen in vaste dienst en 50 personen als uitzendkrachten. Het merendeel van de uitzendkrachten werkt langer dan 24 maanden voor KLM. KLM verzoekt om haar op grond van artikel 27 lid 4 van de WOR toestemming te geven voor de invoering van de roosters voor de Tankdienst. De OR verweert zich tegen het verzoek.

#### *Beoordeling*

De kantonrechter is allereerst van oordeel dat het de OR vrijstaat om zijn standpunt op (deels) andere gronden dan GC65 te baseren in het kader van zijn verweer tegen het verzoek van de KLM. Het zou de OR hebben gesierd zijn standpunt niet pas drie dagen voor de zitting kenbaar te maken, maar die gang van zaken brengt niet mee dat met de argumenten van de OR bij de beoordeling geen rekening meer kan worden gehouden. De kantonrechter constateert dat de OR geen bezwaren tegen de voorgestelde roosters als zodanig overhoudt, maar van mening is dat instemming daaraan moet worden onthouden met het oog op de positie van de uitzendkrachten, waarvoor die roosters weliswaar niet zijn bestemd, maar op

wie deze wel indirect van invloed zouden zijn. Met KLM acht de kantonrechter dat onredelijk. Hoewel valt te begrijpen dat de OR in algemene zin ook met de belangen van uitzendkrachten rekening wil houden, gaat het naar het oordeel van de kantonrechter niet aan om daarom instemming aan nieuwe roosters, waartegen overigens geen inhoudelijke bewaren (meer) bestaan, voor de medewerkers van KLM te onthouden. Dergelijk gebruik van het instemmingsrecht is oneigenlijk. De discussie over de verhouding tussen vast en flexibel personeel dient plaats te vinden tussen KLM en de vakbonden. De slotsom is dat het verzoek om vervangende instemming wordt toegewezen.

---

**Instantie:** Rechtbank Amsterdam

**Datum uitspraak:** 20-01-2017

**Zaaknummer:** 5510970 EA 16-1389

RECHTSPRAAK

**werknemer/Koninklijke Luchtvaart Maatschappij N.V.**

***Onder meer het niet melden van nevenwerkzaamheden, het gebruik maken van IPB-faciliteiten (waarvoor apart sanctiebeleid geldt) en de overtreding van socialemediaregels leveren geen dringende reden voor ontslag op staande voet op. Voorwaardelijk ontbindingsverzoek (e- en g-grond) afgewezen.***

*Feiten*

Werknemer is in 2000 in dienst getreden bij KLM. De laatste functie die werknemer vervulde is die van purser (leidinggevende van het cabinepersoneel). Vanaf medio juli 2016 heeft KLM onderzoek gedaan naar nevenwerkzaamheden van werknemers bij het bedrijf Forever Living Products (hierna: FLP) (zie ook AR 2017-0078). Op 1 september 2016 is werknemer op staande voet ontslagen. De overtredingen die in de ontslagbrief worden genoemd zijn: werknemer heeft werkzaamheden verricht voor FLP zonder dit aan KLM te melden en zonder toestemming van KLM, hij heeft misbruik gemaakt van de IPB-reisfaciliteiten, hij heeft onterecht zorg- en verhuisverlof genoten, hij heeft zich onverantwoord gedragen tijdens de jaarwisseling 2015/2016 en hij heeft de gedragsregels voor sociale media overtreden. Werknemer verzoekt het ontslag op staande voet te vernietigen. KLM verzoekt voorwaardelijk de arbeidsovereenkomst te ontbinden, primair vanwege verwijtbaar handelen/nalaten en subsidiair vanwege een verstoorde arbeidsverhouding.

*Oordeel*

*Vernietiging ontslag op staande voet*

Het standpunt van werknemer dat niet voldaan is aan de onverwijldheidseis kan in het midden blijven, nu volgens de kantonrechter geen sprake is van een dringende reden voor ontslag op staande voet. Daarover wordt het volgende overwogen. Werknemer heeft geen toestemming aan KLM gevraagd om werkzaamheden te verrichten voor FLP en heeft van die werkzaamheden ook geen melding gemaakt. Werknemer heeft dit toegelicht met het argument dat zijn echtgenote een eigen bedrijf heeft waarmee zij werkzaamheden verricht

voor FLP. Hij ondersteunt haar en doet wat werkzaamheden achter de schermen. Van een tweede werkgever is geen sprake en hij heeft dan ook niet gehandeld in strijd met de cao. Nu vaststaat dat KLM aan collega's toestemming heeft gegeven om werkzaamheden voor FLP te verrichten, levert het niet melden van deze werkzaamheden door werknemer niet een dringende reden voor ontslag op staande voet op. KLM verwijt werknemer voorts dat hij dan wel zijn echtgenote gebruik heeft gemaakt van de IPB-reisfaciliteiten, door ze in te zetten ten behoeve van FLP-werkzaamheden. De kantonrechter overweegt dat de reis van de echtgenote van werknemer naar Stockholm plaatsvond in het kader van FLP, zodat daarvoor strikt genomen niet de IPB-faciliteiten gebruikt mochten worden. KLM kent echter voor overtreding van de IPB-regels een apart sanctiebeleid: ontzegging van de faciliteiten voor een nader te bepalen periode. De overtreding van de IPB-regels levert daarom geen dringende reden voor ontslag op. Voor de kantonrechter staat voorts voldoende vast dat werknemer ten aanzien van het opnemen van zorgverlof niet juist heeft gehandeld. Het verwijt dat hem kan worden gemaakt is echter onvoldoende ernstig om het ontslag op staande voet te rechtvaardigen. Van misbruik van verhuisverlof is niet gebleken, zodat ook deze stelling niet kan leiden tot een geldige opzegging. De kantonrechter acht de handelwijze van werknemer tijdens de jaarwisseling 2015/2016 (tijdens de nachtstop heen en weer reizen naar familie terwijl de nachtstop bedoeld is voor rust) onverantwoordelijk. Nu er echter niets mis is gegaan en KLM geen regels heeft die deze handelwijze verbieden, is dit echter geen grond voor ontslag op staande voet. KLM verwijt werknemer ten slotte dat hij de regels die gelden voor sociale media heeft overtreden: op een promotiefilmpje voor FLP op YouTube is werknemer te zien in KLM-uniform. Het beleid dat KLM stelt te voeren wordt echter op grote schaal overtreden en kennelijk niet consequent gehandhaafd. Dit leidt tot onduidelijkheid voor de medewerkers. Een eventuele overtreding van dit beleid kan werknemer daarom niet voldoende ernstig worden verweten en is geen grond voor een ontslag op staande voet. Het verzoek om vernietiging van de opzegging wordt toegewezen en werknemer heeft recht op loon en tewerkstelling.

*(Voorwaardelijk) verzoek tot ontbinding*

Omdat geoordeeld wordt dat het ontslag op staande voet niet rechtsgeldig is en het dienstverband met werknemer is blijven bestaan, is voldaan aan de voorwaarde voor de beoordeling van dit verzoek. Naar het oordeel van de kantonrechter kan werknemer een verwijt worden gemaakt van het onvermeld laten van de nevenwerkzaamheden, de overtreding van de IPB-regels, onverantwoord gedrag tijdens de jaarwisseling 2015/2016 en het feit dat hij in augustus 2015 niet heeft gemeld dat het hem toegekende zorgverlof niet langer nodig was. Desalniettemin is de ernst van deze gedragingen niet van dien aard dat van KLM niet meer kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst met werknemer te laten

voortduren. Van een verstoorde arbeidsverhouding is evenmin sprake. Van KLM, als grote werkgever, mag worden verwacht dat zij over het wantrouwen jegens werknemer heenstapt, temeer nu zij heeft bevestigd dat werknemer een uitstekende staat van dienst heeft. Dat het beschadigde vertrouwen onherstelbaar is, zodanig dat van KLM in redelijkheid niet kan worden gevergd dat zij de arbeidsovereenkomst met werknemer voortzet, is onvoldoende gebleken. Daarbij wordt ook meegewogen dat werknemer bijna 17 jaar in dienst is en kostwinner is van een jong gezin. Ook de g-grond leidt niet tot toewijzing van het ontbindingsverzoek.

---

**Instantie:** Rechtbank Amsterdam

**Datum uitspraak:** 19-01-2017

**ECLI:** ECLI:NL:RBAMS:2017:317

**Zaaknummer:** EA VERZ 16-1321

**Rechters:** I.H.J. Konings

**Advocaten:** B.E.J.M. Tomlow en C. Nekeman

**Wetsartikelen:** 7:669 lid 3 onderdeel e BW, 7:669 lid 3 onderdeel g BW, 7:671b BW, 7:677 BW, 7:678 BW en 7:681 BW

RECHTSPRAAK

**werknemer/Veka Shipyard Lemmer B.V.**

***Ontslag op staande voet na ongeoorloofd vakantie opnemen door werknemer is rechtsgeldig. Verwijtbaar handelen werknemer. Toewijzing tegenvordering tot fictieve schadevergoeding.***

*Feiten*

Werknemer is op 1 januari 2012 in dienst getreden bij Veka en vervulde laatstelijk de functie van kraanmachinist, met een salaris van € 2812,95 bruto per maand exclusief 8% vakantiebijslag. Bij Veka geldt de regel dat werknemers voor verlof van meer dan twee dagen toestemming moeten krijgen van zowel de afdelingschef als de bedrijfsleider. Werknemer heeft een verlofaanvraag ingediend voor 29 september-21 oktober 2016, welke voor akkoord is getekend door zijn leidinggevende. De aanvraag is vervolgens bij brief (en eerder ook mondeling) afgewezen door de bedrijfsleider. Werknemer is op 29 september 2016 toch op vakantie naar Spanje gegaan. Op diezelfde dag is werknemer door Veka op staande voet ontslagen. Werknemer verzoekt de kantonrechter onder meer in de voorlopige voorziening om loondoorbetaling en wedertewerkstelling. Primair vordert werknemer in de hoofdzaak onder meer vernietiging van het ontslag op staande voet. Veka heeft verweer gevoerd en heeft onder meer een tegenverzoek strekkende tot betaling door werknemer van de gefixeerde schadevergoeding (één brutomaandsalaris) ingediend.

*Beoordeling*

*Verzoek tot vernietiging ontslag op staande voet*

Naar het oordeel van de kantonrechter is het ontslag op staande voet rechtsgeldig. De kantonrechter neemt als uitgangspunt dat werknemer op 29 september 2016 ongeoorloofd is weggebleven van zijn werk. Hij bleek op die datum op vakantie te zijn gegaan, terwijl het voor hem duidelijk was dat hij hiervoor niet de benodigde toestemming had gekregen van zijn bedrijfsleider. De kantonrechter wijst op de brief van 11 augustus 2016 van bedrijfsleider, waarin een toelichting is gegeven op de afwijzing van het verlof. Daarnaast is niet weersproken dat de bedrijfsleider en werknemer elkaar na 11 augustus 2016 nog vaker hebben



gesproken, laatstelijk ongeveer één week voor de vakantie van werknemer, waarbij de verlofaanvraag en de afwijzing daarvan onderwerp van gesprek zijn geweest. De kantonrechter kan werknemer ook niet volgen in zijn stelling dat het verlof geacht moet worden te zijn vastgesteld, gelet op het tijdsverloop van meer dan twee weken tussen zijn verlofaanvraag en de afwijzing hiervan. De kantonrechter neemt in de eerste plaats in aanmerking dat onweersproken is gebleven dat in de onderneming van Veka een cao van toepassing is, met daarin de regeling dat vakantie 'in overleg' moet worden vastgesteld, zonder dat daarbij een termijn (van twee weken) is gesteld. De wettelijke regeling met betrekking tot de vaststelling van verlof (art. 7:638 lid 2 BW) wordt hierdoor opzij gezet. Werknemer kan evenmin gevolgd worden in zijn stelling dat Veka geen deugdelijke grond had – in de zin van gewichtige redenen – voor de weigering van het verlof. Veka heeft voldoende toegelicht – en werknemer heeft dit niet voldoende weersproken – dat er in de periode september/oktober 2016 drukke werkzaamheden op stapel stonden waarbij het nodig was om alle beschikbare mensen en middelen in te zetten. Bovendien ging het niet om een kortdurende afwezigheid van werknemer, maar om een vakantie van ruim drie weken. Het belang van Veka bij afwijzing van de verlofaanvraag is naar het oordeel van de kantonrechter voldoende zwaarwegend in verhouding tot het belang van werknemer bij het kunnen opnemen van verlof. De kantonrechter is van oordeel dat het gedrag van werknemer in het licht van alle omstandigheden zodanig ernstig is dat dit kan worden aangemerkt als een dringende reden voor ontslag. De kantonrechter rekent het werknemer niet alleen aan dat hij zonder toestemming met vakantie is gegaan maar ook – en vooral – dat hij er blijk van heeft gegeven zich niets aan te trekken van zijn werkgever en de door de bedrijfsleider gegeven waarschuwing totaal te negeren. De persoonlijke omstandigheden van werknemer zijn naar het oordeel van de kantonrechter niet zodanig dat van een ontslag zou moeten worden afgezien. Nu hiervoor is geoordeeld dat het ontslag op staande voet rechtsgeldig is, zal het primaire verzoek van werknemer om vernietiging van dat ontslag worden afgewezen.

#### *Verzoek tot toekenning transitievergoeding*

Werknemer heeft (meer) subsidiair verzocht om Veka te veroordelen een transitievergoeding te betalen. Op grond van artikel 7:673 lid 7 onderdeel c BW is de transitievergoeding niet verschuldigd indien het eindigen van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer. Naar het oordeel van de kantonrechter leveren de feiten en omstandigheden die de dringende reden vormen in dit geval ook een dergelijke ernstige verwijtbaarheid op in de zin van voornoemd artikellid. De kantonrechter ziet ook geen reden om de transitievergoeding aan werknemer toe te kennen met toepassing van artikel 7:673 lid 8 BW, zoals door werknemer is verzocht.

#### *Het tegenverzoek tot fictieve schadevergoeding*

De kantonrechter heeft hiervoor reeds vastgesteld dat sprake is van een dringende reden en ernstige verwijtbaarheid aan de zijde van werknemer. Het vorenstaande betekent dat de kantonrechter de fictieve schadevergoeding zal toewijzen tot het gevorderde – en verder niet betwiste – bedrag van € 3039,99 bruto vermeerderd met wettelijke rente.

---

**Instantie:** Rechtbank Noord-Nederland

**Datum uitspraak:** 18-01-2017

**ECLI:** ECLI:NL:RBNNE:2017:185

**Zaaknummer:** 5546491 AR VERZ 16-241, 5546633 AR VERZ 16-242 en 5551834 AR VERZ 16-244

**Rechters:** T.K. Hoogslag

**Advocaten:** L.S. Oostwouder en E. Versloot

**Wetsartikelen:** 7:66g lid 1 BW, 7:66g lid 3 onderdeel e en g BW en 7:671b BW

## RECHTSPRAAK

### **werkneemster/Federacion Nacional de Cafeteros de Colombia B.V.**

***Door werkgever bewust onjuist voor te lichten tijdens onderhandelingen over beëindigingsregeling (door te stellen dat bij salaris rekening moet worden gehouden met inflatie) heeft statutair bestuurder het vertrouwen dat de onderneming in haar moet kunnen stellen ernstig beschaamd. Voldragen g-grond.***

#### *Feiten*

Werkneemster verrichtte vanaf 1999 werkzaamheden voor de Federacion Nacional de Cafeteros (hierna: FNC Colombia) als Director International Cooperation op basis van overeenkomsten van opdracht. FNC Colombia, een organisatie die zich inzet voor het welzijn van Colombiaanse koffieboeren, is enig aandeelhouder van de Federacion Nacional de Cafeteros de Colombia B.V. (hierna: FNC BV). Werkneemster is per 1 september 2010 op basis van een arbeidsovereenkomst aangesteld als Director Europe en gelijktijdig benoemd als statutair bestuurder van FNC BV. De nieuwe CEO van FNC Colombia wilde eind 2015 nieuwe mensen benoemen op een aantal sleutelposities, waaronder die van statutair bestuurder van FNC BV, waardoor hij werkneemster op die positie niet langer wilde handhaven. Partijen hebben enige tijd over een beëindigingsovereenkomst onderhandeld. Tijdens de aandeelhoudersvergadering op 6 mei 2016 is werkneemster ontslagen als statutair bestuurder per 7 mei 2016. Werkneemster verzoekt onder meer toekenning van de resterende transitievergoeding ad € 118.221,30 en toekenning van een billijke vergoeding van in totaal € 150.000. FNC BV betwist dat geen sprake zou zijn van een redelijke grond voor ontslag en stelt dat sprake is geweest van een redelijke grond als bedoeld in artikel 7:669 lid 3 onderdeel g en h BW.

#### *Oordeel*

*Redelijke grond voor ontslag?*

Bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een voldragen g-grond stelt de rechtbank het volgende voorop. Iedere bestuurder van een onderneming en zeker degene die eindverantwoordelijk is, moet te allen tijde handelen in het belang van de onderneming waarvan hij bestuurder is en aan hem of haar mogen hoge eisen worden gesteld met betrekking tot integriteit. In dit geval kan het volgende worden vastgesteld. Werkneemster heeft FNC Colombia per e-mail een voorstel gedaan voor een minnelijke beëindigingsregeling. In haar voorstel heeft werkneemster geschreven dat naar Nederlands recht een verplichting voor de werkgever bestaat om bij het salaris (van werknemers) rekening te houden met inflatie. Dit terwijl zij reeds voordien wist dat het Nederlands recht een dergelijke verplichting niet kent. Aldus staat vast dat werkneemster de enig aandeelhouder van de onderneming waar zij bestuurder van was niet alleen bewust onjuist heeft voorgelicht maar daaraan ook een juridische legitimering heeft gegeven door daarbij te verwijzen naar door haar advocaat opgestelde bijlagen. Dit heeft het vertrouwen dat de onderneming in haar moet kunnen stellen zoals hiervoor is vooropgesteld en dat de basis is voor haar functioneren als statutair bestuurder, ernstig beschaamd. Daaraan kan niet afdoen dat zij de onjuiste informatie verstrekte in het kader van onderhandelingen waarin zij ook haar persoonlijke belang behartigde. Deze vertrouwensbreuk rechtvaardigt op zichzelf het besluit tot haar ontslag en levert aldus de g-grond op die FNC BV als reden heeft aangevoerd. Dat FNC BV ook nog andere, nevengeslikte en voor haar minder zwaarwegende feitelijke gronden voor het ontslag heeft aangevoerd, maakt deze grond niet geconstrueerd. Gelet op dit oordeel kunnen die andere gronden onbesproken blijven. De rechtbank is voorts van oordeel dat herplaatsing van werkneemster binnen een redelijke termijn niet in de rede lag. Zoals hiervoor is geoordeeld heeft FNC BV terecht gesteld dat een vertrouwensbreuk tussen FNC BV en werkneemster is ontstaan. Nu deze vertrouwensbreuk zich op managementniveau heeft afgespeeld behoort herplaatsing – nog daargelaten of er binnen de organisatie van FNC BV een andere plek voor werkneemster beschikbaar zou zijn, nu dit door werkneemster ook niet is aangevoerd – reeds om die reden niet tot de mogelijkheden.

#### *Ernstig verwijtbaar handelen FNC BV?*

Uit de wetsgeschiedenis volgt dat ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van een werkgever zich slechts zal voordoen in uitzonderlijke gevallen. Een dergelijk uitzonderlijk geval is hier niet aan de orde. Werkneemster heeft immers ter onderbouwing van haar verzoek aangevoerd dat FNC BV uitlatingen zou hebben gedaan over haar vertrek en over haar disfunctioneren, maar deze stelling heeft zij na de betwisting door FNC BV niet nader onderbouwd, ook niet door middel van producties. Daarop stuit toewijzing van het verzoek af.

#### *Transitievergoeding*

Werkneemster heeft eveneens verzocht om betaling van de volledige wettelijke transitievergoeding als bedoeld in artikel 7:673 BW. Daartoe heeft zij aangevoerd dat FNC BV bij de reeds betaalde transitievergoeding niet de vanaf 1 januari 1999 verrichte werkzaamheden voor FNC Colombia heeft meegerekend, terwijl dit op grond van opvolgend werkgeverschap als bedoeld in lid 4 onderdeel b van artikel 7:673 BW wel was aangewezen. De rechtbank overweegt dat voor het aannemen van opvolgend werkgeverschap onder meer is vereist dat werkzaamheden gelijk of vergelijkbaar zijn. Dat daarvan sprake is heeft werkneemster evenwel onvoldoende gesteld noch is daarvan gebleken. Ook dit verzoek wordt afgewezen.

---

**Instantie:** Rechtbank Amsterdam

**Datum uitspraak:** 12-01-2017

**ECLI:** ECLI:NL:RBAMS:2017:56

**Zaaknummer:** C/13/611433 / HA RK 16-267

**Rechters:** W.M. de Vries

**Advocaten:** C.C. Oberman en J.D. Uding

**Wetsartikelen:** 7:669 BW en 2:10 BW

RECHTSPRAAK

## **werknemer/ING Bank Personeel B.V.**

***De premievrije voortzetting van de opbouw van het ouderdomspensioen moet worden aangemerkt als een aan de transitievergoeding gelijkwaardige voorziening. De wet dwingt er niet toe dat wordt bekeken hoe een dergelijke voorziening achteraf individueel uitwerkt.***

### *Feiten*

Werknemer is in dienst bij ING voor 18 uur per week tegen een salaris van € 1471,26 bruto per maand. Op de arbeidsovereenkomst is de CAO ING 2015-2017 van toepassing (hierna: de cao). In artikel 6.4 van de cao is onder meer bepaald: '(...) Als het dienstverband wordt beëindigd vanwege volledige en duurzame arbeidsongeschiktheid kom je op grond van de reglementen van de Basispensioenregeling in aanmerking voor een arbeidsongeschiktheidspensioen als aanvulling op je arbeidsongeschiktheidsuitkering en voor een premievrije voortzetting van de opbouw van het ouderdomspensioen. Deze aanspraken, ook als het arbeidsongeschiktheidspensioen niet tot uitkering komt, worden aangemerkt als een gelijkwaardige voorziening als bedoeld in artikel 673b Burgerlijk Wetboek. Dit betekent dat wanneer deze regeling voor jou geldt, je niet ook nog de transitievergoeding ontvangt.' Werknemer is arbeidsongeschikt en ontvangt met ingang van 5 juli 2015 een IVA-uitkering, die door het UWV met verkorte wachttijd is toegekend. Na de daartoe verkregen vergunning heeft ING de arbeidsovereenkomst opgezet met ingang van 1 augustus 2016 op grond van volledige arbeidsongeschiktheid die langer dan 104 weken heeft geduurd. ING heeft geen transitievergoeding aan weknemer betaald. Op grond van artikel 6.4 cao heeft ING de opbouw van het ouderdomspensioen premievrij voortgezet. Werknemer verzoekt ING te veroordelen tot betaling van een transitievergoeding van € 24.673. ING verweert zich.

### *Beoordeling*

De vraag die thans voorligt is of de in de cao genoemde voorziening te kwalificeren is als een in de cao opgenomen aan de transitievergoeding gelijkwaardige voorziening. Uit de

wetsgeschiedenis blijkt dat er bij een gelijkwaardige voorziening sprake moet zijn van een voorziening in geld en/of natura die het equivalent vormt van hetgeen waarop een werknemer aanspraak kan maken op grond van de wettelijke regeling inzake de transitievergoeding. In het onderhavige geval wordt in de cao bepaald dat de premievrije voortzetting van de opbouw van het ouderdomspensioen, ook als het arbeidsongeschiktheidspensioen niet tot uitkering komt, moet worden aangemerkt als een aan de transitievergoeding gelijkwaardige voorziening. Daarnaast dient er naar het oordeel van de kantonrechter, anders dan zoals door werknemer is gesteld, niet te worden gekeken naar het (eerste) moment van uitkering van deze vergoeding, maar naar het financiële voordeel dat de premievrije opbouw van het ouderdomspensioen voor de werknemer oplevert. In de wet is geen aanknopingspunt te vinden dat de werknemer direct moet kunnen genieten van de voorziening. De voorziening zoals opgenomen in de cao is naar het oordeel van de kantonrechter collectief gelijkwaardig. De wet dwingt er niet toe dat wordt bekeken hoe een dergelijke voorziening achteraf individueel uitwerkt. Dat de voorziening tot premievrije voortzetting van de opbouw van het ouderdomspensioen voortvloeit uit de Pensioenovereenkomst is hiervoor geen beletsel. Deze maakt immers, zo blijkt uit hoofdstuk 7 van de cao, integraal deel uit van de cao. Alles overwegende is de kantonrechter van oordeel dat er sprake is van een in een cao opgenomen aan de transitievergoeding gelijkwaardige voorziening ex artikel 7:673b BW. Op grond daarvan heeft werknemer geen recht op een transitievergoeding en zullen de verzoeken worden afgewezen.

---

**Instantie:** Rechtbank Noord-Nederland

**Datum uitspraak:** 04-01-2017

**Zaaknummer:** 5459824/AR VERZ 16-225

## RECHTSPRAAK

### **werkneemster/Iblue Makelaars B.V.**

***Niet tijdige betaling van het salaris is strijdig met de kernverplichtingen van werkgever en is ernstig verwijtbaar. Het levert daarom een dringende reden tot opzegging op, met recht op transitievergoeding.***

#### *Feiten*

Werkneemster is sinds 2011 werkzaam bij Iblue Makelaars als makelaar tegen een salaris van € 3000 bruto per maand, exclusief emolumenten. Op 24 november 2015 heeft werkneemster verzocht haar salaris over te maken naar haar bankrekening bij ING. Iblue Makelaars is het salaris blijven betalen op de ABN Amro-rekening van werkneemster. Bij e-mail van 23 maart 2016 heeft Iblue Makelaars werkneemster geschorst voor vijf werkdagen, met inhouding van loon. De reden was een klacht van een klant. Op 6 juli 2016 is werkneemster meegedeeld dat Iblue Makelaars vanwege klachten over haar functioneren een dossier gaat aanleggen. Werkneemster heeft zich vervolgens ziek gemeld.

De bedrijfsarts heeft in zijn consultrapport van 12 juli 2016 geschreven: 'Na een periode van twee weken (vanaf 20.07.2016) is er geen ziektewet meer van toepassing.' Bij e-mail van 12 september 2016 heeft de toenmalige gemachtigde van werkneemster Iblue Makelaars bericht dat de brieven/e-mails van 29 augustus, 1 en 6 september 2016 onbeantwoord zijn gebleven en dat het salaris over juli en augustus 2016 nog niet is betaald. Bij e-mail van 27 september 2016 heeft Iblue Makelaars gereageerd met de mededeling dat zij 'al tijdje' in contact proberen te komen met werkneemster en dat het salaris al drie keer is overgemaakt op het haar bekende bankrekeningnummer. In dit bericht stelt Iblue Makelaars dat 'dit steeds weer terug komt omdat het rekeningnummer niet klopt'. Bij e-mail van 28 september 2016 14:49 uur heeft werkneemster de arbeidsovereenkomst per direct opgezegd wegens een dringende reden (niet voldoen aan werkgeversverplichtingen) bedoeld in artikel 7:677 lid 1 in verbinding met 7:679 lid 2 onderdeel c BW. Iblue Makelaars heeft op 29 september 2016 70% van het achterstallige salaris over juli, augustus en september 2016, inclusief een eindafrekening, overgemaakt. Werkneemster verzoekt onder meer Iblue Makelaars te veroordelen tot betaling van



achterstallig salaris en tot betaling van een transitievergoeding en gefixeerde schadevergoeding. In tegenverzoek vraagt Iblue Makelaars, werkneemster te veroordelen tot betaling van € 3368,08, uit hoofde van (beschadigingen aan) bedrijfseigendommen die een maand te laat door werkneemster zijn ingeleverd.

#### *Beoordeling*

##### *Niet-tijdige betaling salaris door werkgever*

Vast staat dat het salaris van werkneemster over juli en augustus 2016 ondanks meerdere verzoeken pas op 29 september 2016 is voldaan. Ter zitting heeft werkneemster een e-mail getoond dat zij vanaf 4 augustus 2016 heeft verzocht om betaling van het salaris. De stelling van Iblue Makelaars in de correspondentie dat het overgemaakte salaris steeds werd teruggestort is niet onderbouwd, terwijl dit eenvoudig had gekund door overlegging van een bankafschrift. De kantonrechter is van oordeel dat het verweer dat Iblue Makelaars heeft getracht het salaris over te maken, maar dat dit niet lukte omdat zij geen juist rekeningnummer had, niet slaagt. Aldus levert de ontijdige betaling van het salaris een dringende reden op die werkneemster de bevoegdheid gaf om de arbeidsovereenkomst op 28 september 2016 per direct op te zeggen.

##### *Transitievergoeding en gefixeerde schadevergoeding bij dringende reden*

Bij de aanspraak op een transitievergoeding in geval van een opzegging wegens een (rechtsgeldige) dringende reden door de werknemer is ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever vereist. Nu het niet-tijdig betalen van het salaris strijdig is met een van de kernverplichtingen van de werkgever en het niet voldoen aan deze verplichting, gelet op hetgeen hiervoor overwogen, Iblue Makelaars ernstig valt aan te rekenen, is naar het oordeel van de kantonrechter deze handelwijze te kwalificeren als ernstig verwijtbaar. De transitievergoeding zal daarom worden toegewezen. In hetgeen hiervoor over het ernstig verwijtbaar handelen van Iblue Makelaars is overwogen ligt besloten dat zij schuld heeft aan het ontstaan van de dringende reden. Dit leidt tot toewijzing van een vergoeding gelijk aan het loon (incl. vakantietoeslag) over de termijn dat de arbeidsovereenkomst bij regelmatige opzegging had behoren voort te duren.

##### *Betaling achterstallig salaris door werkgever*

De looninhouding in maart 2016 in verband met een schorsing van werknemer van vijf werkdagen, heeft Iblue Makelaars gegrond op artikel 17 van de arbeidsovereenkomst. De kantonrechter is van oordeel dat het verzoek tot doorbetaling van het salaris dient te worden toegewezen. Daarvoor is redengevend dat tegenover de stellingen van werkneemster

onvoldoende is komen vast te staan dat sprake is van een oorzaak die in redelijkheid *niet* voor rekening van de werkgever behoort te komen. Het is Iblue Makelaars die heeft besloten om werkneemster te schorsen, en aldus een situatie heeft gecreëerd dat werkneemster gedurende vijf werkdagen geen arbeid heeft verricht. Met betrekking tot de verzochte betaling van het salaris over juli en augustus 2016 heeft werkneemster gesteld dat slechts 70% is betaald. Iblue Makelaars heeft dat erkend en daartoe gesteld dat werkneemster in geval van ziekte slechts recht heeft op 70% van het loon. Werkneemster heeft aangevoerd dat zij zich conform het advies van de bedrijfsarts na de geadviseerde afkoelingsperiode van 14 dagen beschikbaar heeft gehouden voor arbeid, hetgeen als een betermelding moet worden opgevat. Gelet op de bewoordingen van het rapport van de bedrijfsarts, acht de kantonrechter voorstelbaar dat bij werkneemster verwarring is ontstaan over de aanvang van de afkoelingsperiode. Uit het voorgaande vloeit voort dat als periode van arbeidsongeschiktheid heeft te gelden: 7 juli 2016 tot 4 augustus 2016. Over die periode kan worden vastgesteld dat werkneemster aanspraak heeft op 70% van het salaris. Voor wat betreft de maand september 2016 heeft werkneemster recht op het gewone loon tot 29 september 2016. De slotsom is dat het achterstallig salaris over maart, juli, augustus en september 2016 (met als einddatum 28 september 2016) zal worden toegewezen, voor zover dat nog niet is betaald.

#### *Tegenverzoek van werkgever tot vergoeding schadeposten*

Naar de kantonrechter begrijpt, verzoekt Iblue Makelaars in het tegenverzoek vergoeding van een aantal schadeposten. Als grondslag heeft Iblue Makelaars gesteld dat het gaat om bedrijfseigendommen (leaseauto, laptops en telefoon), die gehavend en een maand te laat, door werkneemster zijn ingeleverd. Bij het einde van de arbeidsovereenkomst is verrekening toegestaan van de door de werknemer aan de werkgever verschuldigde schadevergoeding met het loon (art. 7:632 lid 1 sub a). De slotsom in het tegenverzoek is dat € 1719,06 aan schadevergoeding aan Iblue Makelaars zal worden toegewezen.

---

**Instantie:** Rechtbank Amsterdam

**Datum uitspraak:** 30-12-2016

**ECLI:** ECLI:NL:RBAMS:2016:9385

**Zaaknummer:** EA VERZ 16-1196

**Rechters:** F.J. Lourens

**Advocaten:** H.H. Kreikamp

**Wetsartikelen:** 7:673 lid 1 onderdeel b BW, 7:677 lid 1, 2 en 5 BW en 7:679 lid 2 onderdeel c BW

## RECHTSPRAAK

### **Orthocenter N.V./werknemer**

***Geslaagd beroep van (statutair) directeur op rechtsverwerking. Sprake van bijzondere omstandigheden als gevolg waarvan bij directeur het gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt dat werkgever aanspraken ter zake de aan hem betaalde aanvullende vergoedingen niet geldend zal maken.***

#### *Feiten*

Werknemer is sinds november 2003 (statutair) directeur van Orthocenter N.V. (hierna: Orthocenter). Op grond van een separate arbeidsovereenkomst eveneens d.d. november 2003 is werknemer aangesteld als vestigingsmanager (hierna: VM) voor de vestiging Heerhugowaard voor gemiddeld twee dagen per week. Bij brief van 1 juni 2004 heeft werknemer aan Orthocenter geschreven zijn arbeidscontract als VM Heerhugowaard per 1 juni 2004 te beëindigen. Orthocenter heeft werknemer over de jaren 2004 tot en met 2011 een aantal aanvullende vergoedingen betaald. Het betreffen vergoedingen voor invalwerkzaamheden als VM, voor invalwerkzaamheden als patiëntbehandelaar en een vergoeding van 5,2% over de omzet van de vestiging Heerhugowaard van september 2004 tot en met december 2010. Orthocenter vordert terugbetaling van deze vergoedingen op grond van ongerechtvaardigde verrijking althans op grond van onrechtmatige daad althans op grond van onverschuldigde betaling. Orthocenter stelt zich thans op het standpunt dat voor de betalingen geen rechtsgrond bestaat.

#### *Oordeel*

Met betrekking tot het meest verstrekkende verweer van werknemer, het beroep op rechtsverwerking, oordeelt de rechtbank als volgt. Uitgangspunt is dat enkel tijdsverloop geen toereikende grond oplevert voor het aannemen van rechtsverwerking. Vereist is tevens de aanwezigheid van bijzondere omstandigheden als gevolg waarvan hetzij bij de schuldenaar het gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt dat de schuldeiser zijn aanspraak niet (meer) geldend zal maken, hetzij de positie van de schuldenaar onredelijk zou worden benadeeld of

verzwaard ingeval de schuldeiser zijn aanspraak alsnog geldend zou maken. Het gevorderde betreft de aanvullende betalingen als VM en als orthodontist over de jaren 2004 tot en met 2011. Onbetwist is dat tot 2012 nimmer is geprotesteerd tegen de door werknemer opgegeven/gedeclareerde werkzaamheden en nimmer is geprotesteerd tegen betaling ervan. Tot het moment dat Orthocenter in 2012 de aanvullende betalingen aan de orde is gaan stellen en werknemer daarover is gaan bevragen, zijn sedert 2004 dus minstens zeven jaren verstreken. Pas bij brief van 23 april 2014 heeft Orthocenter werknemer aansprakelijk gesteld. Gedurende die zeven jaren was sprake van de volgende omstandigheden. Binnen Orthocenter werd een duidelijke scheiding werd gemaakt tussen de functie van bestuurslid enerzijds en de functie van VM/orthodontist anderzijds, zoals onder meer blijkt uit de separate arbeidsovereenkomsten die Orthocenter hanteerde voor deze twee functies. De algemeen directeur wist dat er aanvullende betalingen aan werknemer werden gedaan. Vast staat verder dat de loonadministratie overeenstemt met wat aan aanvullende vergoedingen aan werknemer is uitbetaald, met andere woorden de betalingen werden in de loonadministratie verwerkt. Onbetwist is ook dat de RvC door de directie met schriftelijke verslagen getiteld 'stand van zaken' en maandelijkse verslagen op de hoogte werd gehouden. Voorgaande feiten en omstandigheden leveren bijzondere omstandigheden op als gevolg waarvan bij werknemer het gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt dat Orthocenter niet als schuldeiser aanspraken ter zake de aan werknemer betaalde aanvullende vergoedingen geldend zal maken. Werknemer hoefde er geen rekening mee te houden dat in 2012 de rechtsgrond voor deze betalingen alsnog aangevochten zou worden. Voorts zou de positie van werknemer als schuldenaar als gevolg van voornoemde feiten en omstandigheden onredelijk worden benadeeld indien Orthocenter alsnog haar (vermeende) aanspraken geldend zou maken. Onder genoemde omstandigheden kan niet van werknemer worden gevergd achteraf nog sluitend informatie over afstemming van de aanvullende vergoedingen en uitgevoerde werkzaamheden aan te leveren. Dit klemmt temeer daar Orthocenter haar vordering mede baseert op de stelling dat de betaalde werkzaamheden feitelijk niet zijn verricht en werknemer daarbij wil tegenwerpen dat hij onvoldoende informatie aanlevert van het tegendeel. Door onder genoemde omstandigheden pas in 2012 toelichting op de uitbetaalde aanvullende vergoedingen te eisen en bij onvoldoende bevinden daarvan daartegen te protesteren, heeft Orthocenter de positie van werknemer als vermeend schuldenaar onredelijk benadeeld: werknemer heeft immers geen reden gehad voor dossiervorming, noch is er binnen Orthocenter een gedegen (uren/aanwezigheids)systeem om op terug te kunnen vallen. Het beroep op rechtsverwerking slaagt en het gevorderde wordt dan ook afgewezen.

**Instantie:** Rechtbank Noord-Holland

**Datum uitspraak:** 27-01-2016

**ECLI:** ECLI:NL:RBNHO:2016:11134

**Zaaknummer:** C/14/154446/HA ZA 14-178

**Rechters:** Th.S. Röell, P.E. van der Veen en J.H. Duyvensz

**Advocaten:** E.P. Groenewegen-Caris en J.P. Koets

**Wetsartikelen:** 6:2 BW en 6:248 BW

## RECHTSPRAAK

### **B/Hertel B.V.**

***Toepassing verjaringstermijn van dertig jaar in asbestzaak is op grond van weging gezichtspunten Van Hese/De Schelde naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar. Voor smartengeldvordering is niet van doorslaggevend belang dat deze de wederpartij voor het overlijden van het slachtoffer heeft bereikt. Aanhouding voor bewijslevering.***

#### *Feiten*

B is de erfgename van A. A was in de periode van 2 december 1963 tot en met 31 december 1969 als scheepsbeschieter in dienst van de Nederlandse Dok- en Scheepsbouwmaatschappij te Amsterdam (hierna: NDSM). In de periode dat hij bij NDSM werkzaam was, verrichtte Hertel als onderaannemer van NDSM isolatiewerkzaamheden op de scheepswerf. Op 22 augustus 2014 is bij A de diagnose maligne mesothelioom gesteld. Bij brief van 23 december 2014 heeft (de advocaat van) A Hertel aansprakelijk gesteld voor de schade die A lijdt als gevolg van blootstelling aan asbest door Hertel op de scheepswerf van NDSM. A heeft daarbij tevens te kennen gegeven aanspraak te maken op immateriële schadevergoeding. Op 27 december 2014 is A overleden. B vordert te verklaren voor recht dat Hertel jegens A en B onrechtmatig heeft gehandeld en daardoor jegens B schadeplichtig is geworden. Voorts verzoekt zij immateriële schadevergoeding van € 75.000 en betaling aan B van de materiële schade in de zin van de artikelen 6:107 en 6:108 BW, nader op te maken bij staat. Hertel voert verweer en concludeert tot afwijzing van de vordering. Hertel heeft aangevoerd dat de vordering op grond van artikel 3:310 lid 2 BW is verjaard.

#### *Oordeel*

#### *Toepassing gezichtspunten*

Of het toepassen van de verjaringstermijn van dertig jaar naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, moet aan de hand van alle omstandigheden van dit concrete geval worden beoordeeld, waarbij de zeven in het arrest Van Hese/Schelde (HR 28 april 2000,

ECLI:NL:HR:2000:AA5635 en *NJ* 2000/430) geformuleerde gezichtspunten zullen worden betrokken. Geoordeeld wordt dat A en zijn nabestaanden voldoende voortvarend hebben gehandeld om Hertel tijdig op de hoogte te stellen en een vordering tot schadevergoeding in te stellen (gezichtspunt g), welke schadevergoeding aan B, de weduwe van A, ten goede zal komen (gezichtspunt a). Daarbij is door Hertel niet aangevoerd dat zij met een dergelijke vordering gelet op het tijdsverloop geen rekening meer hoefde te houden (gezichtspunt d). Deze drie gezichtspunten pleiten alle voor het buiten toepassing laten van de verjaringstermijn. De voornaamste reden om deze termijn in het onderhavige geval wel strikt toe te passen wordt gevormd door het feit dat Hertel door het tijdsverloop ernstig is bemoeilijkt in haar verweer (gezichtspunt e). Daar staat echter tegenover dat ten minste sprake is van enige verwijtbaarheid aan de zijde van Hertel (het niet treffen van veiligheidsmaatregelen, gezichtspunt c). Een eventuele door Hertel te betalen schadevergoeding wordt daarbij nog wel gedekt door haar verzekering (gezichtspunt f). De uitkering op grond van de TAS (gezichtspunt b) zou handhaving van de verjaringstermijn weliswaar minder schrijnend maken, maar deze omstandigheid weegt niet zo zwaar als het gevolg dat B door toepassing van de verjaringstermijn de mogelijkheid om de volledige schade te verhalen zou worden ontnomen. Uit het voorgaande volgt dat de meerderheid van de gezichtspunten naar het buiten toepassing laten van de verjaringsregel wijzen. Met name gezichtspunt f is daarbij van groot belang. Gelet op alle overige omstandigheden wordt geoordeeld dat in het onderhavige geval sprake is van een zodanig uitzonderlijk geval dat het belang van rechtszekerheid daarvoor moet wijken. Het beroep van Hertel op verjaring van de vordering van B is dan ook naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar, waardoor de vordering van B niet is verjaard. Nu de vordering niet is verjaard, zal de door B gestelde gevaarzetting door Hertel worden beoordeeld. In dit verband is bij de bespreking van gezichtspunt c overwogen dat thans onvoldoende is aangetoond dat A aan asbestvezels is blootgesteld als gevolg van de door Hertel uitgevoerde isolatiewerkzaamheden aan de leidingen. B zal daarom worden opgedragen nader bewijs aan te leveren van de gestelde blootstelling aan asbestvezels.

### *Immateriële schadevergoeding*

Tussen partijen staat vast dat A in de brief van 23 december 2014 aanspraak heeft gemaakt op immateriële schadevergoeding. Hertel heeft niet betwist dat deze brief op 23 december 2014 is verzonden. Hoewel op de brief is vermeld dat deze tevens per fax aan Hertel is verzonden, is ter comparitie gebleken dat het gebruikte faxnummer onjuist is. Het gaat er derhalve om of de per post verstuurde brief Hertel (tijdig) heeft bereikt. Het staat vast dat deze brief op enig moment tussen 24 december 2014 en 7 januari 2015 bij Hertel is bezorgd. Het exacte tijdstip waarop de brief op het postbusadres van Hertel is aangekomen is echter niet bekend, hoewel

aannemelijk is dat deze op 24 december 2014 dan wel 27 december 2014 in de postbus is gedeponneerd, gelet op het normale postverkeer in Nederland. Het is echter mogelijk dat de brief Hertel heeft bereikt nadat A op 27 december 2014 is overleden. Daarmee dient de vraag zich aan of voor de mededeling in de zin van artikel 6:106 lid 2 BW ten behoeve van de overgang van de smartengeldvordering onder algemene titel van doorslaggevend belang is dat die mededeling de wederpartij voor het overlijden van het slachtoffer heeft bereikt. De rechtbank is van oordeel dat dit niet het geval is. Indien in deze procedure vast zal komen te staan dat Hertel schadeplichtig is jegens B, komt daarom ook de geleden immateriële schade voor vergoeding in aanmerking. Iedere verdere beslissing zal worden aangehouden.

---

**Instantie:** Rechtbank Rotterdam

**Datum uitspraak:** 25-01-2017

**ECLI:** ECLI:NL:RBROT:2017:657

**Zaaknummer:** C/10/494212 / HA ZA 16-110

**Rechters:** P.F.G.T. Hofmeijer-Rutten

**Advocaten:** R.F. Ruers en L.C. Dufour

**Wetsartikelen:** 6:106 lid 2 BW, 3:310 lid 2 BW en 6:2 lid 2 BW



RECHTSPRAAK

**werkgeefster/werkneemster**

***Werkneemster is er niet in geslaagd tegenbewijs te leveren en wordt veroordeeld tot terugbetaling van € 7980 aan werkgeefster.***

(Vervolg AR 2017-0084.) De kantonrechter is met werkgeefster van oordeel dat werkneemster het tegenbewijs niet heeft geleverd. De enkele verklaring van werkneemster – reeds eerder op schrift gesteld en in het geding gebracht – werpt geen ander licht op de zaak en is dan ook geen aanleiding voor de kantonrechter om tot een andersluidend oordeel te komen. De vordering van € 7980 wordt toegewezen.

---

**Instantie:** Rechtbank Gelderland

**Datum uitspraak:** 18-01-2017

**Zaaknummer:** 3599613 \ CV EXPL 14-20532 \ 474 \ 858

RECHTSPRAAK

## **Conclusion Xforce B.V., voorheen genaamd Unacle B.V./werknemer**

***Werknemer is aansprakelijk voor schade (€ 5500) door het maken en verzenden van offertes. Aangenomen wordt dat sprake is van opzet/bewuste roekeloosheid.***

*Tussenvonnis*

(Vervolg AR 2016-1118.) In het tussenvonnis heeft de kantonrechter overwogen dat voor de vaststelling van aansprakelijkheid van werknemer vereist is dat door het handelen van werknemer, te weten het maken en verzenden van de offertes B namens Xpletus, schade is veroorzaakt én dat werknemer de opzet had om Unacle te schaden of dat hij zich daadwerkelijk bewust is geweest van het roekeloos karakter van zijn gedragingen (vgl. HR 20 september 1996, NJ 1997/198 inzake Pollemans/Hoondert). Partijen zijn in de gelegenheid gesteld zich uit te laten over deze juridische maatstaf alsook over de vraag of de tussen partijen vaststaande feiten al dan niet voldoende zijn voor het aannemen van opzet dan wel bewuste roekeloosheid van werknemer onmiddellijk voorafgaand aan of tijdens het maken en verzenden van de offertes B namens Xpletus.

*Oordeel*

*Opzet/bewuste roekeloosheid*

Anders dan hetgeen werknemer heeft betoogd, is de kantonrechter van oordeel dat werknemer door het maken en verzenden van de offertes B wel degelijk blijkt gegeven van de opzet om Unacle te schaden en dat hij zich daadwerkelijk bewust moet zijn geweest van het roekeloos karakter van zijn gedragingen. Tussen partijen staat vast dat werknemer op 20 januari 2015 een e-mail heeft gezonden naar de heer B van Xpletus, met de tekst: '(...) Jullie doen ook alles bij Xpletus he.....jullie gaan het nog druk krijgen met al die handel en klanten die eraan komen.....Ik mis alleen nog de bank en kvk gegevens.' Bij deze e-mail was een bijlage gevoegd, een opzet voor een offerte met bovenaan de vermelding van de naam en het adres van Xpletus. Vervolgens heeft werknemer in de periode van 16 april 2015 tot en met 4 juni 2015

de offertes B verzonden, waarbij het bankrekeningnummer en het KvK-nummer van Xpletus vermeld was. De kantonrechter heeft in haar vonnis van 6 april 2016 hierover reeds geoordeeld (1) dat er géén sprake was van een vergissing van werknemer, nu deze gegevens als te specifiek moeten worden aangemerkt voor een vergissing en (2) dat werknemer de offertes B *namens* Xpletus heeft verzonden. Daar komt bij dat werknemer in de onderhavige procedure zélf heeft gesteld dat hij – ten tijde van het uitbrengen van de offertes B – in de veronderstelling verkeerde dat de Nagios-activiteiten aan Xpletus zouden worden verkocht. Voorts is werknemer naar eigen zeggen in mei 2015 benaderd voor een overstap naar Xpletus en heeft hij op 8 juni 2015 zijn arbeidsovereenkomst met Unacle opgezegd voor een daadwerkelijke overstap naar Xpletus. Uit het voorgaande volgt dat werknemer ruim vóór een mogelijke overname van de Nagios-activiteiten door Xpletus, en vooruitlopend op zijn eigen overstap naar Xpletus, welbewust de offertes B namens Xpletus heeft verzonden. Werknemer heeft derhalve de opzet gehad om Unacle te schaden en hij is zich daadwerkelijk bewust geweest van het roekeloos karakter van zijn gedragingen. Aldus is werknemer ook op grond van artikel 7:661 lid 1 BW aansprakelijk voor de door Unacle geleden schade.

#### *Schadebegroting*

De kantonrechter volgt werknemer niet in zijn stelling dat Unacle door zijn handelen in het geheel geen schade zou hebben geleden. Het verweer van werknemer dat klanten zagezegd niets zouden hebben gemerkt van de onjuiste gegevens in de offertes B, doet namelijk niets af aan de omstandigheid dat Unacle (onbetwist) tijd heeft moeten besteden aan het informeren van haar klanten nadat zij geconfronteerd werd met de omstandigheid dat werknemer de offertes B had verzonden waarin het bankrekeningnummer en KvK-nummer van Xpletus stond vermeld. Anderzijds volgt de kantonrechter Unacle niet in haar standpunt dat de causaliteit tussen het handelen van werknemer en enkele besluiten van Unacle (korting geven aan klanten, inwerken van nieuwe consultants, afscheid nemen van Xpletus) is gegeven. Met dit standpunt miskent Unacle namelijk dat zij zélf beleidsvrijheid heeft (gehad) ten aanzien van de genoemde besluiten en dat haar keuze voor deze besluiten is gebaseerd op een afweging van méér omstandigheden dan alleen het handelen van werknemer. De schade wordt ex artikel 612 Rv begroot op € 5500.

---

**Instantie:** Rechtbank Midden-Nederland

**Datum uitspraak:** 28-12-2016

**ECLI:** ECLI:NL:RBMNE:2016:7268

**Zaaknummer:** 4293728 UC EXPL 15-10748 BA/25174

**Rechters:** A. Blanke

**Advocaten:** L.F. Nijenhuis en E.F.M. Schouten

**Wetsartikelen:** 7:661 BW

RECHTSPRAAK

**Scholen Aan Zee c.s./Y**

***Voormalig docent wordt, nadat de arbeidsovereenkomst is ontbonden, verboden zich publiekelijk uit te laten over voormalig werkgeefster en haar personeel.***

*Feiten*

Y is op 1 september 2011 bij SaZ in dienst getreden en was daar laatstelijk werkzaam als docent LB in de vakgroep Economie. X was tot 1 april 2016 voorzitter van het college van bestuur (CvB) van SaZ. Er is een geschil ontstaan over het entreerecht (een tijdelijke bevorderingsmethodiek waaraan voorwaarden zijn verbonden, te weten eerstegraadsbevoegdheid en het geven van 50% of meer van de structurele formatieve uren in de bovenbouw). Bij beschikking van 29 juni 2015 heeft de kantonrechter de arbeidsovereenkomst met ingang van 1 juli 2015 ontbonden zonder toekenning van een ontbindingsvergoeding. In de beschikking is onder meer overwogen dat het Y valt aan te rekenen dat een verschil van mening over de regeling in de cao zodanig is geëscaleerd dat voor hem binnen de stichting een totaal onwerkbaar situatie is ontstaan die terugkeer naar de werkvloer onmogelijk maakt. De uitlatingen van Y over/jegens de stichting, de aan de stichting verbonden docenten van de vakgroep Economie van het Lyceum aan Zee en over de voorzitter van het college van bestuur van de stichting, zijn van dien toon en aard dat deze de mogelijkheid op een voor partijen werkbare oplossing teniet doet. De vergaande beschuldigingen aan het adres van de stichting over beledigingen, bedreigingen, en het regisseren van een crash-scenario met als doel Y eruit te werken, moeten naar het oordeel van de kantonrechter als ongegrond van de hand worden gewezen. Y is ook na deze beschikking doorgegaan met het publiekelijk uiten van beschuldigingen aan het adres van SaZ. SaZ en X vorderen Y te gebieden zijn publicaties en/of berichtgevingen omtrent SaZ, haar personeel respectievelijk overige ten behoeve van SaZ werkzame personen, haar werkwijze en dergelijke van het internet, waaronder sociale media, te verwijderen en verwijderd te houden en Y te verbieden om (al dan niet in de media) mondeling of schriftelijk uitlatingen te doen waarin hij één of meer eisers en/of (oud-)medewerkers van SaZ en/of overige aan haar gelieerde personen van onrechtmatigheden en/of strafbaar handelen beschuldigt dan wel suggereert dat

daarvan sprake is geweest.

*Oordeel*

*Toetsingskader botsing twee fundamentele rechten*

Het draait in deze zaak om de botsing van twee fundamentele rechten, te weten enerzijds het recht van SaZ en X op bescherming van hun eer en goede naam en op eerbiediging van hun persoonlijke levenssfeer, en anderzijds het recht van Y op vrijheid van meningsuiting. Welk van deze rechten in een gegeven geval de doorslag behoort te geven, hangt af van alle ter zake dienende en in onderling verband te beschouwen omstandigheden van het geval, waaronder onder meer de aard van de gepubliceerde beschuldigingen, de ernst van de te verwachten gevolgen voor degene op wie die beschuldigingen betrekking hebben en de ernst van de misstand die de publicatie aan de kaak beoogt te stellen. Bij de afweging komt niet in beginsel voorrang toe aan het door artikel 7 Grondwet en artikel 10 EVRM gewaarborgde recht op vrijheid van meningsuiting, noch aan de door artikel 8 EVRM beschermde rechten. De toetsing dient in één keer te geschieden, waarbij het oordeel dat een van beide rechten gelet op alle ter zake dienende omstandigheden zwaarder weegt dan het andere recht, meebrengt dat daarmee de inbreuk op het andere recht voldoet aan de noodzakelijkheidstoets van het tweede lid van artikel 10 EVRM, dan wel het tweede lid van artikel 8 EVRM (HR 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3627).

*Aantijgingen lijken uitsluitend te zijn ingegeven door rancune*

Y wil met zijn aantijgingen aan de orde stellen dat er bij SaZ sprake is van onbevoegde docenten, angstcultuur en schrikbewind, het doen van valse aangiften, steekpenningen, corruptie en bedrog en slecht werkgeverschap. Mede gelet op de door Y gedane uitlatingen ter zitting moeten de besproken aantijgingen worden gezien als het voertuig van de hetze die Y tegen SaZ poogt te ontketenen. De aantijgingen lijken aldus uitsluitend te zijn ingegeven door rancune over hoe hij door SaZ is behandeld. Het gaat Y er niet om 'misstanden' aan de kaak te stellen, maar om zijn gram te halen. Dit mede in aanmerking genomen moet de slotsom zijn dat de aard, ernst en intensiteit van de aantijgingen zodanig zijn dat het recht van SaZ en X op bescherming van de goede naam moet prevaleren boven het recht van Y op vrijheid van meningsuiting. De gevraagde voorziening is adequaat, temeer nu Y heeft laten weten hoe dan ook door te zullen gaan met zijn uitingen en zich daarin niet te laten stoppen, met dien verstande dat deze in duur zal worden beperkt tot twee jaar.

**Instantie:** Rechtbank Noord-Holland

**Datum uitspraak:** 25-04-2016

**ECLI:** ECLI:NL:RBNHO:2016:3371

**Zaaknummer:** C/15/240192 / KG ZA 16-158

**Rechters:** A.H. Schotman

**Advocaten:** J.J. Blanken

**Wetsartikelen:** 6:162 BW, 7 Grondwet en 10 EVRM

## RECHTSPRAAK

### **werkgeefster/werkneemster**

***Heeft werkneemster zich schuldig gemaakt aan verduistering van gelden en dient zij een bedrag van € 7930 aan werkgeefster terug te betalen? Het is niet aan werkgeefster om de grondslag van haar vordering te bewijzen, maar aan werkneemster om tegenbewijs te leveren.***

#### *Feiten*

Werkneemster is sinds 2009 in dienst als winkelassistente. Zij is op 24 augustus 2012 op staande voet ontslagen wegens verduistering van gelden. Werkgever verzoekt werkneemster te veroordelen tot betaling van € 7930 netto 'aan gestolen geld'.

#### *Oordeel*

Allereerst oordeelt de kantonrechter dat het enkele feit dat werkneemster bij (inmiddels onherroepelijk geworden) vonnis van de politierechter is vrijgesproken niet met zich brengt dat in deze civiele zaak het oordeel van de politierechter relevant is. In beginsel heeft te gelden dat werkgeefster de grondslag van haar vordering dient te bewijzen, omdat werkneemster immers betwist dat zij het geld van haar voormalig werkgeefster heeft gestolen, behoudens tegenbewijs. In deze zaak doet zich de uitzonderingssituatie voor, dat wil zeggen dat niet werkgeefster de grondslag van haar vordering moet bewijzen, doch dat het aan werkneemster is om tegenbewijs te leveren, omdat vooralsnog van de juistheid van de grondslag van de vordering van werkgeefster uitgegaan moet worden, behoudens tegenbewijs. Daartoe is onder meer redengevend dat werkgeefster haar vordering heeft gespecificeerd en gedetailleerd heeft uiteengezet waarom het verweer van werkneemster niet opgaat. Op deze gedetailleerde, met stukken onderbouwde grondslag van de vordering van werkgeefster is werkneemster op de comparitie niet ingegaan. Alvorens nader te beslissen vindt verwijzing naar de rol plaats voor akte uitlating tegenbewijs aan de zijde van werkneemster.



**Instantie:** Rechtbank Gelderland

**Datum uitspraak:** 24-02-2016

**Zaaknummer:** 3599613 \ CV EXPL 14-20532 \ 474 858

RECHTSPRAAK

**ondernemingsraad AB Transport Group B.V./AB Texel  
Veevoertransporten B.V. c.s.**

***Besluit tot invoering vierdaagse werkweek is vanwege ontbreken instemming OR nietig. Afwijzing vordering OR wegens ontbreken spoedeisend belang.***

*Feiten*

AB Transport Group is een transportbedrijf. AB Transport Group voert met name voor de divisie veevoer sinds 2012 discussie/overleg met de vakbonden en de OR met betrekking tot (het wijzigen van) het arbeidssysteem en de dienstroosters. Bij brief van 29 november 2016 heeft AB Transport Group de OR (opnieuw) gevraagd in te stemmen met het invoeren van een vierdaagse werkweek. Bij brief van 21 december 2016 heeft de OR op grond van artikel 27 lid 5 WOR de nietigheid ingeroepen van het besluit van de directie van AB Transport Group om bij AB Texel een vierdaagse werkweek in te voeren. De OR vordert AB te veroordelen om zich te onthouden van handelingen die strekken tot uitvoering of toepassing van het besluit om binnen de veevoerdivisie over te gaan naar een vierdaagse werkweek. AB stelt zich primair op het standpunt dat de OR instemming heeft verleend en dat hij deze instemming niet kan intrekken. AB voert daartoe aan dat de OR als voorwaarde voor instemming met het vierdagensysteem heeft gesteld dat FNV en CNV zouden instemmen. Tijdens het gesprek van 4 november 2016 hebben FNV en CNV, zo stelt AB, hun akkoord gegeven omdat volgens FNV en CNV door de invoering van het vierdagensysteem binnen de kaders van de CAO Beroepsgoederenvervoer zou worden gebleven. Het vierdagensysteem kon volgens de vakbondsbestuurders op instemming van de bonden rekenen. De OR betwist dat hij – al dan niet voorwaardelijk – met het door AB Transport Group genomen besluit heeft ingestemd.

*Oordeel*

*Nietig besluit*

De kantonrechter is van oordeel dat nu de vakbonden geen partij zijn in de onderhavige procedure, het debat over de benodigde instemming van de vakbonden met de invoering van

een vierdaagse werkweek buiten beschouwing kan worden gelaten. Niet aannemelijk is geworden dat de OR tijdens de bespreking van 4 november 2016 – al dan niet voorwaardelijk – mondeling zijn instemming heeft gegeven met het voorgenomen besluit van AB om een vierdaagse werkweek in te voeren, noch dat hij deze instemming op 4 december 2016 schriftelijk heeft bevestigd, zoals van de zijde van AB is aangevoerd. Niet is gebleken dat de OR, na ontvangst van de door AB Transport Group aan de OR toegezonden roosters, zijn instemming daaraan heeft verleend. AB Transport Group mocht zulks in ieder geval niet zonder meer afleiden uit het feit dat de OR niet meer op de toegezonden roosters – waarvan de OR nog heeft betoogd dat dit niet de juiste roosters waren – heeft gereageerd. De kantonrechter komt dan ook tot het voorlopig oordeel dat er sprake is van een nietig besluit.

*Spoedeisend belang OR bij vordering ontbreekt*

Desondanks heeft de OR een onvoldoende spoedeisend belang bij zijn vordering. Van belang is dat het (voorwaardelijk) verzoek van AB Transport Group strekkende tot het verlenen van vervangende instemming reeds is ingediend. Niet is gebleken dat er sprake is van een zodanige situatie dat, in afwachting van het oordeel van de kantonrechter in die bodemprocedure, een voorlopige voorziening getroffen dient te worden als door de OR gevorderd. Het feit dat de chauffeurs bij een vierdaagse werkweek op langere termijn mogelijk minder uren werken dan thans het geval is – hetgeen overigens van de zijde van AB is betwist – is niet van dien aard, dat de ingevoerde vierdaagse werkweek terstond dient te worden beëindigd. Voorts kan op voorhand niet worden gezegd dat, zoals de OR aanvoert, er op de zaterdagen onvoldoende werk zal zijn. Voor zover er volgens de OR met de vierdaagse werkweek gehandeld zal gaan worden in strijd met de cao doordat de chauffeurs te veel zaterdagen werken, is het aan AB om ervoor zorg te dragen dat daarvan geen sprake zal zijn. Ook het bezwaar van de gebroken werkweken kan in het kader van de onderhavige procedure niet als zodanig zwaarwegend worden aangemerkt dat het treffen van een voorlopige voorziening vereist is. Voorts kan niet uitgesloten worden dat in de bodemprocedure vervangende instemming zal worden verleend, nu ter gelegenheid van de mondelinge behandeling naar voren is gekomen dat de bezwaren van de vakbonden en de OR zich met name richten tegen het feit dat AB Transport Group onvoldoende overleg met hen heeft gepleegd, alsmede het feit dat door AB Transport Group onvoldoende inzichtelijk is gemaakt wat voor de betrokken chauffeurs de gevolgen zullen zijn van de invoering van de vierdaagse werkweek. De vordering van de OR wordt afgewezen.

**Instantie:** Rechtbank Noord-Nederland

**Datum uitspraak:** 25-01-2017

**ECLI:** ECLI:NL:RBNNE:2017:186

**Zaaknummer:** 5620404 \ CV EXPL 17-19

**Rechters:** J.E. Biesma

**Advocaten:** J.H. Mastenbroek, F.H.A. ter Huurne en A.J.C. Theunissen

**Wetsartikelen:** 27 WOR

RECHTSPRAAK

**werkneemster/Koninklijke Luchtvaart Maatschappij N.V.**

***Vernietiging ontslag op staande voet cabin attendant. Werkgever heeft niet consequent gehandhaafd, hanteert apart sanctiebeleid en heeft niet aannemelijk gemaakt dat werkneemster controlevoorschriften bij ziekte niet heeft nageleefd. Voorwaardelijk ontbindingsverzoek (e- en g-grond) afgewezen.***

*Feiten*

Werkneemster is in 2011 in dienst getreden bij KLM. Zij vervult de functie van cabin attendant. Op de arbeidsovereenkomst is de CAO voor KLM Cabinepersoneel (hierna: de cao) van toepassing. Op 1 juli 2015 heeft werkneemster aan KLM gemeld dat zij nevenactiviteiten verricht bij het bedrijf Forever Living Products (hierna: FLP). In september 2015 heeft KLM werkneemster aangesproken op het feit dat zij een 'blog' bijhield op de website 'Reizen door de wolken'. Zij is gewaarschuwd dat zij daarmee in strijd met de KLM-gedragsregels en de cao handelde, nu de inhoud van de blog terug te voeren was op haar werkzaamheden bij KLM. Vanaf medio juli 2016 heeft KLM onderzoek gedaan naar nevenwerkzaamheden van werknemers bij FLP. Tijdens een gesprek op 1 september 2016 is werkneemster op staande voet ontslagen. Werkneemster verzoekt het ontslag op staande voet te vernietigen. KLM verzoekt de kantonrechter voorwaardelijk om de arbeidsovereenkomst te ontbinden, primair vanwege verwijtbaar handelen/nalaten, subsidiair vanwege een verstoorde arbeidsverhouding.

*Oordeel*

*Eerste verwijt KLM: vermenging belangen KLM en werkneemster*

Voor de beoordeling van het ontslag op staande voet worden de redenen die in de ontslagbrief zijn genoemd als uitgangspunt genomen. Het eerste verwijt heeft betrekking op de vermenging van de belangen van KLM met privé- en zakelijke belangen door werkneemster. Op enkele van de door KLM overgelegde screenshots van filmpjes en foto's, is werkneemster te zien in uniform. Naar het oordeel van de kantonrechter is daarmee onvoldoende

aangetoond dat werkneemster deze filmpjes en foto's doelbewust heeft ingezet voor werkzaamheden voor FLP. Dat de goede naam van KLM is geschaad door gedragingen van werkneemster, is niet aangetoond. Van reclame voor producten of doelstellingen, waarbij op enigerlei wijze verband is gelegd met KLM of de dienstbetrekking van werkneemster met KLM, is onvoldoende gebleken. Werkneemster heeft tal van foto's overgelegd die op het internet circuleren, van collega's die in KLM-uniform te zien zijn. Het beleid dat KLM stelt te voeren, wordt daarmee op grote schaal overtreden en kennelijk niet consequent gehandhaafd. Dit leidt tot onduidelijkheid voor de medewerkers. Een eventuele overtreding van dit beleid kan werkneemster daarom niet voldoende ernstig worden verweten en is geen grond voor een ontslag op staande voet.

*Tweede verwijt KLM: gebruikmaking van IPB-faciliteiten voor FLP*

Het tweede verwijt heeft betrekking op het gebruik maken van IPB-faciliteiten voor FLP-werkzaamheden, meer specifiek voor een reis naar Johannesburg die werkneemster in april 2016 heeft gemaakt. Werkneemster heeft daar tegen ingebracht dat zij voor deze reis juist een stoel geboekt had met 20% korting, omdat zij ervan uitging dat dit niet onder de IPB-faciliteiten viel. De kantonrechter constateert dat de IPB-brochure de mogelijkheid vermeldt van het boeken van een vlucht tegen 20% korting op de ticketprijs die KLM in de markt aanbiedt. Uit de opzet van de brochure, waarin de IPB-tickets in paragraaf 2 apart worden behandeld, is niet aanstonds duidelijk dat voor het boeken van een ticket met 20% korting dezelfde regels gelden als voor de IPB-tickets. Daar komt bij dat de KLM voor overtreding van de IPB-regels een apart sanctiebeleid kent: ontzegging van de faciliteiten voor een nader te bepalen periode. Als al zou moeten worden vastgesteld dat werkneemster de regels voor de IPB-faciliteiten heeft overtreden, dan levert deze overtreding niet een dringende reden op voor ontslag op staande voet.

*Derde verwijt KLM: overtreding controlevoorschriften bij ziekte*

Ten slotte verwijt KLM werkneemster dat zij de controlevoorschriften bij ziekte heeft overtreden. Vergelijking van de perioden waarin werkneemster ziek was met berichten die zij in die dagen plaatste op Facebook, laat volgens KLM zien dat werkneemster andere activiteiten verrichtte, waaronder werkzaamheden voor FLP. Hoewel KLM stelt grote twijfels te hebben over de arbeidsongeschiktheid van werkneemster op bepaalde data, heeft zij in het licht van hetgeen werkneemster daartegen heeft aangevoerd, onvoldoende onderbouwd dat zij op deze data niet ziek was en in staat was om voor KLM te werken. Sinds de ziekmeldingen in september en november 2014 zijn twee jaren verstreken, waarin KLM geen moment heeft getwijfeld over de vraag of werkneemster destijds ziek was. Kennelijk is zij hieraan pas door het onderzoek naar FLP-werkzaamheden van KLM-medewerkers, waarbij zij Facebook-

pagina's van werknemster heeft onderzocht, gaan twifelen. Overigens trekt KLM niet zozeer de neusontsteking en de operatie aan de neusholtes in twijfel, maar is haar stelling dat werknemster zich een dag te laat beter en een dag te vroeg ziek heeft gemeld. Gelet hierop en gezien het tijdsverloop nadien is dit verwijt – zelfs al zou dit vast komen te staan – onvoldoende reden voor een ontslag op staande voet.

#### *Vernietiging ontslag op staande voet*

Gezien het voorgaande is de opzegging van de arbeidsovereenkomst niet rechtsgeldig, zodat het verzoek van werknemster tot vernietiging van die opzegging wordt toegewezen. Daardoor duurt de arbeidsovereenkomst voort en heeft werknemster recht op loon en tewerkstelling.

#### *Voorwaardelijk verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst*

Omdat het ontslag op staande voet niet rechtsgeldig is verleend en het dienstverband met werknemster is blijven bestaan, is voldaan aan de voorwaarde voor de beoordeling van het ontbindingsverzoek van KLM. Voor zover werknemster al iets kan worden verweten omtrent haar omgang met sociale media, had KLM een andere wijze van corrigeren kunnen kiezen, die voor werknemster – die kostwinner is en een vlekkeloos arbeidsverleden heeft bij KLM – minder ingrijpend is. De aangevoerde e-grond kan daarom niet tot ontbinding leiden. Subsidiair voert KLM aan dat haar vertrouwen in werknemster ernstig is beschadigd. De redenen waarom dit vertrouwen is beschadigd, zijn voor het merendeel dezelfde als de redenen die KLM primair heeft aangevoerd en waarvan is geoordeeld dat die werknemster niet kunnen worden verweten. Dat het beschadigde vertrouwen onherstelbaar is, is onvoldoende gebleken. Werknemster heeft er door indiening van haar verzoek blijk van gegeven dat zij ondanks alles graag bij KLM wil blijven werken. Van KLM als grote werkgever mag worden verwacht dat zij zich inspant om het wederzijdse vertrouwen te herstellen. Ook deze grond leidt niet tot toewijzing van het ontbindingsverzoek.

---

**Instantie:** Rechtbank Amsterdam

**Datum uitspraak:** 19-01-2017

**ECLI:** ECLI:NL:RBAMS:2017:321

**Zaaknummer:** EA VERZ 16-1317

**Rechters:** I.H.J. Konings

**Advocaten:** B.E.J.M. Tomlow en C. Nekeman

**Wetsartikelen:** 7:66g lid 3 onderdeel e BW, 7:66g lid 3 onderdeel g BW, 7:671b BW, 7:677 BW, 7:678 BW en 7:681 BW

RECHTSPRAAK

**The American Dream Amsterdam Food B.V. t.h.o.n. ‘Sluizer Restaurants’**

***Kok is gefixeerde schadevergoeding van een maand verschuldigd na opzegging arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd (zonder tussentijds opzegbeding) en werkweigering.***

*Feiten*

Werknemer is op 2 juli 2015 in dienst getreden bij TAD als (parttime) kok. De overeenkomst was aangegaan voor acht maanden, en is na ommekomst telkens verlengd met acht maanden. De laatste overeenkomst zou eindigen op 31 januari 2017. Er was geen mogelijkheid om de arbeidsovereenkomst tussentijds op te zeggen opgenomen in de arbeidsovereenkomst. Op 30 juni 2016 heeft werknemer tegen de directeur-eigenaar van TAD gezegd dat hij wegens frictie met de chef-kok een andere baan had aanvaard. Bij e-mail van 3 juli 2016 heeft werknemer meegedeeld ingeroosterd te zijn bij zijn nieuwe baan en enkel nog tot 1 augustus 2016 twee dagen per week te kunnen werken. Op 15 juli 2016 heeft werknemer zich ziek gemeld. Bij brief van 22 juli 2016 heeft TAD de overeenkomst opgezegd op grond van een dringende reden; werkweigering. TAD stelt zich op het standpunt dat werknemer door TAD een dringende redenen te verschaffen onverwijld op te zeggen schadeplichtig is geworden. De gefixeerde schadevergoeding op grond van de wet, artikel 7:677 BW, bedraagt € 9786,16 en bestaat uit het loon van werknemer vanaf 22 juli 2016 tot en met 31 januari 2017. Daarnaast vordert TAD betaling van € 971,46 wegens het abusievelijk teveel aan loon betaalde over de maanden oktober 2015 tot en met mei 2015, wegens een verkeerd door TAD gehanteerd uurloon.

*Oordeel*

*Einde arbeidsovereenkomst en te hoog uitgekeerd loon*

Gelet op de vervalt termijn van artikel 7:686a lid 4 BW wordt het ervoor gehouden dat de arbeidsovereenkomst rechtsgeldig is beëindigd nu werknemer na de brief niet tegen de opzegging in het geweer is gekomen binnen de termijn van twee maanden na de dag waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd. Het door TAD gevorderde ter zake van het te veel



betaalde loon op grond van een administratieve fout van TAD wordt afgewezen. Van TAD mag verwacht worden dat zij haar administratie op orde heeft. Zij kan dan niet, voor een dergelijk bedrag, dat op maandbasis dermate laag is dat werknemer niet redelijkerwijs op de hoogte hoefde te zijn van een te hoog uitgekeerd loon, naderhand werknemer confronteren met een voor hem substantiële vordering.

#### *Gefixeerde schadevergoeding*

Ter zake van de gevorderde gefixeerde schadevergoeding dient allereerst vast te staan of er aan de zijde van werknemer sprake is van opzet of schuld die TAD een dringende reden tot onverwijld opzeggen heeft gegeven. Daarvan is sprake. Werknemer kan zich er niet achter verschuilen dat hij niet wist dat de overeenkomst werd verlengd. Het was niet de eerste verlenging en hij was op grond van de laatste overeenkomst alweer een maand of twee werkzaam. Daarnaast is hij door TAD gewezen op zijn verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst en had hij deze na dienen te komen door conform de tussen partijen gemaakte afspraken te komen werken tot de overeenkomst was geëindigd met wederzijdse instemming. Door dat na te laten en, zo bleek ter zitting, wel aan het werk te gaan bij een andere werkgever is hij schadeplichtig geworden jegens TAD. Gelet op het ontbreken van een tussentijdse mogelijkheid tot het opzeggen van de arbeidsovereenkomst is, voor zover het de bepaling van de hoogte van de gefixeerde schadevergoeding betreft, artikel 7:677 lid 3 onderdeel b BW van toepassing. De kantonrechter ziet aanleiding om de schadevergoeding te matigen nu van TAD verwacht mocht worden dat zij uiterlijk één maand na het wegvallen van werknemer een vervanger had gevonden. De gefixeerde schadevergoeding wordt bepaald op één maand loon en vakantietoeslag, derhalve € 1851,71 bruto.

---

**Instantie:** Rechtbank Amsterdam

**Datum uitspraak:** 06-12-2016

**ECLI:** ECLI:NL:RBAMS:2016:9361

**Zaaknummer:** 5383346 EA VERZ 16-1136

**Rechters:** M.P.A.M. Fruytier

**Advocaten:** W.A.A. van Kuijk

**Wetsartikelen:** 7:686a lid 4 BW, 7:677 BW en 7:678 BW

RECHTSPRAAK

## **werkneemster/Columbus Junior B.V.**

***Doorstart na faillissement (pre-pack) leidt tot opvolgend werkgeverschap. Onmiddellijke werking artikel 7:668a lid 2 BW. Beoordeling aan de hand van Van Tuinen-criterium.***

### *Oordeel tussenbeschikking*

(Vervolg AR 2017-0076.) Bij tussenbeschikking heeft de kantonrechter bij wijze van voorlopig oordeel de vraag opgeworpen of artikel 7:667 lid 4 BW niet aan de beoordeling van opvolgend werkgeverschap als bedoeld in artikel 7:668a BW in de weg staat omdat werkneemster bij Kindercentrum Columbus Junior B.V. een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd had, die rechtsgeldig door de curator is opgezegd en waarna bij Columbus een nieuwe keten is gaan lopen. De kantonrechter heeft partijen in de gelegenheid gesteld hierop te reageren. Partijen hebben van die mogelijkheid gebruik gemaakt. Zij hebben er – terecht – op gewezen dat de ketenregeling van artikel 7:668a lid 2 juncto lid 1 BW ook van toepassing is in geval van opvolgend werkgeverschap waarbij een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd wordt voortgezet door één of meerdere arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd en artikel 7:667 lid 4 BW daaraan niet in de weg staat. Dat brengt met zich dat de kantonrechter terugkomt van haar voorlopig oordeel.

### *Onmiddellijke werking artikel 7:668a lid 2 BW*

Nu, anders dan voor de wijze van berekening van de keten als bedoeld in artikel 7:668a lid 1 BW, voor artikel 7:668a lid 2 BW geen specifieke bepaling in het overgangsrecht is opgenomen, heeft deze bepaling ‘onmiddellijke werking’. De vraag is wat de gevolgen daarvan zijn voor de toepasselijkheid van artikel 7:668a lid 2 BW. In de ‘Aanwijzingen voor regelgeving’ (Circulaire minister-president van 18 november 1992) zijn zogenoemde werkingsregels opgenomen. Een werkingsregel geeft aan in welke periode feiten zich moeten voordoen en toestanden zich moeten bevinden wil de wet daaraan rechtsgevolgen kunnen verbinden. Hof Arnhem-Leeuwarden heeft in zijn arrest van 14 juni 2016 inzake Constar/werknemers (ECLI:NL:GHARL:2016:4977) overwogen dat de vraag naar de status van ‘het al dan niet opvolgend werkgever zijn’, beoordeeld moet worden aan de hand van het recht zoals dat gold

op het moment dat de opvolging plaatsvond. In die casus had de opvolging – net als in de onderhavige zaak – plaatsgevonden voor inwerkingtreding van de WWZ. In zijn arrest van 26 juli 2016 (AR 2016-0889) heeft het Hof Arnhem-Leeuwarden voorts over deze rechtsvraag overwogen dat aan artikel 7:668a lid 2 BW geen terugwerkende kracht toekomt. In de lagere rechtspraak is wel anders geoordeeld, onder meer door de Kantonrechter Zutphen in de hiervoor genoemde zaak Constar (15 januari 2016, ECL:NL:RBGEL:2016:190) en door de Kantonrechter Lelystad (21 juli 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:4242). Het door het Hof Arnhem-Leeuwarden gewezen arrest Constar is in de literatuur bekritiseerd. Meerdere auteurs (J. van der Pijl, annotaties *JAR* 2016/192 en *JAR* 2016/298 en E. Loesberg, annotatie *JOR* 2016/82) bepleiten dat de onmiddellijke werking van artikel 7:668a lid 2 BW ertoe dient te leiden dat, na invoering van de WWZ per 1 juli 2015, de vraag naar mogelijk opvolgend werkgeverschap voor die datum moet worden getoetst aan de hand van de definitie van opvolgend werkgeverschap zoals geformuleerd in artikel 7:668a lid 2 (nieuw) BW en voor de transitievergoeding artikel 7:673 lid 4 BW. Werkneemster heeft zich in onderhavige zaak op het standpunt van (onder meer) Van der Pijl beroepen. De kantonrechter volgt werkneemster daarin niet. Onmiddellijke werking zoals dat door genoemde auteurs en door werkneemster wordt uitgelegd leidt feitelijk tot terugwerkende kracht. Het zou immers betekenen dat de status van ‘wel/niet opvolgend werkgeverschap’ door de latere wetswijziging door invoering van de WWZ zou wijzigen. Dat is niet alleen in strijd met de rechtszekerheid maar leidt ook tot ‘terugwerkende kracht’. De vraag of van opvolgend werkgeverschap sprake is, dient beoordeeld te worden aan de hand van het oude recht en dus aan de hand van de door de Hoge Raad in het arrest van 11 mei 2012 (ECLI:NL:HR:2012:BV9603) geformuleerde criteria.

#### *Zodanige banden-criterium*

Dat aan het eerste vereiste van ‘de wezenlijk dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden’ is voldaan, is tussen partijen niet in geschil. Columbus heeft betwist dat van ‘zodanige’ banden sprake is geweest en heeft daartoe gesteld dat de voormalige eigenaren/bestuurders bij de overname niet betrokken zijn geweest, er geen overleg over de mogelijke geschiktheid van het personeel is geweest en alle werknemers na de doorstart bij werkgever in dienst zijn gekomen. Om die reden zou er ten tijde van de doorstart geen sprake zijn van ‘voldoende inzicht in’ de geschiktheid van werkneemster bij de leiding van Columbus. De kantonrechter is met werkneemster van oordeel dat aan het ‘zodanige banden’-criterium wel is voldaan. De doorstart is middels een zogenoemde pre-pack voorbereid. Bij die voorbereiding zijn, blijkens een e-mail van de curator, de voormalige eigenaren betrokken en de overeenkomst is dan met 4Kids, de nieuwe eigenaar van Columbus, beklonken. Dat de voormalige eigenaren na indiensttreding bij Columbus, direct na de doorstart, feitelijk leiding zijn gaan geven is door Columbus niet, althans onvoldoende gemotiveerd bestreden. Onder

die omstandigheden dient te worden afgeleid dat Columbus bij de doorstart/overname van de kennis en vaardigheden van het personeel waaronder werkneemster, op de hoogte was, althans kon zijn. De kantonrechter is van oordeel dat zulks voldoende is om aan te nemen dat voldaan is aan het 'zodanige banden'-criterium (vgl. Hof Den Haag 18 oktober 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:3001). Nu er sprake is van opvolgend werkgeverschap is de arbeidsovereenkomst tussen partijen niet enkel door het verstrijken van de termijn waarvoor die is aangegaan rechtsgeldig geëindigd. Voorafgaande opzegging als bedoeld in artikel 7:669 BW was derhalve vereist. De opzegging wordt vernietigd. Columbus wordt veroordeeld werkneemster, voor zover haar arbeidsongeschiktheid daaraan niet (langer) in de weg staat, toe te laten tot het verrichten van de overeengekomen werkzaamheden, dan wel toe te laten tot het verrichten van passend werk in het kader van de re-integratie, alsmede tot doorbetaling van het loon.

---

**Instantie:** Rechtbank Overijssel

**Datum uitspraak:** 20-01-2017

**ECLI:** ECLI:NL:RBOVE:2017:232

**Zaaknummer:** 5412088 \ EJ VERZ 16-365 9 (hoofdzaak) en 5416492 EJ VERZ 16-373 (incident)

**Rechters:** E.W. de Groot

**Advocaten:** T.I. Huisman en F.M. Westra

**Wetsartikelen:** 7:668A BW

RECHTSPRAAK

***Onjuiste vaststelling dagloon door loon dat tijdens referteperiode vorderbaar was maar (nog) niet inbaar, niet mee te nemen in de berekening van het dagloon. Appellante heeft contact opgenomen met werkgever en gemaand het loon uit te betalen, hetgeen een afdoende en adequate handelwijze was in de zin van artikel 4, tweede lid, Dagloonbesluit; een loonvorderingsprocedure bij de kantonrechter is niet noodzakelijk.***

Op 22 juli 2013 is tussen appellante en een uitzendbureau met ingang van 1 augustus 2013 een arbeidsovereenkomst gesloten. Appellante is gaan werken als docent voor 17 uur per week. Met ingang van 2 september 2013 is zij 25,5 uur per week gaan werken door een wijziging van de projecturen. Na een ziekmelding brengt UWV appellante in aanmerking voor een ZW-uitkering met een dagloon van 62 euro. Appellante bestrijdt de hoogte van het dagloon in welk verband zij aanvoert dat door een fout de extra gewerkte uren pas in oktober en november 2013 zijn uitbetaald, wat in de dagloonberekening had moeten worden betrokken. Het bezwaar en beroep van appellante worden ongegrond verklaard. In hoger beroep voert appellante aan dat zij het uitzendbureau eind september 2013 heeft gemaand deze uren te betalen en er aldus sprake is van een situatie als bedoeld in artikel 4, tweede lid, Dagloonbesluit werknemersverzekeringen (Dagloonbesluit). Volgens appellante had UWV deze uren moeten betrekken bij de dagloonberekening.

De Centrale Raad van Beroep oordeelt als volgt. Tussen partijen is in geschil of de rechtbank op juiste gronden heeft geoordeeld dat UWV terecht geen toepassing heeft gegeven aan artikel 4, tweede lid, Dagloonbesluit. Zoals ook is overwogen in de uitspraak van de Raad van 27 januari 2012 (ECLI:NL:CRVB:2012:BV2690) kan uit de nota van toelichting bij een vergelijkbare bepaling worden afgeleid dat de wetgever hierbij de situatie voor ogen heeft gehad waarin een betaling normaliter binnen het refertejaar zou hebben moeten plaatsvinden, maar dat die betaling als gevolg van bijzondere omstandigheden achterwege is gebleven. Volgens vaste rechtspraak is het aan een werknemer om aan te tonen dat hij op niet mis te verstane wijze de werkgever in de referteperiode heeft gemaand het loon aan hem uit te keren.

Een loonvorderingprocedure bij de kantonrechter of een schriftelijke weigering van de werkgever is hiervoor niet nodig (zie onder meer de uitspraken van de Raad van 23 maart 2012, ECLI:NL:CRVB:2012:BV9859, 4 september 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:1653 en 25 november 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:4318). Niet in geschil is dat de referteperiode loopt van 1 augustus 2013 tot en met 30 september 2013. Daarnaast is gebleken dat er een vordering van appellante op het uitzendbureau bestond van in totaal 39 uren. Het uitzendbureau heeft deze uren na de referteperiode aan appellante uitbetaald. De vraag die moet worden beantwoord is of appellante heeft aangetoond dat zij in de referteperiode op niet mis te verstane wijze het uitzendbureau heeft gemaand de uren aan haar uit te keren. Appellante heeft met e-mails van twee (ex-)werknemers van het uitzendbureau aangetoond dat zij in september 2013 contact heeft gezocht met het uitzendbureau over de betaling van deze uren en het uitzendbureau heeft gemaand tot betaling. In de gegeven situatie was dit een voldoende en adequate handelwijze van appellante. Van haar kon niet worden verwacht dat zij reeds binnen enkele dagen na ontvangst van de salarisspecificatie verdergaande schriftelijke actie ondernam jegens het uitzendbureau. Er is dan ook voldaan aan de uit artikel 4, tweede lid, Dagloonbesluit voortvloeiende voorwaarde dat appellante het uitzendbureau in de referteperiode op niet mis te verstane wijze heeft gemaand het vorderbare loon aan haar uit te keren. Het hoger beroep slaagt.

---

**Instantie:** Centrale Raad van Beroep

**Datum uitspraak:** 18-01-2017

**ECLI:** ECLI:NL:CRVB:2017:150

**Zaaknummer:** 14/5141 ZW

**Rechters:** J.S. van der Kolk, B.M. van Dun en E. Dijt

**Wetsartikelen:** 15 ZW en 4 Dagloonbesluit werknemersverzekeringen

## RECHTSPRAAK

***Verzoek om voorlopige voorziening afgewezen. Denkbaar is dat, ondanks vernietiging bestreden besluit, op grond van nader onderzoek van UWV toch geoordeeld wordt dat verzoeker niet in aanmerking komt voor een WIA-uitkering. Verkrijgen van een terugvorderbaar bedrag is niet wat verzoeker beoogt.***

Bij besluit van 1 augustus 2011 stelt UWV vast dat werknemer per 10 oktober 2011 geen recht heeft op een WIA-uitkering. Bij besluit van 1 december 2014 stelt UWV naar aanleiding van een nieuwe WIA-aanvraag van verzoeker opnieuw vast dat verzoeker vanaf 11 oktober 2011 geen recht heeft op een WIA-uitkering. UWV verklaart het bezwaar van verzoeker niet-ontvankelijk, de rechtbank verklaart het beroep van verzoeker tegen deze beslissing op bezwaar ongegrond en de Raad bevestigt de uitspraak van de rechtbank. Verzoeker dient op 15 januari 2016 opnieuw een aanvraag om een WIA-uitkering in en geeft daarbij te kennen dat hij sinds 9 oktober 2009 door ziekte niet kan werken. Het bezwaar van verzoeker verklaart UWV ongegrond, nu niet is gebleken van nieuwe feiten of veranderde omstandigheden. De rechtbank verklaart het beroep van verzoeker eveneens ongegrond en wijst het verzoek van verzoeker om schadevergoeding af. Verzoeker stelt tegen deze uitspraak hoger beroep in. Bij wijze van voorlopige voorziening vraagt verzoeker om toekenning van 100.000 euro.

De Centrale Raad van Beroep oordeelt als volgt. Verzoeker heeft gevraagd om vrijstelling van de verplichting tot het betalen van het voor behandeling van zijn verzoek om een voorlopige voorziening verschuldigde griffierecht. Verzoeker voldoet aan de voorwaarden voor vrijstelling van het betalen van griffierecht. Aan verzoeker wordt daarom vrijstelling van de betaling van griffierecht verleend.

Naar voorlopig oordeel is een reële kans aanwezig dat de aangevallen uitspraak en het bestreden besluit niet in stand kunnen blijven. De rechtbank heeft zich ten onrechte beperkt tot de vraag of verzoeker in voldoende mate nieuwe feiten en omstandigheden heeft gesteld en aannemelijk gemaakt. Ook heeft de rechtbank niet onderkend dat UWV bij het bestreden besluit onvoldoende heeft onderzocht of sprake is van een verslechtering van de medische situatie van verzoeker ten opzichte van de eerdere beoordelingen in het kader van de Wet

WIA. Daarbij is van belang dat een beoordeling van de medische situatie van verzoeker door een verzekeringsarts ten onrechte niet heeft plaatsgevonden.

Het is op dit moment echter ongewis wat de uitslag zal zijn van een nader onderzoek naar de vraag of sprake is van een verslechtering van de medische situatie van verzoeker. Denkbaar is dat het beroep van verzoeker wel leidt tot vernietiging van de aangevallen uitspraak en het bestreden besluit, maar dat op grond van het nadere onderzoek van UWV toch geoordeeld wordt dat verzoeker niet in aanmerking komt voor een WIA-uitkering. Als bij wijze van voorlopige voorziening UWV wordt opgedragen enig bedrag te betalen aan verzoeker, is dit bedrag – dat het karakter zou hebben van een voorschot op een WIA-uitkering – terugvorderbaar als uiteindelijk zou blijken dat op die uitkering geen aanspraak bestaat. Het verkrijgen van een terugvorderbaar bedrag is niet wat verzoeker beoogt met zijn verzoek om een voorlopige voorziening.

Gelet op het voorgaande en bij afweging van de belangen van verzoeker en UWV acht de voorzieningenrechter het niet aangewezen om een voorlopige voorziening te treffen. Het verzoek om een voorlopige voorziening wordt dan ook afgewezen. Het is wel aangewezen dat het hoger beroep van verzoeker op korte termijn ter zitting van een meervoudige kamer wordt behandeld.

---

**Instantie:** Centrale Raad van Beroep

**Datum uitspraak:** 17-01-2017

**ECLI:** ECLI:NL:CRVB:2017:175

**Zaaknummer:** 16/6814 WIA-VV

**Rechters:** M.C. Bruning

**Wetsartikelen:** 8:81 Awb



## RECHTSPRAAK

***Ten onrechte WW-uitkering wegens verwijtbare werkloosheid geweigerd. Gelet op het tijdsverloop in de onderzoeksfase en de kwalificatiefase moet worden geconcludeerd dat de gedragingen van appellant voor de korpschef blijkbaar niet zodanig waren dat deze een arbeidsrechtelijke dringende reden voor ontslag vormden.***

Appellant is vanaf 1993 werkzaam bij de politie. Bij besluit van 10 juli 2013 legt de korpschef appellant wegens zeer ernstig plichtsverzuim onvoorwaardelijk strafontslag op met ingang van 19 juli 2013. Appellant wordt verweten dat hij in strijd met de waarheid opzettelijk achttien diensten in een periode van zeven maanden heeft geaccordeerd in de Basisvoorziening Capaciteitsmanagement (BVCM) door uren als gewerkt te verantwoorden terwijl hij die niet heeft gewerkt. Daarnaast wordt appellant verweten dat hij heeft gelogen tegenover zijn leidinggevende over zijn feitelijk gewerkte uren. Appellant vecht het besluit aan tot in de hoogste instantie, maar zonder succes.

Appellant heeft op 16 oktober 2013 een uitkering op grond van de Werkloosheidswet (WW) aangevraagd. Bij besluit van 6 november 2013 beslist UWV dat appellant met ingang van 19 juli 2013 wel recht heeft op WW-uitkering maar dat dit recht niet geldend kan worden gemaakt omdat appellant verwijtbaar werkloos is geworden. UWV heeft zich op het standpunt gesteld dat aan de werkloosheid van appellant een dringende reden ten grondslag ligt en dat hem daarvan een verwijt kan worden gemaakt. Het bezwaar en beroep worden ongegrond verklaard. Het hoger beroep van appellant is gericht tegen het oordeel van de rechtbank over de subjectieve dringendheid van het ontslag. Volgens appellant is op meerdere concreet aangewezen momenten van een onverwijld en voortvarend handelen van de korpschef geen sprake geweest, ook indien rekening wordt gehouden met het feit dat het enige tijd mag vergen vooraleer definitieve rechtspositionele stappen kunnen worden ondernomen en met de complexiteit en de omvang van de organisatie van de korpschef.

De Centrale Raad van Beroep oordeelt als volgt. Het is vaste rechtspraak van de Raad dat, gelet op de tekst en de geschiedenis van de totstandkoming van artikel 24, tweede lid, aanhef en onder a, van de WW, zoals deze bepaling sinds 1 oktober 2006 luidt, een materiële beoordeling

dient plaats te vinden van de vraag of aan de werkloosheid een dringende reden ten grondslag ligt. Daarbij is artikel 7:678 van het BW de maatstaf, welk artikel niet los kan worden gezien van artikel 7:677 van het BW. Dit brengt onder meer met zich dat beoordeeld moet worden of het ontslag onverwijld is gegeven (bijvoorbeeld CRvB 18 februari 2009, ECLI:NL:CRVB:2009:BH2387). In dat kader wordt rekening gehouden met de omstandigheid dat in organisaties als die van de korpschef enige tijd nodig kan zijn alvorens (definitieve) rechtspositionele stappen kunnen worden ondernomen (CRvB 22 juni 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:BQ9528). Tussen partijen is niet meer in geschil dat de appellant verweten gedragingen een objectief dringende reden waren voor de korpschef om de aanstelling van appellant te beëindigen. Het geschil spitst zich toe op de vraag of de korpschef in de loop van de procedure die is uitgemond in een strafontslag voortvarend genoeg is opgetreden.

Op 17 juli 2012 is appellant door zijn leidinggevende bij het TGO aangesproken op het vermoeden dat de door hem in de BVCM vermelde werktijden in het weekend van 7 en 8 juli 2012 niet in overeenstemming waren met de door hem daadwerkelijk gewerkte uren. Naar aanleiding van dit gesprek had de teamleiding van het TGO niet meer het benodigde vertrouwen in appellant en is hij teruggestuurd naar zijn eigen bureau. De bureauchef heeft op 19 juli 2012 opdracht gegeven een feitenonderzoek in te stellen. Op 31 mei 2013 heeft de korpschef appellant meegedeeld voornemens te zijn hem, overeenkomstig het advies van de CADZ, de straf van disciplinair ontslag op te leggen. Op 10 juli 2013 is het genoemde ontslagbesluit gevolgd.

Tussen de eerste confrontatie van appellant met de onjuiste urenregistratie en het ontslagbesluit is een jaar verstreken. Dit enkele gegeven is onvoldoende voor het oordeel dat aan het ontslag geen subjectief dringende reden ten grondslag lag. Bezien moet worden of de korpschef de binnen de organisatie geldende procedurele en noodzakelijke stappen heeft gezet voordat hij appellant de disciplinaire straf heeft opgelegd en of daarbij sprake is geweest van een voor een zorgvuldig overheidswerkgever te traag handelingstempo waaruit blijkt dat voor hem de ontslagreden niet zo dringend was dat een onverwijlde beëindiging van het dienstverband was geboden. Daarbij dient, anders dan door UWV en de korpschef ter zitting is betoogd, ook de periode van feitenvaststelling bij de beoordeling te worden betrokken. De periode van feitenvaststelling (17 juli 2012 tot 13 maart 2013) heeft te lang geduurd. Uit het rapport feitenonderzoek van 30 augustus 2012 is, na vergelijking van de gegevens van BVCM met de gegevens uit ITRS en de loggegevens van het netwerk, gebleken dat appellant bij twintig diensten minder uren heeft gewerkt dan hij in BVCM geregistreerd heeft, dat bij drie diensten niet is vast te stellen of appellant gewerkt heeft, dat hij bij tien diensten te veel overuren geregistreerd en gedeclareerd heeft, dat hij bij twee diensten een vroege dienst heeft

gewerkt terwijl hij een late dienst geregistreerd heeft en dat hij bij 44 diensten te laat was. Deze objectieve gegevens noopten al tot het treffen van een ordemaatregel en om met grote voortvarendheid verder onderzoek te doen naar de gedragingen van appellant. De korpschef heeft echter in het rapport feitenonderzoek van 30 augustus 2012 geen aanleiding gezien om een ordemaatregel te treffen maar heeft appellant zijn werkzaamheden bij bureau X laten voortzetten. Voor het nader feitenonderzoek heeft de korpschef ruim vijf maanden de tijd genomen. Ofschoon het begrijpelijk is dat de korpschef grote zorgvuldigheid heeft willen betrachten bij dat onderzoek, kan van deze gang van zaken niet worden gezegd dat de korpschef met de nodige onverwijldheid heeft gehandeld. Dat het onderzoek zo lang heeft geduurd omdat de korpschef heeft gekozen voor een werkwijze waarbij het feitenonderzoek wordt verricht door één medewerker die dit onderzoek doet naast zijn reguliere werkzaamheden, leidt niet tot een ander oordeel. Niet is gebleken dat de korpschef in de onmogelijkheid verkeerde om meer personele inzet voor een voortvarend onderzoek te organiseren.

Ook de zogenoemde kwalificatiefase (13 maart 2013 tot 23 april 2013) heeft te lang geduurd. In die periode heeft de korpschef appellant pas bij besluit van 19 maart 2013 buiten functie gesteld en de toegang tot de gebouwen ontzegd. Vervolgens heeft de chef bureau arbeidsvoorwaarden de korpsleiding op 11 april 2013 geadviseerd om een disciplinaire procedure te starten door tussenkomst van CADZ, waarna appellant bij brief van 21 april 2013 is meegedeeld dat een disciplinair onderzoek wordt gestart. Zonder begrijpelijke toelichting – en die ontbreekt – valt niet in te zien waarom de totstandkoming van dit advies zo lang heeft moeten duren. Het was vanaf 13 maart 2013 immers volstrekt duidelijk dat sprake was van zeer ernstig plichtsverzuim en dat een disciplinaire procedure moest worden gestart. Gelet op het tijdsverloop in de onderzoeksfase en de kwalificatiefase moet worden geconcludeerd dat de gedragingen van appellant voor de korpschef blijkbaar niet zodanig waren dat deze een arbeidsrechtelijke dringende reden voor ontslag vormden. Appellant is daarom niet verwijtbaar werkloos geworden. UWV heeft ten onrechte de maatregel van blijvende gehele weigering van WW-uitkering opgelegd.

---

**Instantie:** Centrale Raad van Beroep

**Datum uitspraak:** 11-01-2017

**ECLI:** ECLI:NL:CRVB:2017:133

**Zaaknummer:** 15/4458 WW

**Rechtsers:** H.G. Rottier, M. Greebe en G.A.J. van den Hurk

**Wetsartikelen:** 24 WW

## RECHTSPRAAK

***Appellant kon redelijkerwijs duidelijk zijn dat hem ten onrechte een WW-uitkering werd betaald naast een volledige WAO-uitkering, nu de WAO- en de WW-uitkeringen die appellant ontving samen een bedrag aan bruto-inkomsten opleverden dat hoger was dan hetgeen hij aan inkomsten genoot in de periode waarin hij een gedeeltelijke WAO-uitkering had naast zijn werkzaamheden.***

Appellant ontvangt vanaf 29 mei 2006 een uitkering op grond van de Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering (WAO) naar een mate van arbeidsongeschiktheid van 55 tot 65%. Daarnaast is hij werkzaam bij Werkgever X. Naar aanleiding van een ziekmelding op 30 mei 2010 door appellant verhoogt UWV de WAO-uitkering vanaf 31 mei 2010 naar een mate van arbeidsongeschiktheid van 80 tot 100%. Na een herbeoordeling verlaagt UWV de mate van arbeidsongeschiktheid met ingang van 17 maart 2012 naar 25 tot 35%. In verband met de herziening van de mate van arbeidsongeschiktheid vraagt appellant een uitkering op grond van de Werkloosheidwet (WW) aan. Bij besluit van 11 april 2012 wijst UWV die aanvraag af. Appellant maakt bezwaar tegen dat besluit. UWV baseert in afwijking van de eerdere besluitvorming bij besluit van 12 juli 2012 de WAO-uitkering met ingang van 17 maart 2012 alsnog ongewijzigd op een mate van arbeidsongeschiktheid van 80 tot 100%. Bij beslissing op bezwaar van 13 juli 2012 verklaart UWV het bezwaar van appellant tegen de ontzegging van de WW-uitkering gegrond en brengt hem met ingang van 19 maart 2012 in aanmerking voor een WW-uitkering gebaseerd op een gemiddeld aantal arbeidsuren per week van 40. UWV houdt daarbij geen rekening met de verhoging van een WAO-uitkering naar een mate van arbeidsongeschiktheid van 80 tot 100%, maar gaat uit van de eerder vastgestelde mate van 25 tot 35%. In de beslissing van 13 juli 2012 wordt vermeld dat met de toegekende WW-uitkering de verlaagde WAO-uitkering wordt aangevuld. UWV komt in het voorjaar van 2014 op de hoogte dat appellant naast elkaar een WAO-uitkering, gebaseerd op een volledige arbeidsongeschiktheid, en een WW-uitkering ontvangt. Dit leidt tot een besluit van 15 mei 2014 waarbij de WW-uitkering is herzien en over de periode van 17 maart 2012 tot en met 16 februari 2014 een bedrag aan volgens UWV onverschuldigd betaalde WW-uitkering van €

27.897,78 van appellant is teruggevorderd. Het bezwaar en beroep worden ongegrond verklaard. De rechtbank onderschrijft het standpunt van UWV dat het appellant redelijkerwijs duidelijk had moeten zijn dat hij niet een volledige WAO-uitkering en daarnaast een gedeeltelijke WW-uitkering kon ontvangen.

De Centrale Raad van Beroep oordeelt als volgt. Appellant heeft niet weersproken dat de WAO- en de WW-uitkeringen die hij ontving samen een bedrag aan bruto-inkomsten opleverden dat hoger was dan hetgeen hij aan inkomsten genoot in de periode waarin hij een gedeeltelijke WAO-uitkering had naast zijn werkzaamheden bij Werkgever X. Daaruit volgt dat het hem redelijkerwijs duidelijk kon zijn dat hem ten onrechte uitkering werd betaald. Bij de toekenning van WW-uitkering op 13 juli 2012 heeft UWV vermeld dat die uitkering werd verstrekt als aanvulling op de verlaagde WAO-uitkering. Die vermelding kon niet juist zijn, omdat in het besluit van de dag daarvoor aan appellant een verhoogde WAO-uitkering was toegekend. De vermelding van de code 07 op de WW-betaalspecificaties heeft in dit verband geen bijzondere betekenis omdat uit de hoogte van de WW-uitkering bleek dat géén rekening werd gehouden met het ontvangen van een volledige WAO-uitkering.

Uit de duur van de periode waarin deze situatie heeft bestaan volgt evenmin dat het appellant niet redelijkerwijs duidelijk kon zijn dat hij te veel uitkering ontving. Voor deze gehele periode geldt immers dat zijn bruto-inkomsten hoger waren dan in de periode waarin hij zijn werkzaamheden in loondienst combineerde met het ontvangen van een WAO-uitkering. Dat de betalingen van de WAO- en WW-uitkering op verschillende momenten plaatsvonden, zodat er voor appellant geen overzicht was, speelt in dit verband evenmin een rol nu het immers aan de hand van hetgeen in totaal werd ontvangen duidelijk kon zijn dat dit bedrag te hoog was. Het hoger beroep slaagt niet.

---

**Instantie:** Centrale Raad van Beroep

**Datum uitspraak:** 11-01-2017

**ECLI:** ECLI:NL:CRVB:2017:95

**Zaaknummer:** 15/2861 WW

**Rechters:** H.G. Rottier, M. Greebe en G.A.J. van den Hurk

**Wetsartikelen:** 19 WW

## RECHTSPRAAK

***Afwijzing herzieningsverzoek. In de door verzoeker ingebrachte stukken van neuroloog zijn geen aanwijzingen te vinden voor standpunt dat verzoeker destijds de ontslagname niet (in overwegende mate) kon worden verweten, dan wel dat voortzetting van de dienstbetrekking destijds niet van hem kon worden gevergd.***

Bij de uitspraak waarvan herziening wordt gevraagd, heeft de Raad onder meer de uitspraak van de Rechtbank 's-Gravenhage van 27 maart 2013, 12/8312 bevestigd. Overwogen is dat verzoeker verwijtbaar werkloos is geworden, aangezien het dienstverband tussen verzoeker en de toenmalige minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer (VROM) op zijn verzoek is beëindigd, terwijl voortzetting van het dienstverband redelijkerwijs van verzoeker kon worden gevergd. Verzoeker legt aan zijn herzieningsverzoek ten grondslag dat recent is vastgesteld dat hij lijdt aan de ziekte van Huntington. Volgens zijn behandelaar zijn de eerste ziekteverschijnselen vanaf 2005/06 zichtbaar geworden. Volgens verzoeker is zijn ontslagname in 2009 beïnvloed door deze ziekte. Hierdoor zou sprake zijn geweest van een discrepantie tussen zijn interne wil om ontslag te nemen en zijn verklaringen. Hij is dus niet verwijtbaar werkloos geworden.

De Centrale Raad van Beroep oordeelt als volgt. Op grond van artikel 8:119, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) kan de Raad op verzoek van een partij een onherroepelijk geworden uitspraak herzien op grond van feiten of omstandigheden die: (a) hebben plaatsgevonden vóór de uitspraak; (b) bij de indiener van het verzoekschrift vóór de uitspraak niet bekend waren en redelijkerwijs niet bekend konden zijn; en (c) indien zij bij de Raad eerder bekend waren geweest, tot een andere uitspraak zouden hebben kunnen leiden. Vastgesteld wordt dat verzoeker vóór de uitspraak van de Raad van 15 januari 2014 al leed aan de ziekte van Huntington, maar niet bekend was met het feit dat hij leed aan deze ziekte en dat redelijkerwijs ook niet kon zijn. Aan de onder a en b van artikel 8:119, eerste lid, van de Awb genoemde voorwaarden is daarom voldaan.

Vastgesteld wordt dat de overgelegde informatie van neuroloog Roos geen betrekking heeft op de situatie van verzoeker ten tijde van de ontslagname door verzoeker. Bovendien bevatten de

brieven voornamelijk informatie die is gebaseerd op de van de zijde van de echtgenote van verzoeker verkregen informatie en meer algemene informatie over het verloop van de ziekte. De door Roos genoemde aandacht-, concentratie- en geheugenisstoornissen vormen geen onderbouwing van de stelling van verzoeker dat sprake was van een discrepantie tussen zijn interne wil en zijn verklaring ten aanzien van de ontslagname. Roos heeft naar aanleiding van vragen van de gemachtigde van verzoeker uiteengezet dat gelet op het beloop in de tijd het zeer aannemelijk is dat de gedragsveranderingen als eerste uiting van de ziekte van Huntington sterk hebben bijgedragen aan het zelf ontslag nemen. Hij heeft daarbij opgemerkt dat impulsief handelen, een mate van ontremming, een kenmerk is van de ziekte. Eerder had hij al gesteld dat het abrupte eigen ontslag (impulsief gedrag) een symptoom van de ziekte kan zijn. Van een abrupte ontslagname is echter geen sprake geweest. Aan de ontslagname door verzoeker is immers een uitgebreid onderhandelingstraject vooraf gegaan. Na het voornemen van 5 maart 2009 om verzoeker als herplaatsingskandidaat aan te wijzen, heeft verzoeker de minister van VROM voorstellen gedaan om invulling te geven aan zijn aanstaande status van herplaatsingskandidaat. Dit heeft uiteindelijk geresulteerd in een ontslagbesluit van 27 augustus 2009, waarbij verzoeker op eigen verzoek ontslag is verleend. In de door verzoeker ingebrachte stukken zijn daarom geen aanwijzingen te vinden voor het standpunt dat verzoeker destijds de ontslagname niet (in overwegende mate) kon worden verweten, dan wel dat voortzetting van de dienstbetrekking destijds niet van hem kon worden gevergd. Dit betekent dat als de Raad destijds bekend was geweest met het feit dat verzoeker leed aan de ziekte van Huntington en de daarmee gepaard gaande klachten, deze feiten en omstandigheden de Raad niet tot een andere uitspraak zouden hebben kunnen leiden. De Centrale Raad van Beroep wijst het verzoek om herziening af.

---

**Instantie:** Centrale Raad van Beroep

**Datum uitspraak:** 11-01-2017

**ECLI:** ECLI:NL:CRVB:2017:134

**Zaaknummer:** 15/5057 WW

**Rechters:** H.G. Rottier, M. Greebe en G.A.J. van den Hurk

**Wetsartikelen:** 24 WW en 8:119 lid 1 Awb

## RECHTSPRAAK

### ***Beperkingen in FML onjuist weergegeven. Aanpassing FML aangewezen. Vervolgens zal in een arbeidskundig onderzoek moeten worden beoordeeld wat dit betekent voor de mate van arbeidsongeschiktheid van appellant.***

Appellant ontvangt vanaf november 2008 een WIA-uitkering, waarbij de mate van arbeidsongeschiktheid is vastgesteld op 80 tot 100 procent. In het kader van een herbeoordeling wordt appellant op 21 november 2012 door een verzekeringsarts van UWV onderzocht. Deze verzekeringsarts concludeert dat de problematiek van appellant gecompliceerd is met in de nek/rug aantoonbare lichamelijke problematiek die wordt verweven met psychische problematiek. De verzekeringsarts legt de beperkingen neer in een Functionele Mogelijkhedenlijst (FML) van 10 januari 2013. De arbeidskundige heeft na functieselectie geconcludeerd dat appellant 45 procent arbeidsongeschikt is. Bij besluit van 1 maart 2013 stelt UWV vast dat de mate van arbeidsongeschiktheid van appellant met ingang van 22 februari 2013 45 procent bedraagt. UWV verklaart het bezwaar van appellant ongegrond. De rechtbank ziet aanleiding een deskundige te benoemen en verzoekt Cavari Clinics een onderzoek in te stellen. Op 22 december 2014 brengen een cardioloog en een revalidatiearts (hierna: de deskundige) een deskundigenrapport uit. De rechtbank verklaart het beroep van appellant uiteindelijk gegrond. De rechtbank hecht doorslaggevende betekenis aan de bevindingen van de deskundige die met een rapport het onderscheid tussen de begrijpelijke en niet-begrijpelijke klachten voldoende heeft toegelicht. Verder acht de rechtbank voldoende toegelicht waarom de deskundige niet heeft geconcludeerd dat appellant geen duurzaam benutbare mogelijkheden heeft. Het hoger beroep van appellant richt zich tegen het oordeel van de rechtbank dat de 'niet-begrijpelijke' klachten niet zijn te duiden als een rechtstreeks en objectief medisch vast te stellen gevolg van ziekte of gebreken. Ter onderbouwing van zijn standpunt overlegt appellant een expertiserapport van een verzekeringsarts.

De Centrale Raad van Beroep oordeelt als volgt. Het rapport van Cavari Clinics geeft blijk van een zorgvuldig onderzoek en is inzichtelijk, consistent en concludent. De rechtbank heeft met juistheid overwogen dat de klachten die door de deskundige als 'niet-begrijpelijk' zijn



aangeduid (stijve benen, tintelingen en problemen met het gezichtsvermogen) niet zijn te duiden als een rechtstreeks en objectief medisch vast te stellen gevolg van ziekte of gebreken. De deskundige heeft voldoende toegelicht dat met het onderscheid tussen 'begrijpelijke' en 'niet-begrijpelijke' klachten een terugkomend beeld is aangeduid, waarbij verschillende medici geen oorzaak voor diverse klachten hebben kunnen vaststellen. In hoger beroep heeft appellant geen medische stukken ingebracht waaruit een medische onderbouwing voor de 'niet-begrijpelijke' klachten blijkt. Deze klachten dienen dan ook buiten beschouwing te blijven.

De rechtbank heeft eveneens terecht geoordeeld dat uit de conclusies van de deskundige niet blijkt dat appellant geen duurzaam benutbare mogelijkheden heeft. De deskundige heeft voldoende toegelicht dat op basis van de beschikbare informatie niet kan worden geconcludeerd dat duurzaam benutbare mogelijkheden ontbreken, omdat voor die conclusie minimaal een compleet onderzoek nodig is (MRI en psychiatrisch onderzoek). De deskundige heeft op basis van lichamelijk onderzoek en bestudering van de medische informatie geconcludeerd dat de belastbaarheid van appellant zeer laag is en dat de conclusies van de verzekeringsarts bezwaar en beroep met betrekking tot de medische beperkingen van appellant niet gevolgd kunnen worden. Door de deskundige is toegelicht dat bij appellant sprake is van te begrijpen klachten van pijn in de lage rug, pijn in de nek en krachtsverlies in de rechterarm en tintelingen. Uit deze conclusies volgt dat de beperkingen in de FML van 10 januari 2013 niet juist zijn weergegeven.

In het door appellant ingebrachte expertiserapport van 12 mei 2016 heeft een verzekeringsarts inzichtelijk aangegeven welke beperkingen op grond van het deskundigenrapport aangenomen dienen te worden ten aanzien van zitten, reiken en bukken (buigen). De Raad ziet geen aanleiding om de door deze verzekeringsarts genoemde beperkingen voor onjuist te houden.

Uitgaande van de conclusies van de deskundige is de FML onjuist. Het bestreden besluit is niet voldoende gemotiveerd. De verzekeringsarts bezwaar en beroep zal de FML moeten aanpassen met inachtneming van het bovenstaande. Vervolgens zal in een op basis van die FML in te stellen arbeidskundig onderzoek moeten worden beoordeeld of de geselecteerde functies voor appellant nog geschikt zijn en wat dit betekent voor de mate van arbeidsongeschiktheid van appellant. Het hoger beroep slaagt en de Raad draagt UWV op om binnen zes weken het besluit van 9 augustus 2013 te herstellen met inachtneming van de overwegingen van de Raad.

**Instantie:** Centrale Raad van Beroep

**Datum uitspraak:** 23-12-2016

**ECLI:** ECLI:NL:CRVB:2016:5149

**Zaaknummer:** 16/1286 WIA-T

**Rechters:** J.P.M. Zeijen, J.W. Schuttel en P. Vrolijk

**Advocaten:** L.J. van der Veen

**Wetsartikelen:** 5 WIA

RECHTSPRAAK

**werkneemster/Columbus Junior B.V.**

***Is na pre-pack sprake van opvolgend werkgeverschap en een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd? Partijen worden in de gelegenheid gesteld zich uit te laten over artikel 7:667 lid 4 BW.***

*Feiten*

Werkneemster is op 10 augustus 2009 bij Kindercentrum Columbus Junior B.V. in dienst getreden in de functie van pedagogisch medewerker op basis van een tijdelijke arbeidsovereenkomst, te weten tot 10 februari 2010, welke is verlengd tot 10 februari 2011 en vervolgens wederom tot 10 februari 2012. Daarna is de arbeidsovereenkomst stilzwijgend voortgezet. Op 27 oktober 2014 is Kindercentrum Columbus Junior B.V. in staat van faillissement verklaard. De curator heeft op 27 oktober 2014 de werknemers ontslag aangezegd, welke ontslag schriftelijk is bevestigd. Columbus, onderdeel van '4Kids', heeft, na voorbereidingen daartoe middels een zogenoemde pre-pack, in welk verband een zogenoemde stille bewindvoerder is benoemd, de activa en (behoudens het op dat moment langdurig arbeidsongeschikte personeel) het personeel overgenomen. Werkneemster is met ingang van 1 november 2014 in dienst getreden van Columbus op basis van een arbeidsovereenkomst van 1 november 2014 tot 1 mei 2015. Deze arbeidsovereenkomst is verlengd van 1 mei 2015 tot 1 februari 2016. Vervolgens is deze arbeidsovereenkomst verlengd van 1 februari 2016 tot en met 30 september 2016. Werkneemster is sinds 19 oktober 2015 arbeidsongeschikt wegens ziekte. Tussen partijen is primair in geding of de arbeidsovereenkomst van rechtswege is geëindigd op 30 september 2016 dan wel of, op grond van de ketenregeling van artikel 7:668a BW, sprake is van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Daarbij verschillen partijen van mening of de vraag of sprake is van 'opvolgend werkgeverschap' als bedoeld in artikel 7:668a lid 2 BW beantwoord dient te worden aan de hand van het 'zodanige banden-criterium' zoals dat onder oud recht door de Hoge Raad is geformuleerd, dan wel op grond van de wettekst zoals die luidt sinds de invoering van de WWZ en waarbij de eis van 'zodanige banden' als voorwaarde voor opvolgend werkgeverschap niet langer wordt gesteld.

*Oordeel*

Naar voorlopig oordeel van de kantonrechter wordt aan toepasselijkheid van artikel 7:668a BW niet toegekomen in deze zaak. Artikel 7:668a lid 1 BW is alleen dan van toepassing als zowel bij de vorige als de opvolgend werkgever sprake is van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. Die situatie lijkt zich naar voorlopig oordeel niet voor te doen. Immers, werkneemster is bij Kindercentrum Columbus Junior B.V., de vorige werkgever, op basis van drie arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd in totaal meer dan 36 maanden werkzaam geweest, weshalve de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd op grond van artikel 7:668a lid 1 (oud) BW op 10 augustus 2012 werd geconverteerd naar een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. De arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is door de curator opgezegd en na een korte tussenpoos (enkele dagen) opgevolgd door de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die werkneemster is aangegaan met Columbus. Op dergelijke situaties is artikel 7:667 lid 4 BW van toepassing. Nu de arbeidsovereenkomst van werkneemster bij Kindercentrum Columbus Junior B.V. door de curator rechtsgeldig is opgezegd, eindigde de door Columbus met werkneemster aangegane arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van rechtswege door het verstrijken van de tijd waarvoor deze was aangegaan, te weten 30 september 2016. Voorafgaande opzegging was niet vereist, niet onder huidig en niet onder oud recht. De kantonrechter verwijst partijen ter informatie naar *De Parlementaire Geschiedenis Wet werk en Zekerheid* (prof. mr. G.C. Boot e.a., Den Haag: Bju 2015, p. 355). Nu artikel 7:667 lid 4 BW geen onderdeel van het partijdebat heeft uitgemaakt en de kantonrechter een 'verrassingsuitspraak' ter zake wenst te voorkomen, zullen beide partijen in de gelegenheid worden gesteld zich over de voorlopige zienswijze van de kantonrechter uit te laten.

---

**Instantie:** Rechtbank Overijssel

**Datum uitspraak:** 29-11-2016

**ECLI:** ECLI:NL:RBOVE:2016:5284

**Zaaknummer:** 5412088 \ EJ VERZ 16-365 (hoofdzaak) en 5416492 EJ VERZ 16-373 (incident)

**Rechters:** E.W. de Groot

**Advocaten:** F.M. Westra

**Wetsartikelen:** 7:668a BW

ANNOTATIE

**Klare taal van de Hoge Raad: voorwaardelijke ontbinding onder de WWZ nog slechts beperkt mogelijk en bewijsrecht volledig van toepassing in de ontbindingsprocedure**

*mr. dr. P. Kruit*

**1. Inleiding**

De eerste WWZ-beschikking van de Hoge Raad is een feit. Op 23 december 2016 gaf de Hoge Raad de arbeidsrechtelijke wereld een kerstcadeau in de vorm van de beantwoording van de prejudiciële vragen van de Kantonrechter Enschede inzake de voorwaardelijke ontbinding. Op 20 mei 2016 legde de Kantonrechter Enschede een aantal prejudiciële vragen aan de Hoge Raad voor ten aanzien van de toepasselijkheid van de voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst onder de WWZ. Voorts heeft de kantonrechter een prejudiciële vraag gesteld over de toepasselijkheid van het bewijsrecht in de (voorwaardelijke) ontbindingsprocedure, nu over zowel de voorwaardelijke ontbinding als het bewijsrecht in literatuur en jurisprudentie verschillend werd gedacht en geoordeeld. Hoewel de Hoge Raad niet altijd met duidelijk omliggende antwoorden op de aan hem gestelde vragen komt, spreekt de Hoge Raad ditmaal klare taal. Zonder omslachtige formuleringen worden de prejudiciële vragen van de kantonrechter beantwoord. In deze annotatie breng ik in paragraaf 2 eerst de door de kantonrechter voorgelegde prejudiciële vragen in herinnering en geef ik in paragraaf 3 het antwoord van de Hoge Raad op deze vragen. Van hieruit wordt in paragraaf 4 een praktische duiding van deze beschikking gegeven. Paragraaf 5 bevat de conclusie.

**2. De prejudiciële vragen**

In haar uitspraak van 20 mei 2016 besloot de Kantonrechter Enschede het leerstuk van de voorwaardelijke ontbinding onder de WWZ aan de Hoge Raad voor te leggen in een aantal prejudiciële vragen.

‘A (a) Kan een werkgever onder de Wet werk en zekerheid in een verzoek tot voorwaardelijke ontbinding worden ontvangen?’

(b) Indien de hiervoor onder A (a) gestelde vraag in het algemeen bevestigend noch ontkennend kan worden beantwoord, kan een werkgever dan wel in zijn verzoek tot voorwaardelijke ontbinding worden ontvangen indien de werknemer een verzoek tot vernietiging van het gegeven ontslag op staande voet heeft ingediend en

- op dat verzoek nog niet is beslist (bijvoorbeeld omdat een bewijsopdracht is gegeven); of

- op dat verzoek en op het voorwaardelijke ontbindingsverzoek – al dan niet na bewijslevering in één of beide procedures – op dezelfde dag (eind)beschikking wordt gewezen en waarbij het verzoek tot vernietiging van het ontslag op staande voet wordt afgewezen;

B. Indien, na positieve beantwoording van één van de vragen onder A, een werkgever ontvankelijk dient te worden verklaard in zijn verzoek tot voorwaardelijke ontbinding na een gegeven ontslag op staande voet, kan de kantonrechter dan tot voorwaardelijke ontbinding – ervan uitgaande dat van een voldragen grond als bedoeld in art. 7:669 lid 3 sub c t/m h BW sprake is – overgaan:

(a) als op een door de werknemer ingediend verzoek tot vernietiging van het ontslag op staande voet [...] nog niet [is] beslist (bijvoorbeeld omdat een bewijsopdracht is gegeven);

(b) als op een door de werknemer ingediend verzoek tot vernietiging van het ontslag op staande voet en op het voorwaardelijke ontbindingsverzoek – al dan niet na bewijslevering in één of beide procedures – op dezelfde dag beschikking wordt gewezen, waarbij het verzoek tot vernietiging van de opzegging (het gegeven ontslag op staande voet) wordt afgewezen;

C. Dient bij beantwoording van de vragen onder B onderscheid gemaakt te worden naar gelang de formulering van de voorwaarde, te weten:

(a) de voorwaarde “dat de arbeidsovereenkomst in hoger beroep wordt hersteld”? en

(b) de voorwaarde “indien en voor zover het verzoek van de werknemer tot vernietiging van de opzegging (het gegeven ontslag op staande voet) wordt afgewezen”?

D. Dient bij beantwoording van de vragen hierboven, onder B en/of C onderscheid gemaakt te worden naar de grondslag van het voorwaardelijk ontbindingsverzoek, te weten:

(a) de situatie waarbij aan het voorwaardelijk ontbindingsverzoek dezelfde feiten en omstandigheden ten grondslag zijn gelegd als die aan het ontslag op staande voet ten grondslag zijn gelegd, zoals in de onderhavige zaak resulterende in een verzoek op basis van de zogenoemde e-grond, en [...]

(b) de situatie dat aan het voorwaardelijk verzoek andere feiten en omstandigheden ten

grondslag zijn gelegd die niet (direct) in relatie staan tot de feiten en omstandigheden die hebben geleid tot het ontslag op staande voet, zoals in de onderhavige zaak resulterende in de g-grond;

E. Indien voorwaardelijke ontbinding in één of meerdere situaties als hiervoor genoemd mogelijk is, is het bewijsrecht daarop dan ten volle van toepassing?’

### **3. Het antwoord van de Hoge Raad**

De Hoge Raad beantwoordt de prejudiciële vragen als volgt:

‘A. Een werkgever kan onder de Wet werk en zekerheid in een verzoek tot voorwaardelijke ontbinding worden ontvangen, tenzij de rechter op processuele gronden niet toekomt aan een behandeling van de zaak.

B. Het is wenselijk dat de rechter het verzoek van de werknemer tot vernietiging van het hem op staande voet gegeven ontslag, en het verzoek van de werkgever tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst voor het geval de rechter zal oordelen dat ontslagaanzegging in de gegeven omstandigheden niet gerechtvaardigd was, zoveel mogelijk gelijktijdig behandelt en beslist.

Indien op het verzoek van de werkgever tot voorwaardelijke ontbinding op zichzelf al kan worden beslist, maar op het door de werknemer gedane verzoek tot vernietiging van het ontslag op staande voet nog niet, bijvoorbeeld omdat een bewijsopdracht is gegeven, kan de rechter het ontbindingsverzoek afzonderlijk behandelen indien aanhouding een onaanvaardbare vertraging van die procedure zou opleveren.

Indien het door de werknemer ingediende verzoek tot vernietiging van het ontslag op staande voet wordt afgewezen, heeft de werkgever – al naar gelang de formulering van de voorwaarde – geen belang meer bij het voorwaardelijke ontbindingsverzoek.

C. Als het verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst is gedaan onder de voorwaarde:

(a) “dat de arbeidsovereenkomst in hoger beroep wordt hersteld”, of

(b) “indien en voor zover het verzoek van de werknemer tot vernietiging van de opzegging (het gegeven ontslag op staande voet) wordt afgewezen”,

dient het in zoverre te worden afgewezen. In het eerste geval omdat dit onwenselijk is en in het tweede geval omdat er geen belang meer is.

D. Bij beantwoording van de vragen onder B en C dient geen onderscheid te worden gemaakt

naar de grondslag van het voorwaardelijk ontbindingsverzoek. Het maakt aldus geen verschil of aan het voorwaardelijk ontbindingsverzoek dezelfde feiten en omstandigheden ten grondslag zijn gelegd als aan het ontslag op staande voet, of

dat aan het voorwaardelijk ontbindingsverzoek andere feiten en omstandigheden ten grondslag zijn gelegd die niet (direct) in relatie staan tot de feiten en omstandigheden die hebben geleid tot het ontslag op staande voet.

E. De wettelijke bewijsregels zijn in beginsel van overeenkomstige toepassing in ontbindingsprocedures als hier bedoeld. Indien de rechter, na afweging van de belangen van beide partijen, aanleiding ziet om in de ontbindingsprocedure eerder te oordelen dan in de ontslagprocedure, is hij evenwel bevoegd om de wettelijke bewijsregels buiten toepassing te laten. De rechter dient dat oordeel te motiveren;'

#### **4. Praktische implicaties**

In mijn eerdere annotatie over de voorwaardelijke ontbinding (P. Kruit, Voorwaardelijke ontbinding na ontslag op staande voet onder de WWZ, AR 2016-0167) gaf ik aan dat vraagtekens konden worden geplaatst bij de toepasselijkheid van de voorwaardelijke ontbinding onder de WWZ, omdat de door de Hoge Raad in zijn arrest uit 1983 (ECLI:NL:HR:1983:AG4670, NJ 1984/296 (Nijman/X)) gegeven argumenten – snelheid en definitieve zekerheid – onder de WWZ niet langer kunnen worden bereikt.

De Hoge Raad onderkent deze bezwaren expliciet (r.o. 3.4.3) maar is desondanks van mening dat voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst onder de WWZ nog steeds mogelijk is, nu de WWZ deze rechtsfiguur niet uitsluit. Voorts geeft de Hoge Raad aan dat er wel degelijk een belang *kan* zijn voor de werkgever bij het indienen van een voorwaardelijk ontbindingsverzoek, namelijk voor zover het ontslag op staande voet door de kantonrechter als 'niet rechtsgeldig gegeven' wordt beoordeeld.

Bij een voorwaardelijke ontbinding na een ontslag op staande voet kan een drietal situaties zich voordoen:

1. De kantonrechter doet in de 681-procedure en de 671b-procedure tegelijk uitspraak en oordeelt dat het ontslag op staande voet terecht is gegeven.
2. De kantonrechter doet in de 681-procedure en de 671b-procedure gelijk uitspraak en oordeelt dat het ontslag op staande voet niet terecht is gegeven.
3. De kantonrechter doet eerst uitspraak in de 671b-procedure en pas later in de 681-procedure, bijvoorbeeld omdat in de 681-procedure nadere bewijslevering nodig is.



De Hoge Raad beschrijft in zijn beschikking al deze drie varianten.

*Uitgangspunt: gelijktijdige behandeling*

De Hoge Raad kiest in zijn beschikking duidelijk voor een processuele benadering. Uitgangspunt is volgens de Hoge Raad dat de procedures van artikel 7:681 BW en 7:671b BW gelijktijdig moeten worden behandeld. Zelfs indien de werkgever een verzoek tot voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst indient nog voordat de werknemer de vernietigingsprocedure ex artikel 7:681 BW is gestart, dient de kantonrechter het voorwaardelijk ontbindingsverzoek van de werkgever aan te houden tot het moment waarop ook de werknemer zijn 681-procedure aanhangig heeft gemaakt. De beide procedures zijn volgens de Hoge Raad zodanig aan elkaar verknocht dat een afzonderlijke behandeling eigenlijk niet is voor te stellen. Door vervolgens ook het bewijsrecht volledig van toepassing te verklaren in de voorwaardelijke ontbindingsprocedure zorgt de Hoge Raad voor een situatie waarin zelfs bij het geven van een bewijsopdracht door de kantonrechter niet goed denkbaar is dat de beide procedures worden gesplitst, nu deze bewijslevering ook in de voorwaardelijke ontbindingsprocedure noodzakelijk zal zijn. Met deze benadering elimineert de Hoge Raad feitelijk situatie 3 zoals hiervoor omschreven. Het niet gelijktijdig afdoen van de voorwaardelijke ontbindingsprocedure van de werkgever en het vernietigingsverzoek van de werknemer zal met deze aanpak slechts zelden voorkomen. Enkel wanneer de voorwaardelijke ontbinding (deels) is gebaseerd op andere feiten dan het ontslag op staande voet zou de ontbindingsbeschikking eerder kunnen worden gewezen dan de 681-beschikking. Het speelveld van het ontslag op staande voet en de voorwaardelijke ontbinding wordt hiermee door de Hoge Raad gereduceerd tot een tweetal mogelijke scenario's. In feite moet enkel nog onderscheid worden gemaakt tussen de situatie dat het ontslag op staande voet wordt vernietigd en de situatie waarin het ontslag op staande voet rechtsgeldig wordt geoordeeld. Hoe dient de kantonrechter in beide situaties om te gaan met het voorwaardelijk ontbindingsverzoek?

De Hoge Raad is helder: enkel wanneer de kantonrechter het ontslag op staande voet vernietigt, bestaat de mogelijkheid tot (on)voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Indien de kantonrechter besluit dat het ontslag op staande voet wel rechtsgeldig is gegeven, dan bestaat voor de kantonrechter niet de mogelijkheid om de arbeidsovereenkomst voorwaardelijk te ontbinden, namelijk voor zover het hof in hoger beroep zou oordelen dat het ontslag op staande voet niet rechtsgeldig is en de arbeidsovereenkomst (al dan niet met terugwerkende kracht) dient te worden hersteld. Het op voorhand ontbinden van een nog te herstellen arbeidsovereenkomst is een onaanvaardbare doorkruising van de mogelijkheid tot herstel welke bevoegdheid de wetgever uitdrukkelijk aan het hof heeft toegekend. Het zowel in de lage rechtspraak (zie o.a. Ktr. Rotterdam 30 maart

2016, ECLI:NL:RBROT:2016:2737; Ktr. Dordrecht 1 februari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:969; Ktr. Den Haag 17 december 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:14811; Ktr. Amsterdam 24 november 2015, JAR 2015/284; Ktr. Zutphen 12 november 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:7645) als in de literatuur (zie o.a. F.G. Laagland, Het procedurele mijnenveld van het ontslag op staande voet, *ArA* 2015/4, p. 45-52; P.G. Vestering & W.J.J. Wetzels, *Praktisch arbeidsprocesrecht onder de WWZ*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2015, p. 53-58; F.A. Chorus & S. van Waegeningh, In staat van ontbinding? De voorwaardelijke ontbinding onder de Wwz, *ArbeidsRecht* 2016/33) verdedigde standpunt dat een nog te herstellen arbeidsovereenkomst op voorhand kan worden ontbonden, wordt door de Hoge Raad aldus uitdrukkelijk verworpen. In die situatie dient het voorwaardelijk ontbindingsverzoek te worden afgewezen vanwege een gebrek aan belang.

*Status van de te herstellen arbeidsovereenkomst blijft onduidelijk*

De Hoge Raad laat zich (helaas) niet expliciet uit over de vraag of de nog te herstellen arbeidsovereenkomst dezelfde arbeidsovereenkomst is als die door het ontslag op staande voet is geëindigd, dan wel dat het gaat om een nieuwe (tweede) arbeidsovereenkomst. Zoals Houweling in zijn annotatie reeds uitvoerig heeft beargumenteerd, kan uit het stelsel van het ontslagrecht enkel worden geconcludeerd dat het een nieuwe (tweede) arbeidsovereenkomst betreft (A.R. Houweling, Ken uw klassieken! Over de herstelveroordeling in de Wet werk en zekerheid, *AR* 2016-0462). Immers een opzegging (ook wegens een dringende reden) kan enkel door vernietiging ex artikel 7:681 BW ongedaan worden gemaakt. Indien de kantonrechter in eerste aanleg oordeelt dat het ontslag op staande voet terecht is gegeven, kan dit oordeel van de kantonrechter in hoger beroep *niet* ongedaan worden gemaakt. Daarmee blijft ook de opzegging van de werkgever onaangedaan. Daaruit volgt dat een te herstellen arbeidsovereenkomst altijd een nieuwe (en dus tweede) arbeidsovereenkomst moet zijn, omdat het tegen het systeem van het ontslagrecht zou indruisen om zonder de opzegging te vernietigen toch de (eerste) arbeidsovereenkomst te laten continueren.

De Hoge Raad gaat op deze discussie niet in en volstaat met de opmerking dat het onwenselijk is wanneer de kantonrechter in eerste aanleg een uitspraak van het hof in hoger beroep zou kunnen dwarsbomen. Hoewel de uitkomst hetzelfde is, meen ik dat de route die de Hoge Raad kiest een opmerkelijke is. De Hoge Raad redeneert niet vanuit de systematische gedachte van het ontslagrecht, maar vanuit de invalshoek van hiërarchie tussen de verschillende gerechten: 'het kan toch niet zo zijn dat de kantonrechter in eerste aanleg het hof als appelrechter de pas afsnijdt'... De vraag naar de status van de te herstellen arbeidsovereenkomst is echter wel degelijk relevant. Weliswaar niet meer voor het leerstuk van de voorwaardelijke ontbinding, maar bijvoorbeeld wel voor de vraag of de werkgever – hoewel hij de arbeidsovereenkomst heeft moeten herstellen – tevens een transitievergoeding is verschuldigd. Wellicht dat de Hoge Raad hierover in een volgende beschikking duidelijkheid verschaft.

*Voorwaardelijke ontbinding in hoger beroep?*

Nu de Hoge Raad duidelijk heeft gemaakt dat voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst niet mogelijk is indien de kantonrechter het ontslag op staande voet in stand laat, dient de vraag zich aan of de werkgever in de appelprocedure opnieuw voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst kan verzoeken. De werkgever zou dan aan het hof vragen om een op zijn veroordeling door de werkgever te herstellen arbeidsovereenkomst direct weer te ontbinden. Van Zanten-Baris merkt in haar annotatie in JAR op dat de Hoge Raad deze mogelijkheid in rechtsoverweging 3.13.2 in het midden laat (JAR 2017/19). Hoewel ik het tekstueel met Van Zanten-Baris eens ben dat de Hoge Raad deze mogelijkheid van voorwaardelijke ontbinding in hoger beroep niet uitsluit, zie ik er weinig toegevoegde waarde in. Wanneer de werkgever in eerste aanleg in het gelijk wordt gesteld, kan deze beslissing in hoger beroep niet ongedaan worden gemaakt. In hoger beroep kan de werknemer enkel betogen dat de kantonrechter de opzegging ten onrechte niet heeft vernietigd en daardoor herstel van de arbeidsovereenkomst moet worden uitgesproken. De vraag naar de rechtsgeldigheid van het ontslag op staande voet staat opnieuw centraal. Anders dan de kantonrechter heeft het hof van de wetgever uitdrukkelijk de bevoegdheid gekregen om *zo nodig ambtshalve* de herstelveroordeling om te zetten in een billijke vergoeding. Als redenen voor deze ambtshalve bevoegdheid noemt de wetgever enerzijds tijdsverloop, maar anderzijds ook de situatie waarin ‘herstel van de arbeidsovereenkomst niet in de rede ligt’ (Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 34-35). Ik kan mij goed voorstellen dat wanneer het hof tot het oordeel komt dat weliswaar geen sprake is van een rechtsgeldig ontslag op staande voet, maar de arbeidsrelatie door het handelen van de werknemer wel verstoord is geraakt dit nu precies een situatie is waarin het hof van haar ambtshalve bevoegdheid om een herstelveroordeling om te zetten in een billijke vergoeding gebruik maakt. Een voorwaardelijke ontbinding in hoger beroep heeft in mijn optiek aldus – mocht dit al mogelijk zijn – geen toegevoegde waarde.

*Gevolgen voor de rechtspraak*

De gevolgen van deze beschikking van de Hoge Raad zijn mijns inziens groot. Deze uitspraak leidt er immers toe dat de voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst nog slechts in beperkte mate mogelijk is, namelijk alleen wanneer het ontslag op staande voet door de kantonrechter niet rechtsgeldig wordt geacht. Indien de kantonrechter het ontslag op staande voet wel rechtsgeldig oordeelt en de werknemer tegen dit oordeel appelleert bestaat voor de werkgever geen mogelijkheid meer het risico op een eventuele loonvordering op voorhand te beperken voor het geval de werknemer in hoger beroep in het gelijk wordt gesteld. Dit resulteert in een volledig gelijk speelveld in hoger beroep, daar waar dit voorheen voor de werkgever doorgaans slechts om een beperkt risico ging. Het verhoogde risico voor de

werkgever in de appelprocedure zou ertoe kunnen leiden dat voor de werknemer een extra incentive ontstaat om in hoger beroep te gaan, om onder de druk van dit aanzienlijke risico alsnog een minnelijke regeling te treffen. Nu bij de beoordeling van het ontslag op staande voet ‘alle omstandigheden van het geval in onderlinge samenhang’ dienen te worden betrokken, kan de weging van deze omstandigheden in hoger beroep immers zomaar anders uitvallen dan in eerste aanleg. Dit risico wordt met onderhavige beschikking van de Hoge Raad volledig op het bord van de werkgever gelegd.

Nu de werkgever op voorhand niet weet hoe de kantonrechter en eventueel het hof over het ontslag op staande voet gaat oordelen, loopt hij hiermee, zoals gezegd, een aanzienlijk risico op een hoge loonvordering of een billijke vergoeding. De enige manier om dit procedurele risico te vermijden, is het niet geven van het ontslag op staande voet en direct besluiten tot het indienen van een regulier ontbindingsverzoek ex artikel 7:671b BW, waarbij de e-grond en de g-grond doorgaans de meest voor de hand liggende ontslaggronden zijn. Weliswaar kan ook de reguliere ontbindingsprocedure in een appel eindigen, maar nu de ontslaggronden een beduidend lagere drempel kennen dan het ontslag op staande voet, wordt hiermee het risico voor de werkgever ingeperkt. In de kwesties waarin de werkgever een ontslag op staande voet overweegt, is doorgaans immers wel het een en ander aan de hand. Hierbij merk ik op dat in mijn optiek de schorsing zonder behoud van loon op grond van artikel 7:628 BW na invoering van de WWZ tot de mogelijkheden is gaan behoren (zie anders annotatie van F. Dekker, Don't Believe the Hype: Van der Gulik/Visser & Partners is springlevend!, AR 2016-0487), zodat met een schorsing zonder behoud van loon hangende een reguliere ontbindingsprocedure feitelijk een zelfde situatie kan worden gecreëerd als met een ontslag op staande voet, echter zonder de procedurele risico's die aan een ontslag op staande voet zijn verbonden. Indien de werknemer zich daadwerkelijk ernstig misdragen heeft, dan is het enige resterende risico bij de route van het onvoorwaardelijke ontbindingsverzoek dat wellicht een transitievergoeding moet worden betaald indien het handelen van de werknemer niet als ‘ernstig verwijtbaar’ wordt aangemerkt. Dit risico is aanmerkelijk kleiner dan de hoge loonvordering met daaraan verbonden wedertewerkstelling van de werknemer, dan wel een billijke vergoeding plus transitievergoeding plus onregelmatige opzeggingsvergoeding bij een onterecht ontslag op staande voet. De route van de reguliere ontbinding met schorsing zonder behoud van loon zou daarom weleens de plaats van het ontslag op staande voet kunnen gaan innemen bij zeer ernstig wangedrag van de werknemer. De onderhandelingsmacht die een ontslag op staande voet met zich brengt, kan met een schorsing zonder behoud van loon en een reguliere ontbindingsprocedure mijns inziens op eenzelfde wijze worden gecreëerd. Ook met deze route wordt immers van het ene op het andere moment de geldkraan van de werknemer dichtgedraaid, waardoor voor de werkgever een sterke onderhandelingspositie ontstaat. Ik acht de kans groot dat met deze beschikking van de Hoge Raad het ontslag op staande voet

(nog) verder zal worden teruggedrongen in de dagelijkse arbeidsrechtpraktijk.

*Andere voorwaardelijke ontbindingsverzoeken ook aan banden?*

Een kanttekening bij de beschikking van de Hoge Raad is dat deze expliciet is toegespitst op de situatie van het gegeven ontslag op staande voet en de naar aanleiding hiervan gestarte voorwaardelijke ontbindingsprocedure. De vraag is in hoeverre de beschikking van de Hoge Raad kan worden geëxtrapoleerd naar andere situaties waarin voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst aan de orde zal zijn; hierbij valt te denken aan het bestaan van een arbeidsovereenkomst met de verkrijger na overgang van onderneming, een discussie over de vraag of sprake is van een arbeidsovereenkomst dan wel een overeenkomst van opdracht en de toepassing van de ketenregeling zoals bij de vraag naar de toepasselijkheid van opvolgend werkgeverschap. In hoeverre is het oordeel van de Hoge Raad ten aanzien van de voorwaardelijke ontbinding na ontslag op staande voet één op één toepasbaar bij deze andere situaties waarin voorwaardelijke ontbinding in beeld komt? Ik ben van mening dat ook in al die situaties de door de Hoge Raad geformuleerde regels kunnen worden toegepast. In die situaties zal de werknemer immers ook met een beroep op artikel 7:681 BW een opzegging door de werkgever moeten vernietigen, waarbij de discussie naar het bestaan van een arbeidsovereenkomst als voorvraag in deze procedure tot uiting komt. Indien de door de Hoge Raad geformuleerde regels echter onverkort van toepassing zijn, zorgt ook dit type 681-geschillen voor een verhoogd risico voor de werkgever. Wanneer de kantonrechter tot het oordeel komt dat tussen partijen een overeenkomst van opdracht is gesloten en geen arbeidsovereenkomst, kan naar analogie geen voorwaardelijke ontbinding plaatsvinden voor het geval het hof in hoger beroep zou oordelen dat alsnog sprake is van een arbeidsovereenkomst. De werkgever loopt in een dergelijke situatie aldus hetzelfde risico als na een gegeven ontslag op staande voet. Nu de Hoge Raad in de onderhavige beschikking zich uitsluitend beperkt tot de voorwaardelijke ontbinding na een gegeven ontslag op staande voet, kan niet worden uitgesloten dat in andere denkbare gevallen waarin voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst een rol speelt anders wordt geoordeeld. Erg aannemelijk lijkt mij dit echter niet.

*Bewijs*

Tot slot geeft de Hoge Raad expliciet aan dat het bewijsrecht in beginsel ten volle van toepassing is in de ontbindingsprocedure op grond van artikel 284 Rv. Hoewel dit oordeel wellicht niet direct als een verrassing komt – de parlementaire geschiedenis is weliswaar op dit punt wat tegenstrijdig, maar vanwege de opheffing van het appelverbod kan moeilijk nog gesproken worden van een ‘bijzonder karakter’ van de ontbindingsprocedure zodanig dat het bewijsrecht niet van toepassing zou moeten worden verklaard – brengt ook dit oordeel grote

consequenties voor de ontslagpraktijk met zich. Immers, voor iedere ontbindingsprocedure (niet alleen de voorwaardelijke) geldt dat een voldoende gespecificeerd bewijsaanbod op grond van deze beschikking van de Hoge Raad niet langer kan worden gepasseerd. Waar in de lage rechtspraak nu verschillend (en doorgaans erg terughoudend) wordt omgegaan met een bewijsaanbod, zal de kantonrechter op basis van deze beschikking minder makkelijk tot afwijzing van een bewijsaanbod kunnen komen. Hiermee wordt immers het risico gelopen dat de uitspraak in hoger beroep onderuit gaat, vanwege het ten onrechte passeren van een bewijsaanbod. Wel is van groot belang dat partijen het bewijsaanbod voldoende specificeren. Hierop wordt een bewijsaanbod thans vaak afgewezen. Indien echter duidelijk wordt gemaakt *wie er wat* kan verklaren en welk belang dit heeft voor de beoordeling van de zaak, zal de kantonrechter het aangeboden (getuigen)bewijs niet eenvoudig kunnen passeren. Dit zal ongetwijfeld tot een vertraging van de ontbindingsprocedure leiden, waardoor ook in deze procedure voor werkgevers een groter risico ontstaat op een langere loonbetalingsverplichting gedurende de looptijd van de procedure.

## 5. Conclusie

Concluderend stel ik vast dat de Hoge Raad de arbeidsrechtpraktijk duidelijke richtsnoeren heeft gegeven hoe om te gaan met de toepassing van de voorwaardelijke ontbinding en het bewijsrecht. Zowel de voorwaardelijke ontbindingsprocedure als de reguliere ontbinding met een volledig bewijsrecht heeft door deze beschikking van de Hoge Raad een aanmerkelijk hogere drempel gekregen. Voor iedere praktijkjurist is het echter raadzaam om na een gegeven ontslag op staande voet voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst te (blijven) verzoeken. Op voorhand is immers niet duidelijk hoe de kantonrechter over het ontslag op staande voet zal gaan oordelen. Buiten een geringe proceskostenveroordeling vanwege de beslissing 'gebrek aan belang' indien het ontslag op staande voet wel rechtsgeldig wordt geoordeeld, zie ik hier voor de werkgever geen risico. Wel kunnen werknemers met een goed gespecificeerd bewijsaanbod 'zand in de ontbindingsmachine' strooien en hiermee voor vertraging zorgen. Het belang om ontslagzaken in onderling overleg op te lossen wordt hiermee voor de werkgever enkel maar groter. Wat dat betreft kan worden gezegd dat deze beschikking van de Hoge Raad volledig in lijn is met het doel van de wetgever: dejuridiseren van het ontslagrecht. De Hoge Raad stimuleert partijen om er in onderling overleg uit te komen.