

Nieuwsbrief AR Updates - Nummer 08, 2017

Nummer 8, 2017

Redactie: prof. mr. dr. A.R. Houweling, mr. L. Kirkpatrick, mr. M. Assenberg van Eijssen, mr. R. van Hemert, mr. P.H. de Jongh, mr. C.P. Kuijer, mr. drs. T.J. Post, I.J. Schipper, mr. S.A. Slootweg, mr. V. Twilt, mr. R.R.T. van de Ven en mr. S. Wiersma-Helal.

INHOUDSOPGAVE

Hof

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2017:537 16-02-2017

werknemer/X Beheer BV

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2017:513 14-02-2017

X/Tweko Handelsonderneming B.V.

Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2017:237 14-02-2017

Webhelp Nederland BV/werkneemster

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2017:531 14-02-2017

werknemer/Intersant BV

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2017:1015 10-02-2017

werkgever/statutair bestuurder

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2017:923 08-02-2017

werknemer/de stichting

Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2017:182 07-02-2017

werknemer/VEB Sealants Nederland B.V.

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2017:719 02-02-2017

werkneemster/de stichting

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2017:503 24-01-2017

werkneemster/werkgever

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2017:511 24-01-2017

werkneemster/de stichting

Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2016:3526 06-12-2016

SDB Professionals B.V./zzp'er Agility IT Services

Rechtbank

Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2017:1265 15-02-2017

werknemer/Olympia Uitzendbureau B.V.

Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2017:791 15-02-2017

werkneemster/werkgeefster

Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2017:1296 14-02-2017

werknemer/BCT B.V.

Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2017:906 08-02-2017

werkneemster/ABN AMRO Bank N.V.

Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2017:1063 08-02-2017

X/Securitas OV Services B.V. c.s.

Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2017:905 07-02-2017

werkneemster/Detailresult Productie Personeel B.V.

Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2017:507 02-02-2017

werknemer/werkgever

Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2017:297 24-01-2017

werknemer/Alpha Netherlands B.V.

Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2017:891 23-01-2017

werkgever/werknemer

Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2017:842 20-01-2017

werknemer/Blokker B.V.

Uitspraken zonder ECLI

Rechtbank Noord-Holland 16-02-2017

X/Y

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Nationale ombudsman 21-12-2016

werkgeefster/UWV

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Rechtbank Gelderland 14-02-2017

werkneemster/werkgeefster

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Annotatie

Geheime videosurveillance binnen de arbeidsrelatie: wetgeving vereist?

prof. mr. dr. F.G. Laagland

RECHTSPRAAK

werknemer/X Beheer BV

Grondslag voor schadevergoeding bij nietig proeftijdontslag is artikel 7:677 lid 4 BW en niet artikel 7:672 lid 10 BW. Aanvulling rechtsgrond leidt niet tot verval van rechtsvordering.

Feiten

Op 11 februari 2016 is werknemer voor de duur van zes maanden in dienst getreden van X Beheer in de functie van Recruitment Consultant. Op deze arbeidsovereenkomst is een proeftijdbeding van toepassing. Werknemer is op 10 maart 2016 met een beroep op de proeftijd ontslagen. Werknemer heeft zich op het standpunt gesteld dat het proeftijdbeding nietig is, want in strijd met artikel 7:652 BW. In plaats van de vernietiging heeft werknemer schadevergoeding ex artikel 7:672 lid 9 (inmiddels 10) BW verzocht. Volgens X Beheer BV hebben partijen een arbeidsovereenkomst voor de duur van zes maanden plus één dag gesloten. De kantonrechter heeft het verzoek van werknemer afgewezen.

Oordeel gerechtshof

Het hof oordeelt als volgt.

Uitleg duur arbeidsovereenkomst: zes maanden of zes maanden plus één dag?

Het hof stelt voorop dat artikel 1.1 van de arbeidsovereenkomst niet duidelijk is geformuleerd. In de eerste zin staat dat werknemer in dienst treedt voor bepaalde tijd van zes maanden. In de tweede zin staat er dat de werknemer met ingang van 11 februari 2016 in dienst treedt en dat de arbeidsovereenkomst derhalve van rechtswege eindigt op 11 augustus 2016. Daarbij rijst de vraag of met de zinsnede ‘op 11 augustus 2016’ wordt bedoeld dat de arbeidsovereenkomst loopt tot of tot en met 11 augustus 2016. Het hof is van oordeel dat werknemer redelijkerwijs heeft mogen begrijpen dat partijen een duur van de arbeidsovereenkomst van zes maanden sec zijn overeengekomen. Daarbij neemt het hof de volgende omstandigheden in aanmerking. Gelet op het feit dat in de eerste zin wordt gesproken over een bepaalde tijd van zes maanden en in de tweede zin het woord ‘derhalve’ wordt gebruikt, is het hof van oordeel dat een

taalkundige uitleg erop wijst dat partijen een duur van de arbeidsovereenkomst van zes maanden zijn overeengekomen en niet van zes maanden plus één dag. Dat er in artikel 2 van de arbeidsovereenkomst een proeftijdbeding is opgenomen, is onvoldoende om te concluderen dat partijen een duur van zes maanden en één dag overeen wilden komen.

Grondslag: artikel 7:672 lid 10 of artikel 7:677 lid 4 BW?

Het hof leidt uit de wetsgeschiedenis bij de Wet werk en zekerheid af dat de wetgever in deze wet duidelijkheid heeft willen verschaffen over de vraag of een opzegging van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd zonder tussentijds opzegbeding vernietigbaar is. Daarbij heeft de wetgever ervoor gekozen de gevolgen van de opzegging van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die niet tussentijds kan worden opgezegd te regelen in artikel 7:677 lid 4 BW (en niet in art. 7:672 lid 9 BW, dat met ingang van 1 januari 2016 is vernummerd tot 7:672 lid 10 BW). Het hof verwijst naar de volgende passage uit de wetsgeschiedenis: 'De regering merkt op dat met artikel 7:677, vierde lid, BW duidelijkheid wordt gecreëerd over wat geldt in geval sprake is van een tijdelijke arbeidsovereenkomst die niet tussentijds kan worden opgezegd (omdat deze geen tussentijds opzegbeding bevat). Artikel 7:672 (negende lid) BW heeft betrekking op een reguliere opzegging van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde dan wel onbepaalde tijd en bevat in dat kader onder andere de wettelijke opzegtermijn. Het is juist dat het huidige artikel 7:677, tweede lid, BW eenzelfde term hanteert als de term die in het nieuwe artikel 7:672, negende lid, BW wordt gehanteerd, doch de regering wijst erop dat die terminologie in het wetsvoorstel bewust niet terugkomt in het nieuwe artikel 7:677, vierde lid, BW. Daar wordt expliciet bepaald wat rehtens is wanneer een partij die een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die niet tussentijds kan worden opgezegd, in strijd met het eerste lid van dat artikel opzegt. De regering is dan ook van mening dat – anders dan in het huidige artikel 7:677, tweede lid, BW het geval is – de tekst van het wetsvoorstel de duidelijkheid verschaft die de regering op dit punt wenselijk acht. Dat hiermee sprake is van een gewenste verduidelijking wordt overigens ook in de literatuur erkend. De wetgever heeft artikel 7:677 lid 4 BW niet willen beperken tot de gevolgen van een niet rechtsgeldig ontslag op staande voet, ondanks de verwijzing naar lid 1. Gelet op het voorgaande is het hof, anders dan de kantonrechter, van oordeel dat artikel 7:677 lid 4 BW ten grondslag kan worden gelegd aan een verzoek tot schadevergoeding als het onderhavige. Zeker nu het in het onderhavige geval gaat om opzegging van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd zonder tussentijds opzegbeding met onmiddellijke ingang. Een dergelijke opzegging is op één lijn te stellen met een niet rechtsgeldige opzegging wegens een dringende reden, waarbij de dringende reden ontbreekt.

Vervaltermijn?

Het dienstverband tussen partijen is geëindigd op 10 maart 2016. Bij verzoekschrift van 26 april 2016 heeft werknemer verzocht X Beheer te veroordelen tot betaling van schadevergoeding wegens onregelmatige opzegging. Hij heeft daaraan ten grondslag gelegd dat X Beheer de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd zonder tussentijds opzegbeding heeft opgezegd op grond van een nietig proeftijdbeding. Bij brief van 27 mei 2016 heeft werknemer de juridische grondslag van zijn verzoek aangevuld en artikel 7:677 lid 4 BW als subsidiaire grondslag aangevoerd. Het hof is van oordeel dat ook zonder deze wijziging het hof het verzoek tot schadevergoeding van werknemer had kunnen en moeten toewijzen op grond van artikel 7:677 lid 4 BW. Het subsidiaire verzoek ziet op dezelfde feiten en feitelijke grondslag als het oorspronkelijke verzoek en het hof dient op grond van artikel 25 Rv de rechtsgronden aan te vullen. Nu het oorspronkelijke verzoekschrift binnen de termijn van twee maanden na de dag waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd, is ingediend, staat de vervaltermijn van artikel 7:686a lid 4 onderdeel a BW niet aan toewijzing van het verzoek tot schadevergoeding van werknemer in de weg.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 16-02-2017

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2017:537

Zaaknummer: 200.199.018/01

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

Advocaten: F.E.J. Janzing en C.P. van den Eijnden

Wetsartikelen: 7:652 BW, 7:677 BW en 7:686a BW

RECHTSPRAAK

Webhelp Nederland BV/werkneemster

Kennelijk onredelijk ontslag. Gevolgencriterium. Van werkgever kan gevergd worden werkneemster tegemoet te komen in de schade die zij ondervindt door de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. In het nadeel van werkneemster weegt mee dat zij niet het gesprek is aangegaan over de functiewijziging die werkgever had voorgesteld, tegen gelijkblijvende arbeidsvoorwaarden. Beperkte vergoeding.

Feiten

Werkneemster is sinds 1 maart 2000 in dienst bij Webhelp Nederland BV (hierna: Webhelp). In 2011 is Webhelp begonnen met een andere manier van leidinggeven, namelijk het 'faciliterend leiderschap'. Op 26 april 2012 heeft X werkneemster in een beoordelingsgesprek medegedeeld dat zij niet voldeed aan het functieprofiel van teammanager en niet beschikte over de vereiste competenties voor faciliterend leiderschap. Het door werkneemster gemaakte bezwaar tegen het oordeel dat zij niet geschikt zou zijn voor het faciliterend leiderschap is door de Bezwaar- en Beroepscommissie van Webhelp ongegrond verklaard. Werkneemster vordert een vergoeding aan haar toe te kennen wegens kennelijk onredelijk ontslag. De kantonrechter heeft de vordering van werkneemster toegewezen. Tegen dit vonnis komt Webhelp in hoger beroep.

Oordeel

Kennelijk onredelijk ontslag

Webhelp heeft ten aanzien van de manier van leidinggeven eenzijdig een koerswijziging ingezet die ertoe heeft geleid dat werkneemster haar functie als leidinggevende niet zonder meer kon blijven vervullen. Werkneemster zou uitsluitend leiding kunnen blijven geven als zij het uitgezette ontwikkeltraject met goed gevolg zou afronden, wat naar het oordeel van Webhelp niet is gelukt. Dat het ontwikkeltraject niet deugdelijk zou zijn ingericht is gesteld noch gebleken. Na het gesprek met Y heeft werkneemster zich ziek gemeld en zij is dat gebleven tot de arbeidsovereenkomst is beëindigd. Medio september 2012 is door de

bedrijfsarts gemeld dat er geen sprake (meer) was van ziekte, maar van een arbeidsconflict. Mediation tussen partijen is op gang gekomen. Partijen hebben verschillende visies op de oorzaak van de vertraging bij de start van het mediationtraject, maar feit is dat partijen verschillende gesprekken hebben gevoerd vanaf 21 november 2012. De beëindiging van het mediationtraject op initiatief van Webhelp kan niet bestempeld worden als handelen in strijd met goed werkgeverschap. In een tijdsbestek van circa twee maanden hebben immers drie gesprekken plaatsgevonden. Webhelp valt niet te verwijten dat zij de bereidheid om werkneemster in de functie van agent tewerk te stellen, niet heeft herhaald anders dan in het kader van de ontslagvergunningsaanvraag. Uit niets blijkt dat Webhelp dat aanbod had ingetrokken. Van Webhelp kan gevergd worden werkneemster tegemoet te komen in de schade die zij ondervindt door de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Daarbij is met name van belang dat werkneemster altijd tot tevredenheid heeft gefunctioneerd voor de aanvang van het ontwikkeltraject, zij een langdurig dienstverband had, en aan haar arbeidsovereenkomst een einde komt op moment dat zij er, gezien haar leeftijd, rekening mee moet houden dat zij niet snel een baan zal kunnen vinden. Werkneemster is ‘opgeklommen’ bij Webhelp en kan dan ook niet gemakkelijk op basis van een genoten opleiding rekenen op het snel vinden van een nieuwe baan. Dat Webhelp werkneemster wel de mogelijkheid heeft geboden zich door een opleiding naast haar werk verder te ontwikkelen neemt het hof in ogenschouw, maar die opleiding is niet afgerond en biedt daardoor niet werkelijk extra perspectief. In het nadeel van werkneemster weegt wel mee dat zij niet het gesprek is aangegaan over de functiewijziging die Webhelp had voorgesteld, tegen gelijkblijvende arbeidsvoorwaarden. Het hof kan zich voorstellen dat het voor werkneemster een slag was dat zij voor de nieuwe functie niet geschikt werd bevonden. Tegelijkertijd kon van werkneemster, mede gelet op de stevigheid die haar werk bij Webhelp van haar verlangde, verwacht worden dat zij – eenmaal bekomen van die slag – het gesprek over de modaliteiten van de vervulling van de aangeboden functie met Webhelp was aangegaan; dat had kennelijk zelfs nog gekund dadelijk nadat het mediationtraject was beëindigd. Het hof moet het er daarom voor houden dat werkneemster de tewerkstelling als agent van de hand heeft gewezen. Dat echter leidt er niet nog toe dat werkneemster – mede gezien het feit dat een demotie gezien haar leeftijd en langdurige dienstverband lastig te accepteren zal zijn – daarmee een recht op vergoeding van haar schade wegens kennelijk onredelijk ontslag volledig verspeelt. Webhelp heeft weliswaar gesteld dat andere teammanagers die evenmin geschikt waren bevonden voor het faciliterend leiderschap, wel het werk als agent hebben opgepakt, maar dat die collega-managers een zelfde staat van dienst hadden als werkneemster en (min of meer) dezelfde leeftijd hadden heeft Webhelp niet gesteld. Het hof acht een brutobedrag van € 15.000 als tegemoetkoming in het inkomensnadeel en het gemis van het werkgeversdeel in de pensioenpremie, een billijke compensatie van de schade, naast de geboden outplacementbegeleiding. Naast het feit dat

werkneemster zelf het risico van inkomensverlies heeft genomen door de functie van agent te weigeren, wordt meegewogen dat werkneemster geruime tijd – hoewel niet (langer) ziek – doorbetaald is zonder een arbeidsprestatie te leveren, tot het moment waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 14-02-2017

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2017:237

Zaaknummer: 200.171.814/01

Rechters: H.J. Vetter, C.A. Joustra en I. Zaal

Advocaten: W.H.N.C. van Beek en J.P. Boot

Wetsartikelen: 7:681 (oud) BW

RECHTSPRAAK

X/Tweko Handelsonderneming B.V.

Geen aanspraak over compensatie van gewerkte uren na aandelenoverdracht. Vennootschap mocht er gerechtvaardigd op vertrouwen dat met aandelentransactie alle kosten waren vereffend.

Feiten

X is bestuurder en aandeelhouder van Tubra Holding B.V. Pipenik en Mevak waren samen met Tubra bestuurder van Tweko. Zij hebben allemaal onbetaalde werkzaamheden verricht ten behoeve van Tweko. Partijen hebben in april 2010 een overeenkomst gesloten op grond waarvan Tubra de door haar in Tweko gehouden aandelen zou verkopen en leveren aan Pipenik en Mevak. Op 4 april 2011 heeft X een factuur ad € 75.541,20 voor het uitvoeren van diverse werkzaamheden in de periode 2 juli 2007 tot en met 20 september 2008 aan Tweko gezonden. Gefactureerd zijn 1344 uren en € 3000 aan algemene kosten, een en ander te vermeerderen met € 12.061,20 aan btw. X heeft zich daarbij op het standpunt gesteld dat partijen bij de oprichting van Tweko hadden afgesproken dat zij de ten behoeve van Tweko gewerkte uren zouden bijhouden en dat zij daarvoor, op het moment dat daarvoor binnen Tweko financiële ruimte was, een vergoeding zouden krijgen. Tweko stelt zich op het standpunt dat bij de aandelenoverdracht finale kwijting is afgesproken. De rechtbank heeft de vordering afgewezen omdat Pipenik en Mevak Holding mochten verwachten dat voor beide partijen het uitgangspunt gold dat zij definitief uit elkaar zouden gaan en dat zij alle financiële gevolgen daarvan zouden regelen en afwikkelen.

Oordeel gerechtshof

Het hof oordeelt als volgt.

Gerechtvaardigd vertrouwen dat openstaande uren bij aandelentransactie zijn vereffend

Er mag van worden uitgegaan dat X moet hebben begrepen dat het bij het maken van de berekeningen om de waarde van de over te dragen aandelen te bepalen van belang was om te weten welke (voorwaardelijke) schuld Tweko nog had ten tijde van de overdracht van de

aandelen door Tubra. Het moge duidelijk zijn dat een mogelijke schuld van Tweko van € 75.541,20 een behoorlijke invloed zou hebben gehad op de waardebeoordeling van de aandelen in een kleine bv als Tweko. Het was verder aan X om zijn registeraccountant, die de overeenkomst heeft opgesteld, te informeren omtrent alle feiten die van belang waren bij het opstellen van die overeenkomst waarbij onder meer aandelen werden overgedragen. Gelet op het feit dat de bestaande onenigheid de (of een) reden was om afscheid van elkaar te nemen, ligt het voor de hand dat Tweko heeft mogen menen dat X aan zijn registeraccountant, die de tekst van de overeenkomst heeft opgesteld, alle relevante feiten heeft vermeld die van belang waren om tot een volledig en definitief afscheid te komen. Door op geen enkele manier in die overeenkomst te vermelden dat er een mogelijke vordering bestond, mocht Tweko erop vertrouwen, mede gelet op de overige hiervoor genoemde factoren, dat X afzag van betaling van de uren waarvan hij thans betaling vordert.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 14-02-2017

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2017:513

Zaaknummer: 200.173.124/01

Rechters: M.G.W.M. Stienissen, J.R. Sijmonsma en J.M.H. Schoenmakers

Advocaten: M.A.M. van Dooren en H.J.M. Smelt

Wetsartikelen: 7:900 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Intersant BV

Ontslag op staande voet. Nu werknemer ondanks de weigering door werkgever van diens verlofaanvraag zonder enige mededeling niet meer op het werk is verschenen en toch op vakantie is gegaan, is sprake geweest van werkweigering die een dringende reden vormt. Statutair bestuurder. Vervaltermijn.

Feiten

Werknemer is sinds 1 januari 2011 in dienst bij Intersant BV (hierna: Intersant). Per september 2012 is werknemer aangesteld als directeur en ingeschreven in het handelsregister als bestuurder van Intersant. Werknemer heeft Intersant per mail verzocht om verlof van 3 t/m 17 februari 2014. Dit verzoek is door Intersant afgewezen. Op 10 februari 2014 is werknemer, zonder enige mededeling aan Intersant, niet op zijn werk verschenen. Bij brief van 11 februari 2014 heeft Intersant werknemer op staande voet ontslagen wegens een dringende reden, omdat werknemer zonder bericht van verhindering op 10 februari 2014 niet op het werk is verschenen. Werknemer vordert onder meer een verklaring voor recht dat het gegeven ontslag op staande voet nietig is en wedertewerkstelling. De kantonrechter heeft de vorderingen van werknemer afgewezen. Tegen dit vonnis komt werknemer in hoger beroep.

Oordeel

Vennootschapsrechtelijk ontslag

Werknemer heeft voor het eerst in hoger beroep aangevoerd dat hij statutair directeur was en het vennootschapsrechtelijk ontslag niet aan de daaraan te stellen eisen zou hebben voldaan. Hij heeft zich derhalve buiten de vervaltermijn van artikel 2:15 lid 5 BW beroepen op de vernietigbaarheid van het ontslagbesluit. Om die reden kan dit beroep niet meer tot vernietiging van het ontslagbesluit leiden. Als hoofdregel heeft te gelden dat vennootschapsrechtelijk ontslag ook het einde van de arbeidsovereenkomst betekent. Werknemer heeft niet (gemotiveerd) aangevoerd dat deze hoofdregel in dit geval uitzondering zou moeten leiden, zodat daarvan bij verdere beoordeling van het hoger beroep wordt

uitgegaan.

Dringende reden

Werknemer voert aan dat hij als directeur geen toestemming nodig had om verlof op te nemen. Deze stelling verdraagt zich echter niet met de door werknemer zelf geschetste feitelijke gang van zaken binnen Intersant dat hij geen beslissingsbevoegdheid had en dat alles via de heren X en Y liep, die beiden middellijk aandeelhouder van Intersant waren, en dat hij toestemming nodig had voor het verlof. Dat dit de gebruikelijke handelwijze was, leidt het hof ook af uit zijn eerdere verzoeken daartoe. Niet ter discussie staat dat werknemer wist dat hij geen toestemming had van Intersant om op vakantie te gaan. Intersant heeft aangevoerd dat zij bij herhaling dit ook aan werknemer heeft laten weten, in elk geval op 24 januari, 29 januari en 4 februari 2014. Voor de beantwoording van de vraag of Intersant het door werknemer gevraagd verlof had mogen weigeren, dient sprake te zijn geweest van 'gewichtige redenen' voor Intersant die zich verzetten tegen het door werknemer gevraagde vakantieverlof. Blijkens de wetsgeschiedenis is sprake van 'gewichtige redenen' als inwilliging van een verzoek om vakantie tot een ernstige verstoring van de bedrijfsvoering leidt (*Kamerstukken II* 1998/99, 26079, 5 p. 10). Intersant heeft voldoende onderbouwd dat er destijds sprake was van 'gewichtige redenen' die zich verzetten tegen inwilliging van het vakantieverzoek van werknemer. Intersant werd geconfronteerd met een opzegging van een van haar twee medewerkers. Werknemer was als gevolg daarvan nog de enige medewerker in dienst van Intersant. Werknemer vroeg vervolgens op 17 januari 2014 (ruim twee weken na de uitdiensttreding van personeelslid Z van Intersant) op korte termijn vakantieverlof voor de duur van twee weken aan. Werknemer heeft weliswaar aangevoerd dat Z enkel ondersteunende activiteiten verrichtte en dat de telefoon kon worden doorgeschakeld naar de makelaardij, terwijl hij ook zelf bereikbaar bleef, maar dat doet niet af aan het door Intersant gestelde feit dat haar kantoor gedurende die twee weken feitelijk niet bemand werd door een medewerker die de gebruikelijke werkzaamheden kon voortzetten. De stelling van werknemer dat er sprake was van (zwaarder wegende) dringende omstandigheden in de privésfeer omdat zijn vriendin ziek was en het noodzakelijk was dat hij bij haar zou zijn, passeert het hof als onvoldoende onderbouwd. Tot en met het pleidooi in hoger beroep heeft werknemer geen enkel stuk overgelegd ter adstructie van de aard en ernst van de gestelde ziekte van zijn vriendin. Om deze redenen wordt dan ook niet toegekomen aan het toelaten van werknemer tot bewijslevering daartoe. Nu werknemer ondanks de weigering door Intersant van diens verlofaanvraag zonder enige mededeling niet meer op het werk is verschenen en toch op vakantie is gegaan, is sprake geweest van werkweigering die een dringende reden voor het ontslag op staande voet vormde. Volgt bekrachtiging van het bestreden vonnis.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 14-02-2017

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2017:531

Zaaknummer: 200.175.014_01

Rechters: W.H.B. den Hartog Jager, P.P.M. Rousseau en M.E. Bruning

Advocaten: P.A. Schippers en W.A.A. van Kuijk

Wetsartikelen: 2:15 BW, 2:244 BW, 7:638 BW, 7:677 BW, 7:678 BW en 7:681 BW

RECHTSPRAAK

werkgever/statutair bestuurder

Ontslag op staande voet van statutair bestuurder wegens vermeend bezoeken van bordelen tijdens werktijd en handelen in strijd met fiscale regels omtrent privégebruik van de zakelijke auto na inzet van disproportionele onderzoeksmethoden is in strijd met goed werkgeverschap en ernstig verwijtbaar. Billijke vergoeding van € 20.000 naast de contractuele 'exitregeling'.

Feiten

Werknemer is op 1 januari 2007 voor onbepaalde tijd in dienst getreden bij (de rechtsvoorganger van) X als commercieel directeur. Hij was laatstelijk werkzaam tegen een bruto maandsalaris van € 20.690,10, exclusief 8% vakantiegeld en 3,5% eindejaarsuitkering. In de arbeidsovereenkomst is een ontslagvergoedingsregeling opgenomen bestaande uit 70% van het laatstverdiende salaris minus WW-inkomsten keer het aantal jaren tot aan 65 jaar. Op 8 december 2015 ontslaat de gecombineerde algemene vergadering van aandeelhouders werknemer als bestuurder van werkgever en als werknemer met onmiddellijke ingang. Als reden wordt onder meer gegeven dat bestuurder regelmatig tijdens werktijd bordelen bezoekt maar in zijn agenda aangeeft op 'werklocatie' te zijn en veelvuldig privékilometers worden gemaakt met de auto van de zaak. Bovendien blijven resultaten van bepaalde onderdelen van het bedrijf ver achter. De rechtbank heeft naar aanleiding van de verzoeken van werknemer overwogen dat de door X ingezette onderzoeksmethode en de daarbij gebruikte middelen disproportioneel zijn: niet is voldaan aan de criteria van noodzakelijkheid, subsidiariteit en proportionaliteit. Volgens de rechtbank leveren de wel door werknemer erkende feiten dat hij privéactiviteiten verrichtte onder werktijd, zonder veronachtzaming van zijn taken, en het handelen in strijd met fiscale regels omtrent privégebruik van de zakelijke auto, mede gelet op de persoonlijke omstandigheden van werknemer geen dringende reden op voor ontslag op staande voet. De rechtbank heeft de exitregeling (€ 345.694,54) plus billijke vergoeding (€ 20.000) toegewezen. Ook de vordering van openstaande vakantiedagen is toegewezen.

Oordeel gerechtshof

Het gerechtshof oordeelt als volgt.

Geen dringende reden voor ontslag

Werkgever merkt terecht op dat werknemer zich ook als goed werknemer heeft te gedragen. Dat werknemer dit niet heeft gedaan op de drie dagen waarop hij, zonder vakantiedagen op te nemen, uitsluitend voor privédoeleinden naar Duitsland is gereisd, is evident. Naar het oordeel van het hof is dat echter geen reden voor ontslag op staande voet in de omstandigheden van dit geval, waarin gelet op de functie geen sprake is van strikt gereguleerde werktijden, geen documenten die bedoeld zijn om werktijd te verantwoorden valselijk zijn opgemaakt en er geen eerder incident is geweest waarop werknemer is aangesproken. Het hof deelt voorts de overweging van de rechtbank dat de fiscale gevolgen van het privégebruik van de auto daarbij onvoldoende gewicht in de schaal leggen. Bovendien heeft X werknemer nimmer aangesproken op zijn gedrag. Werkgever heeft er niet voor gekozen om, ook gelet op de tegenvallende resultaten, meer verantwoording van werknemer omtrent zijn inspanningen te verlangen, hetgeen voor de hand ligt wanneer aan de inzet getwijfeld wordt.

Buitensporige onderzoeksmethoden

Het observeren en laten volgen van werknemer door medewerkers van een recherchebureau, het laten plaatsen van een peilbaken (in aanvulling op het track and trace-systeem) om het volgen van de auto van werknemer makkelijker te maken, het onder een vals voorwendsel laten inleveren van telefoon en iPad, het verhoor door de rechercheurs en het laten opstellen van het rapport zijn vergaande onderzoeksmaatregelen. Van enige noodzaak voor de inzet van deze methoden is niet gebleken. Daarmee zijn de opsporingsmiddelen, waarmee de persoonlijke levenssfeer van werknemer zijn geraakt, disproportioneel. Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen, is het ontslag op staande voet een te snel en te zwaar ingezet middel geweest. Voor de inzet van deze buitensporige onderzoeksmethoden dient werknemer middels een billijke vergoeding gecompenseerd te worden.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 10-02-2017

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2017:1015

Zaaknummer: 200.195.464

Rechters: E.B. Knottnerus, M.E.L. Fikkers en O.E. Mulder

Advocaten: A.J.H. Rutten en T.B. Vandeginste

Wetsartikelen: 7:682 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/de stichting

Intimiderende en bedreigende toonzetting werknemer na geschil over functie-indeling bij re-integratie, rechtvaardigt g-grond.

Feiten

Werknemer is sinds 1 juli 2006 in dienst van de stichting geweest, oorspronkelijk in de functie van jongerenwerker, laatstelijk in de functie van sociaal werker maatschappelijke ondersteuning. Werknemer is in 2014-2016 langdurig wegens ziekte uitgevallen geweest. In april 2016 heeft zich een incident voorgedaan, waarbij werknemer meerdere collega's op bedreigende en intimiderende toon heeft gesproken, bevel van leidinggevende het pand te verlaten heeft genegeerd waardoor uiteindelijk 112 is gebeld. De stichting heeft werknemer conform de cao geschorst in afwachting van ontslag, nu zij meent dat sprake is van een dringende reden. De kantonrechter heeft de arbeidsovereenkomst op de g-grond ontbonden per 1 oktober 2016.

Oordeel gerechtshof

Het hof oordeelt als volgt.

Ongenoegen over re-integratie en functie-indeling rechtvaardigt geen e-grond, wel een g-grond

Het hof heeft ter zitting geconstateerd dat partijen een geheel andere beleving van de gebeurtenissen hebben die zich op 12 april 2016 hebben voorgedaan. Daar waar de stichting, ter zitting toegelicht door Y, het gedrag van werknemer als intimiderend en bedreigend heeft ervaren, zowel jegens zichzelf als jegens de collega's van werknemer, herkent werknemer zich hier totaal niet in. Sterker nog, werknemer heeft zich, onder meer onder overlegging van een filmpje op een usb-stick, op het standpunt gesteld dat de stichting zich jegens hem intimiderend heeft gedragen. Werknemer heeft ook ter zitting toegelicht hoe volgens hem die bewuste dag is verlopen. Het hof heeft verder geconstateerd dat werknemer alle krediet bij de ter zitting aanwezig leidinggevend (te weten zijn direct leidinggevende mevrouw X en Z) heeft verspeeld. In het bijzonder de voortdurende strijd over de re-integratiewerkzaamheden heeft ertoe geleid dat de stichting een terugkeer van werknemer niet meer ziet zitten. Zowel

werknemer als Z hebben ter zitting uitgebreid uiteengezet hoe in hun visie de re-integratie is verlopen. In de kern genomen komt de visie van werknemer erop neer dat hij van mening is dat hij zich voornamelijk met beheerderswerkzaamheden bezighield, zoals het schoonmaken van de wc's en de keuken en het vegen van het dak, alsmede met het rijden op de belbus (wat normaal gesproken volgens hem alleen door vrijwilligers wordt gedaan), en dat hij niet voor het werk waarin hij wilde terugkeren, het jongerenwerk, werd ingezet. Hij is zelf met het idee gekomen om werkbezoeken aan (basis)scholen af te leggen om kennis op te doen hoe andere organisaties functioneerden, maar kreeg te horen dat hij op de werkplek moest blijven waar hij zijn beheerderswerkzaamheden kon uitvoeren. Volgens X luidde het advies van de bedrijfsarts dat werknemer niet met moeilijke doelgroepen in aanraking mocht komen, reden waarom met hem (volgens X in veel meer gesprekken dan alleen in de gespreksverslagen is vastgelegd) is afgesproken met beheerderswerkzaamheden te beginnen. Het hof acht op grond van het bovenstaande voldoende aannemelijk geworden dat sprake is van een zodanige verstoorde verhouding dat van de stichting redelijkerwijs niet kan worden geleverd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Het hof acht de gedragingen van werknemer op die bewuste 12 april 2016 echter niet zodanig verwijtbaar dat zij een ontbinding op de e-grond rechtvaardigen. Dat de op die dag aanwezige leidinggevenden en collega's van werknemer het gedrag van hem als intimiderend en bedreigend hebben ervaren, wil het hof zeker aannemen, maar onvoldoende duidelijk is geworden dat die gedragingen alleen, objectief gezien dusdanig ernstig waren dat van de stichting in redelijkheid niet geleverd kon worden de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Werknemer heeft inmiddels een transitievergoeding ter hoogte van € 8460 van de stichting ontvangen.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 08-02-2017

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2017:923

Zaaknummer: 200.203.083

Rechters: J.H. Kuiper, A.A. van Rossum en A.E.F. Hillen

Advocaten: A.D.J. van Ruyven en D.G. van der Mark

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

RECHTSPRAAK

werkneemster/de stichting

E-grond zonder transitievergoeding bij ambulanceverpleegkundige die aan collega-werknemer een illegale strip (viagra)pillen verstrekt.

Feiten

De stichting richt zich als zorginstelling zonder winstoogmerk op ambulancezorg voor het werkgebied Twente en wordt gefinancierd uit algemene en premiemiddelen. Werkneemster is met ingang van 1 februari 2009 in dienst getreden bij de stichting in de functie van ambulanceverpleegkundige. In 2015 wordt werkneemster verdacht en uiteindelijk ook veroordeeld voor het illegaal verspreiden/handelen in pillen. Werkneemster was reeds naar aanleiding van een bericht hierover in de krant op non-actief gesteld. De veroordeling leidt tot een ontbindingsverzoek op de e- en g-grond. De kantonrechter heeft in de bestreden beschikking de arbeidsovereenkomst tussen partijen op de g-grond ontbonden met ingang van 1 juni 2016 en aan werkneemster de transitievergoeding van € 10.221 bruto toegekend.

Oordeel gerechtshof

Het hof oordeelt als volgt.

Verstrekken illegale pillen aan collega's: e-grond

In deze procedure staat vast dat werkneemster tijdens de uitoefening van haar werkzaamheden twee keer een strip met Kamagra-pillen, een medicijn dat erectiebevorderend werkt, aan collega-chauffeurs op de ambulance heeft verstrekt. Deze pillen lagen in losse strips in een kledingkast in de woning van werkneemster en haar partner. Werkneemster heeft ter gelegenheid van de mondelinge behandeling bij het hof verklaard dat haar partner, voordat zij een relatie met hem kreeg, bij het toenmalige ministerie van Defensie werkzaam was geweest. Haar partner was via een 'contact' bij het ministerie van Defensie in het bezit van deze pillen gekomen. Werkneemster heeft aangevoerd dat zij ertoe over is gegaan aan haar collega-chauffeurs een strip Kamagra-pillen te geven, nadat deze collega's haar – tijdens de ritten op de ambulance – hadden verteld dat zij impotentieproblemen hadden, dat zij zich hiervoor schaamden en niet naar de huisarts durfden te gaan. Volgens werkneemster heeft zij

haar collega's slechts willen helpen. Zij had de pillen immers in huis en zag er, zoals zij herhaaldelijk heeft benadrukt, geen enkel kwaad in om deze aan haar collega's te geven. Met de hiervoor omschreven handelwijze van werkneemster verliest zij uit het oog dat zij weliswaar medisch geschoold is, maar dat zij geen arts is. Het hof is van oordeel dat werkneemster, vanuit haar medische achtergrond, haar collega's naar de huisarts had dienen te verwijzen en niet zelf had moeten gaan 'dokteren', ook omdat gesteld noch gebleken is dat zij als collega bekend was met de medische (voor)geschiedenis van haar collega's. Het hof acht hierbij van belang dat zij haar collega's aan wie zij de pillen heeft verstrekt geen bijsluiter heeft gegeven en evenmin uitleg. Zij heeft de pillen onverpakt aan haar collega's gegeven. Op grond hiervan en mede gelet op de herkomst van de pillen, dient als vaststaand te worden aangenomen dat werkneemster aan haar collega's illegale medicijnen heeft verstrekt. Zij heeft voorts de veiligheid van anderen (zoals de te vervoeren persoon in de ambulance of deelnemers aan het verkeer) op het spel gezet gelet op de invloed die het gebruik van de pillen kan hebben op de rijvaardigheid (door werkneemster zelf aangeduid als gevaarlijk). Het is een feit van algemene bekendheid dat een ambulance in geval van noodsituaties met zeer hoge snelheid rijdt. Op cruciale momenten heeft werkneemster bovendien werkgever niet goed geïnformeerd. Op grond van de hiervoor geschetste feiten en omstandigheden, in onderling verband en samenhang beschouwd, is het hof van oordeel dat een ontbinding van de arbeidsovereenkomst op de e-grond gerechtvaardigd was.

Geen transitievergoeding

Het hof is van oordeel dat de combinatie van feiten en omstandigheden als ernstig (cursivering door het hof) verwijtbaar handelen of nalaten van werkneemster in de zin van artikel 7:673 lid 7 onderdeel c BW moeten worden gekwalificeerd. De stichting is dan ook geen transitievergoeding verschuldigd aan werkneemster. Op grond van artikel 7:673 lid 8 BW kan de rechter de transitievergoeding, in afwijking van artikel 7:673 lid 7 onderdeel c BW, geheel of gedeeltelijk aan de werknemer toekennen indien het niet toekennen ervan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. De in dit artikel omschreven formulering 'naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar' brengt tot uitdrukking, evenals dit het geval is bij toepassing van artikel 6:248 lid 2 BW, dat de rechter de nodige terughoudendheid zal moeten betrachten en dat deze formulering dan ook niet mag worden bekort tot 'strijd met de redelijkheid en billijkheid'. In de parlementaire geschiedenis van artikel 7:673 lid 8 BW is als voorbeeld genoemd een relatief kleine misstap na een heel lang dienstverband (Kamerstukken II, 33818, 3, p. 113 (MvT)). Dat is hier niet aan de orde.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 02-02-2017

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2017:719

Zaaknummer: 200.195.488

Rechters: J.H. Kuiper, E.B. Knottnerus en S.C.P. Giesen

Advocaten: S.M. Profijt en A.J.D. Bekius

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

RECHTSPRAAK

werkneemster/werkgever

Gedeeltelijke vernietiging concurrentiebeding. De stichting heeft er een zwaarwegend belang bij dat het concurrentiebeding onverkort gedurende de volledige duur gehandhaafd blijft voor zover het de vennootschappen A en bedrijf B betreft. Billijke vergoeding afgewezen.

Feiten

De stichting X is een instituut dat bedrijfsopleidingen en trainingen verzorgt op het gebied van de gezondheidszorg, de gezondheidszorg ondersteunende diensten en de spoedeisende geneeskunde. Werkneemster is sinds 2007 in dienst bij de stichting. In de tussen partijen gesloten arbeidsovereenkomst is een concurrentiebeding opgenomen. De stichting heeft de kantonrechter verzocht de arbeidsovereenkomst tussen haar en werkneemster te ontbinden op de e-grond. Werkneemster heeft bij wijze van tegenverzoek primair verzocht voor recht te verklaren dat de stichting geen rechten kan ontleenen aan het concurrentiebeding. Subsidiair heeft zij verzocht het concurrentiebeding te vernietigen. De kantonrechter heeft de arbeidsovereenkomst tussen partijen ontbonden. De vorderingen van werkneemster zijn door de kantonrechter afgewezen. Tegen dit vonnis komt werkneemster in hoger beroep.

Oordeel

Belangenafweging

Het verzoek in hoger beroep heeft uitsluitend betrekking op het concurrentiebeding. De stichting verzorgt als instituut gespecialiseerde cursussen voor een beperkte (medische) doelgroep. Binnen Nederland bestaat slechts een gering aantal vergelijkbare instituten als dat van de stichting (ongeveer 6 à 7). Werkneemster was ten tijde van de ontbinding van de arbeidsovereenkomst (1 juni 2016) ruim negen jaar in dienst bij de stichting. In haar functie als Coördinerend Productgroep Manager specialisme A, specialisme B en specialisme C/specialisme E binnen de stichting heeft zij in vergaande mate specifieke kennis en ervaring met betrekking tot de hiervoor vermelde cursussen en de daarbij behorende apparatuur opgedaan en ontwikkeld en tevens (commerciële) kennis met betrekking tot het

klantenbestand van de stichting (in verband met de afzet van de gespecialiseerde cursussen). Zij heeft een uitgebreid netwerk opgebouwd onder de doelgroepen van zowel (potentiële) klanten als instructeurs. Werkneemster beschikt dus over zodanig bij de stichting opgebouwde relevante kennis en ervaring dat zij zichzelf of een derde een voorsprong in concurrerend handelen kan verschaffen. Vast staat dat werkneemster op 3 december 2015 een e-mail heeft ontvangen van Medisch Centrum Y dat besloten was de hele specialisme F Unit over een periode van vier jaar specialisme B te trainen. Werkneemster heeft de dag daarna, in een e-mail van 4 december 2016, Z van deze plannen van Medisch Centrum Y bericht en daarbij aangegeven dat zij nog even wilde wachten (het hof begrijpt: met het onderhandelen met Medisch Centrum Y over deze cursus) omdat zij niet wilde dat deze opdracht bij de stichting zou komen. In diezelfde e-mail heeft werkneemster vermeld dat zij al had bedongen op persoonlijke titel een specialisme D-cursus te mogen geven. Op 29 maart 2016 is bedrijf A opgericht, waarvan een van de bestuurders Z is. Vast staat dat deze vennootschap nagenoeg dezelfde (gespecialiseerde) activiteiten ontplooit als de stichting en dus een zware concurrent is voor de stichting. Op 24 februari 2016 heeft werkneemster offertes van de stichting doorgestuurd naar haar privé-e-mailadres en heeft ze een klant gevraagd om specialisme B-documenten naar haar privé-e-mailadres te sturen vanwege een probleem met haar Dropbox-account. Deze handelingen van werkneemster duiden erop dat zij ten minste de intentie had om haar werkgever te gaan beconcurreren, hetzij zelf, hetzij samen met Z. In die zin kan de oprichting op 29 maart 2016 van bedrijf A niet als toeval worden beschouwd. Ook als dit wel het geval zou zijn, dan heeft de stichting er een zwaarwegend belang bij dat het concurrentiebeding onverkort gedurende de volledige duur gehandhaafd blijft (dus tot 1 juni 2018) voor zover het de beide vennootschappen betreft waarmee Z is verbonden, te weten bedrijf A en bedrijf B. Voor het overige zal het hof de looptijd van het concurrentiebeding vernietigen en deze beperken tot 1 maart 2017. Mede vanwege de omstandigheid dat werkneemster sedert 1 maart 2016 door de stichting is vrijgesteld van het verrichten van werkzaamheden en de arbeidsovereenkomst inmiddels geruime tijd geleden is ontbonden, weegt het belang van de stichting bij handhaving van het concurrentiebeding voor de volledige duur van twee jaar niet op tegen het belang van werkneemster om zich weer vrijelijk op de arbeidsmarkt te kunnen begeven.

Billijke vergoeding

Op grond van de uit te spreken (gedeeltelijke) vernietiging van het concurrentiebeding zoals hiervoor omschreven, kan niet worden geoordeeld dat het resterende concurrentiebeding werkneemster in belangrijke mate belemmert om anders dan in dienst van de stichting werkzaam te zijn, zodat het verzoek van werkneemster om aan haar bij wijze van billijke vergoeding als bedoeld in artikel 7:653 lid 5 BW een bedrag van € 67.890 bruto toe te kennen,

zal worden afgewezen.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 24-01-2017

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2017:503

Zaaknummer: 200.196.619

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

Advocaten: R.G.F. Lammers en J.J.H. Post

Wetsartikelen: 7:653 BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/de stichting

‘Pesten is het zelfde als de Jodenvervolging in de Tweede Wereldoorlog’ leidt tot g-grond. Geen billijke vergoeding. Ontbinding tegen eerdere datum is niet mogelijk.

Feiten

Werkneemster is op 1 februari 2006 in dienst getreden bij werkgever in de functie van Docent lerarenopleider Frans. Haar brutoloon bedroeg (laatstelijk) € 4868,56 per maand, exclusief 8% vakantietoeslag en 8,3% eindejaarsuitkering, bij een fulltime dienstverband. Op de arbeidsovereenkomst is de CAO Hoger Beroepsonderwijs (CAO HBO) van toepassing, alsmede het reglement Ziekte en arbeidsongeschiktheidsregeling Hoger Beroepsonderwijs (ZAHBO). Werkneemster is vóór 18 november 2010 in totaal twaalf maal uitgevallen wegens ziekte, als gevolg waarvan zij ruim 500 dagen haar werk geheel of gedeeltelijk niet heeft kunnen verrichten. Bij deze ziekmeldingen speelde een conflict over een (in haar ogen) te groot takenpakket van werkneemster een grote rol. Op 18 november 2010 is werkneemster wederom uitgevallen wegens ziekte. Deze ziekte is (mede) werkgerelateerd. Sindsdien is sprake geweest van diverse ziekteperioden waarbinnen werkneemster afwisselend geheel dan wel gedeeltelijk arbeidsongeschikt is geweest. Na een eerste ontslagbesluit dat daarna is in getrokken heeft een tweede ontslag plaatsgevonden. Tegen beide oordelen heeft werkneemster bezwaar gemaakt bij de Commissie van beroep. De kantonrechter heeft geoordeeld dat de opzegging vernietigd moet worden wegens een ongeldig ontslagbesluit. De kantonrechter was voorts van oordeel dat sprake is van een verstoorde arbeidsrelatie tussen partijen op grond waarvan de arbeidsovereenkomst dient te worden ontbonden. Uit de in het geding gebrachte stukken blijkt dat er tussen partijen al jaren verschil van inzicht bestaat omtrent de (oorzaak van de) arbeidsongeschiktheid van werkneemster en de te ontplooiën re-integratieactiviteiten door elk van partijen. Mediation heeft niet tot een oplossing van het conflict geleid. De kantonrechter acht in het licht van de in de procedure ingenomen standpunten een zinvolle samenwerking tussen partijen niet meer mogelijk. De kantonrechter heeft de arbeidsovereenkomst ontbonden per 1 juli 2016.

Oordeel gerechtshof

Het hof oordeelt als volgt.

Verstoorde arbeidsrelatie

Onder verwijzing naar hetgeen werkneemster zelf heeft aangevoerd onder de titel 'Pesten is het zelfde als de Jodenvervolging in de Tweede Wereldoorlog' en onder meer een vergelijking maakt met een lerares die zelfmoord pleegde omdat zij niet opgewassen was tegen het onophoudelijk gepest van haar collega's, acht het hof het weinig geloofwaardig dat werkneemster nog prima aan de slag zou kunnen bij werkgever. Een en ander duidt op een zeer ernstig en duurzaam verstoorde arbeidsverhouding. De kantonrechter heeft dan ook de arbeidsovereenkomst terecht ontbonden.

Billijke vergoeding?

Het hof stelt voorop dat het handelen van werkgever ten opzichte van werkneemster gedurende de duur van het dienstverband niet vlekkeloos is te noemen. Met name de moeizame re-integratie, loonsanctie UWV en onhoudbare ontslagaanzegging zijn hier voorbeelden van. Het hof is alles afwegende van oordeel dat op grond van de voorliggende stukken niet kan worden gesteld dat de ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van de ernstig en duurzaam verstoorde arbeidsverhouding zoals die ten tijde van de beslissing van de kantonrechter bestond het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van werkgever. Een bijzonder punt van aandacht is het pestgedrag dat werkneemster werkgever c.q. een groot aantal collega's en bestuursleden van werkgever verwijt en de PTSS-stoornis die zij dientengevolge stelt te hebben opgelopen.

Ontbinding tegen eerdere datum in appel niet mogelijk

In incidenteel appel stelt werkgever dat de kantonrechter ten onrechte de door werkgever gevraagde verkorting van de opzegtermijn heeft afgewezen en de arbeidsovereenkomst tegen een te late datum heeft ontbonden. Zij vordert dat het hof alsnog de arbeidsovereenkomst tegen een eerdere datum ontbindt. Ter zitting van het hof heeft de advocaat van werkgever desgevraagd verklaard dat zij zich ervan bewust is dat een ontbinding met terugwerkende kracht niet mogelijk is, doch dat werkgever vasthoudt aan het verzoek omdat een en ander juridisch niet uitgekristalliseerd zou zijn. Het hof oordeelt dat wet (art. 6:269 BW) en jurisprudentie (HR 26 mei 1966, NJ 1966/345, HR 27 februari 1987, NJ 1987/987 en HR 26 november 1999, NJ 2000/201) zich tegen een ontbinding van een arbeidsovereenkomst met terugwerkende kracht verzetten, zodat het primaire verzoek van werkgever reeds daarop afstuit. De subsidiaire verzoeken komen de facto eveneens neer op een ontbinding van de

arbeidsovereenkomst met terugwerkende kracht en delen dan ook het lot van het primaire verzoek. Het incidenteel appel faalt reeds op deze grond, zodat het hof de grieven waarop het berust niet afzonderlijk behoeft te behandelen. Het hof volstaat ermee dat uit het voorgaande blijkt dat het hof van oordeel is dat beide partijen hun aandeel hebben gehad in het ontstaan van de onwerkbaar arbeidsverhouding en dat het hof het standpunt van werkgever dat bovenal werkneemster daaraan schuld heeft, niet onderschrijft.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 24-01-2017

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2017:511

Zaaknummer: 200.193.330

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

Advocaten: H.J. van Amerongen en G.M. Gerdes

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

RECHTSPRAAK

SDB Professionals B.V./zzp'er Agility IT Services

Concurrentiebeding bij zzp'er naar de maatstaven van artikel 7:653 BW.

Feiten

X werkt als zzp'er (eenmanszaak) in de ICT en levert diverse diensten in het kader van softwareontwikkeling (Java). SDB levert diensten op het gebied van softwareontwikkeling, heeft hiertoe mensen in dienst en stelt arbeidskrachten aan derden ter beschikking. In het handelsregister is als bedrijfsomschrijving van SDB vermeld: uitleenbureau. Naar aanleiding van een door SDB in de markt gepubliceerde aanvraag voor een softwarearchitect (Java) voor de duur van zes maanden hebben partijen contact gehad. Dat contact heeft ertoe geleid dat X door SDB voor een vrijwel identieke opdracht via de makelaar/broker HeadFirst bij de Belastingdienst is aangeboden. X is daar op of omstreeks 12 december 2012 gestart. In afwachting van een tussen partijen overeen te komen schriftelijke overeenkomst heeft X zijn werkzaamheden aan SDB gefactureerd. Deze facturen zijn tot en met de factuur over maart 2013 door SDB betaald. De facturen over april en mei zijn onbetaald gebleven. X vordert betaling van de facturen. SDB vordert schadevergoeding wegens onrechtmatige daad van X. SDB stelt zich op het standpunt dat hij erop mocht vertrouwen dat X stilzwijgend akkoord is gegaan met het concurrentiebeding.

Oordeel gerechtshof

Het hof oordeelt als volgt.

Concurrentiebeding voor zzp'ers

Het hof stelt voorop dat een concurrentiebeding als het onderhavige een bezwarend beding is. Het beding maakt inbreuk op het grondrecht van vrije arbeidskeuze (art. 19 lid 3 Grondwet). Deze inbreuk is voor een zzp'er, anders dan voor een werknemer, niet wettelijk gereguleerd. Voor de werknemer voorziet de schriftelijkheidseis van artikel 7:653 lid 1 BW in een bijzondere waarborg, dat de werknemer de consequenties van dit voor hem bezwarende beding goed heeft overwogen (zie bijv. ECLI:NL:HR:2008:BCo384, r.o. 3.4). Voor de zzp'er geldt artikel

7:653 lid 1 BW en de daarop gebaseerde rechtspraak van de Hoge Raad niet. Dat neemt niet weg dat een zzp'er als X, die persoonlijk gehouden is de met hem overeengekomen werkzaamheden te verrichten, een zodanig vergelijkbare positie heeft bij de totstandkoming van een overeenkomst van opdracht (art. 7:400 BW) als de werknemer – met dezelfde inhoudelijke kwalificaties – bij de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst, dat instemming van de zzp'er met een concurrentiebeding niet te snel mag worden aangenomen. Het hof verwerpt de stelling dat X ermee heeft ingestemd om op basis van het 'SDB contract' aan de slag te gaan en daardoor gebonden is aan het concurrentiebeding in het conceptcontract. Er was op dat moment nog geen 'SDB contract' en X heeft betwist dat hij zich daaraan op voorhand had verbonden.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 06-12-2016

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2016:3526

Zaaknummer: 200.180.959/01

Rechters: R.S. van Coevorden, H.J. Vetter en O.F. Blom

Advocaten: P.P. Bergers en K. van de Wateringen

Wetsartikelen: 7:653 BW

RECHTSPRAAK

X/Y

Kwalificatievraag. Arbeidsovereenkomst of overeenkomst van opdracht?

Feiten

De heer X (hierna: X) is betrokken geweest bij de oprichting in 2002 van een bv. Per 1 januari 2010 zijn alle bedrijfsactiviteiten van die bv overgebracht naar twee nieuwe vennootschappen, waaronder bedrijf Y. X heeft zijn werkzaamheden als operationeel directeur na 1 januari 2010 voortgezet. Op 21 januari 2014 hebben X en bedrijf Y een beëindigingsovereenkomst gesloten ten aanzien van de arbeidsovereenkomst tussen partijen. Op of rond 1 februari 2014 hebben partijen een concept-managementovereenkomst opgesteld. Na 1 februari 2014 is X feitelijk voor bedrijf Y blijven werken. Na 2 juni 2014 hebben partijen verder onderhandeld over de voorwaarden van de managementovereenkomst. Die hebben ertoe geleid dat partijen in januari 2015 een managementovereenkomst zijn aangegaan en hebben ondertekend, gedateerd 1 februari 2014. Op 29 juni 2016 heeft bedrijf Y de managementovereenkomst met ingang van 31 december 2016 beëindigd. X stelt zich thans op het standpunt dat geen sprake is van een managementovereenkomst maar van een arbeidsovereenkomst en vordert doorbetaling van loon.

Oordeel

Het gaat in deze zaak om de vraag of tussen partijen een arbeidsovereenkomst bestaat en zo ja, of bedrijf Y moet worden veroordeeld tot betaling van loon. Naar het oordeel van de kantonrechter is van een arbeidsovereenkomst geen sprake. Partijen zijn op 21 januari 2014 een beëindigingsovereenkomst aangegaan ten aanzien van de destijds bestaande arbeidsovereenkomst tussen partijen, waarbij die arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden is beëindigd per 1 februari 2014. Partijen zijn rond die periode in onderhandeling getreden over een managementovereenkomst. X is na 1 februari 2014 blijven werken voor bedrijf Y en is zijn werkzaamheden – anders dan voorheen – op factuurbasis en met btw gaan declareren. Gelet daarop kan niet anders worden geconcludeerd dan dat partijen rond 1 februari 2014 voor ogen heeft gestaan om de bestaande arbeidsovereenkomst te beëindigen en

een overeenkomst van opdracht aan te gaan en daaraan is ook op die wijze uitvoering gegeven. In een e-mail van 2 juni 2014 is nadrukkelijk uitgegaan van een managementovereenkomst en niet van een arbeidsovereenkomst. Hieruit volgt dat partijen niet alleen rond februari 2014, maar ook in heel 2014 en in januari 2015 beoogd hebben dat X zijn werkzaamheden verricht op basis van een managementovereenkomst. Partijen hebben na het aangaan van de managementovereenkomst in januari 2015 daaraan ook feitelijk invulling gegeven, doordat X zijn werkzaamheden is blijven factureren met btw en partijen overeenkomstig de in de managementovereenkomst afgesproken arbeidsvoorwaarden hebben gehandeld. X wordt dus niet gevolgd in zijn stelling dat sprake is van een schijnconstructie. De kantonrechter weegt in dat kader ook mee dat X gelet op zijn rol in de onderneming en de tussen partijen gevoerde besprekingen over de voortzetting van de arbeidsrelatie en de voorwaarden van de managementovereenkomst niet in een ongelijke of ongelijkwaardige onderhandelingspositie stond ten opzichte van bedrijf Y. Gelet op het voorgaande is de omstandigheid dat X op grond van de managementovereenkomst gehouden was de arbeid persoonlijk te verrichten en dat partijen geen Verklaring Arbeidsrelatie hebben aangevraagd onvoldoende reden voor een ander oordeel. De vordering van X wordt afgewezen.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 16-02-2017

Zaaknummer: 5643765 VV EXPL 17-2

RECHTSPRAAK

werkneemster/werkgeefster

Ontbinding op verzoek van langdurig arbeidsongeschikte werknemer toegewezen. Geen sprake van ernstig verwijtbaar handelen van werkgeefster. Niet is gebleken dat er van de zijde van werkgeefster re-integratie-inspanningen achterwege zijn gelaten die van haar hadden kunnen worden geleverd.

Feiten

Werkneemster is sinds mei 1994 in dienst van werkgeefster. Werkneemster vervulde laatstelijk de functie van chef de bureau. In juli 2012 is werkneemster uitgevallen, nadat bij haar borstkanker was vastgesteld. Medio april 2014 heeft werkneemster vanuit huis haar eigen werk, in aangepaste vorm en voor zes uren per week, hervat. In het kader van de beoordeling van haar WIA-aanvraag (de wachttijd eindigde op 23 juli 2014) heeft de arbeidsdeskundige van het UWV met partijen gesproken. Werkgeefster, eigenrisicodrager voor de WIA, heeft aan het UWV laten weten werkneemster voor een aantal uren per week in dienst te willen houden. Het UWV heeft met ingang van 23 juli 2014 aan werkneemster een WGA-uitkering toegekend, naar een arbeidsongeschiktheidspercentage van 80-100%. Op enig moment is werkneemster opnieuw geheel uitgevallen. Werkneemster verzoekt thans om ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van artikel 7:671c BW. Voorts verzoekt zij om toekenning van de transitievergoeding en een billijke vergoeding. Werkneemster baseert haar ontbindingsverzoek op (een wijziging van) omstandigheden, hierin bestaande dat werkgeefster haar sinds medio 2014 geen passende arbeid meer heeft aangeboden. Daarnaast is volgens werkneemster sprake van handelen of nalaten van werkgeefster dat aan haar herstel in de weg staat.

Oordeel

Ontbindingsverzoek

Het ontbindingsverzoek wordt toegewezen. De arbeidsovereenkomst van partijen leidt al sinds medio 2014, toen de eerste twee ziektejaren verstreken, in die zin een slapend bestaan

dat werkneemster geen arbeid meer verricht en werkgeefster geen loon meer betaalt. De arbeidsovereenkomst van partijen wordt ontbonden met ingang van 1 maart 2017.

Transitievergoeding en billijke vergoeding

Het partijdebat heeft zich toegespitst op de vraag of werkgeefster ernstig verwijtbaar handelen of nalaten is te verwijten. De kantonrechter overweegt in dat kader het volgende. Wanneer de gehele ziekteperiode van werkneemster nader wordt beschouwd, blijkt dat er zeker enige perioden zijn aan te wijzen waarin het geruime tijd achtereen stil is geweest rond haar re-integratie. Daaruit alleen kan echter niet worden geconcludeerd dat er van de zijde van werkgeefster re-integratie-inspanningen achterwege zijn gelaten die van haar hadden kunnen worden gevergd. Niet in geschil is dat werkneemster pas in het voorjaar van 2014 weer zodanig was hersteld dat van re-integratie in passende arbeid sprake kon zijn. Tussen juli en oktober/november 2014 hebben partijen een rustperiode ingebouwd nadat werkneemster begin augustus 2014 was geopereerd. Werkgeefster heeft erop mogen vertrouwen dat werkneemster zich weer meldde zodra haar gezondheidssituatie een werkhervatting toestond. Kennelijk heeft werkneemster daar in de periode tot voorjaar 2015 geen aanleiding toe gezien. Daarna is het overleg van partijen gegaan over de – inmiddels door werkneemster nagestreefde – beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Daardoor is de re-integratie begrijpelijkerwijs enige tijd op de achtergrond geraakt. Daarvan kan werkgeefster geen verwijt worden gemaakt. Vervolgens is de re-integratie vertraagd als gevolg van de door werkneemster ervaren verstoring van haar relatie met de directeur van werkgeefster. Uit de stukken en het verhandelde ter zitting is de kantonrechter niet duidelijk geworden wat precies voor werkneemster reden was om eind november 2015 bij de arboarts van een arbeidsconflict te spreken. In februari 2016 is de mediation van start gegaan en wel met een gesprek over de voorwaarden waaronder partijen met wederzijds goedvinden een einde aan hun arbeidsovereenkomst zouden kunnen maken. Op werkhervatting heeft werkneemster kennelijk ook toen niet willen aansturen. Het bevreemdt niet dat partijen, in elk geval werkgeefster, het vertrouwen in de mediator hebben verloren toen deze na dat eerste gesprek ruim een halfjaar niets van zich liet horen. Het voorgaande leidt tot de slotsom dat geen sprake is geweest van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van werkgeefster. Voor een transitievergoeding en/of een billijke vergoeding is daarom geen plaats. Het verzoek van werkneemster wordt in zoverre afgewezen.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 15-02-2017

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2017:791

Zaaknummer: 5568623 AE VERZ 16-141 LH/1040

Rechters: H.A.M. Pinckaers

Advocaten: J.A. Noordam en G.J. Bilderbeek

Wetsartikelen: 7:658a BW en 7:671c BW

RECHTSPRAAK

werknemer/BCT B.V.

Bestanden van werkgever naar eigen zakelijke mailadres sturen levert geen dringende reden voor ontslag op staande voet op. Voorwaardelijk ontbindingsverzoek (g-grond) toegewezen. Controleren mailaccount werknemer levert geen schending van artikel 8 EVRM (recht op privacy) op.

Feiten

Werknemer is op 1 juni 2014 in dienst getreden bij BCT B.V. (hierna: BCT). Werknemer vervulde laatstelijk de functie van Professional Sales Medior. Op 16 september 2016 is aan werknemer tijdens een gesprek medegedeeld dat BCT het dienstverband met hem wilde beëindigen. Na voornoemd gesprek heeft werknemer nog diezelfde dag vier bestanden naar zijn eigen zakelijke mailaccount gestuurd. Tijdens een gesprek op 20 september 2016 heeft werknemer het voorgaande toegegeven. Op 29 september 2016 is werknemer op staande voet ontslagen, onder meer vanwege het 'toe-eigenen van hoogst vertrouwelijke documenten' die voor BCT 'essentiële en zeer concurrentiegevoelige informatie bevatten', met de kennelijke intentie om deze informatie te gebruiken voor het onrechtmatig beconcurreren van BCT en om schade toe te brengen aan haar bedrijfsdebiët. Werknemer verzoekt vernietiging van het ontslag op staande voet. Bij wijze van zelfstandig tegenverzoek verzoekt BCT (voorwaardelijke) ontbinding van de arbeidsovereenkomst, onder meer vanwege een verstoorde arbeidsverhouding.

Oordeel

Onverwijldheid

Volgens werknemer had BCT reeds op 20 september 2016 moeten overgaan tot het geven van ontslag op staande voet, althans in ieder geval had zij dit op 27 september 2016 moeten doen. De kantonrechter begrijpt dat het gesprek van 27 september 2016 aanvankelijk enkel bedoeld was als een vervolggerek om te onderhandelen over de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Inmiddels was het voor BCT op 20 september 2016 aan het eind van de

dag duidelijk geworden dat werknemer vier bestanden naar zichzelf had gemaild en heeft BCT het gesprek van 27 september 2016 ook benut om werknemer te horen over de gronden die tot een ontslag op staande voet zouden kunnen leiden. Het gesprek is daarmee onderdeel van het onderzoek geworden. De termijn tussen 20 september 2016 (het ontstaan van het vermoeden) en het gesprek van 27 september 2016 (hoor en wederhoor) acht de kantonrechter, gelet op bovengeschetste omstandigheden, gerechtvaardigd. Het ontslag is dan ook onverwijld gegeven.

Dringende reden

De kantonrechter stelt voorop dat ontslag op staande voet een ‘ultimum remedium’ is waarvan dus niet te vlug mag worden aangenomen dat het terecht is gegeven. BCT heeft ter zitting desgevraagd aangegeven dat er geen regels bestaan (in de arbeidsovereenkomst dan wel anderszins) die het werknemer verbieden om bestanden van BCT naar zijn zakelijke e-mailadres te versturen. Daarmee staat dus vast dat het enkele versturen van de bestanden geen schending van enige regel oplevert. Het onrechtmatig handelen zou volgens BCT gelegen zijn in het door haar veronderstelde doel, het misbruik maken van die informatie door werknemer. Dat is echter een vermoeden dat verder niet op feiten is gebaseerd. Niet is gebleken dat de bestanden daadwerkelijk ten nadele van BCT zijn gebruikt, of dat werknemer daartoe de intentie had. Op grond van het vorenstaande is de kantonrechter van oordeel dat er geen sprake is van een dringende reden die een ontslag op staande voet rechtvaardigt. Het ontslag op staande voet is dan ook niet rechtsgeldig en wordt vernietigd.

Voorwaardelijk ontbindingsverzoek BCT

Gelet op hetgeen tussen partijen is voorgevallen en het moment waarop werknemer de bestanden aan hemzelf zendt – als hij net te horen heeft gekregen dat BCT de arbeidsovereenkomst wil beëindigen – kan de kantonrechter begrijpen dat een en ander bij BCT argwaan heeft gewekt omtrent zijn bedoelingen met deze bestanden en het vertrouwen daardoor ernstig wordt geschaad. De kantonrechter is dan ook van oordeel dat er sprake is van een verstoorde arbeidsverhouding en dat deze verstoring ook een duurzaam karakter heeft. Daarbij speelt ook nog mee dat BCT al had aangekondigd de arbeidsovereenkomst te willen gaan beëindigen wegens disfunctioneren. Los van de vraag of daarvan sprake is getuigd het onder deze omstandigheden niet van veel realiteitszin om te verwachten dat het dienstverband nog kan worden hersteld. Daarmee is met voortzetting van het dienstverband geen redelijk doel meer gediend. De arbeidsovereenkomst wordt dan ook ontbonden met ingang van 1 april 2017. Nu aan de voorwaarden van artikel 7:673 BW is voldaan kent de kantonrechter een transitievergoeding toe ten bedrage van € 3033,24 bruto.

Schending artikel 8 EVRM?

Werknemer heeft voorts verzocht om toekenning van een schadevergoeding van € 5000 wegens onrechtmatig handelen van BCT. Werknemer was er echter van op de hoogte dat BCT zijn e-mails kon controleren. De omstandigheid dat werknemer een aantal belangrijke bestanden naar zichzelf had toegestuurd vormt een gerechtvaardigd doel om tot controle over te gaan en het gekozen middel (van controle) is proportioneel. De door werknemer verzochte schadevergoeding wordt dan ook afgewezen.

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 14-02-2017

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2017:1296

Zaaknummer: 5516575/AZ/16-408 14022017

Rechters: R.A.J. van Leeuwen

Advocaten: M. Rahnama'i en J.A.M.G. Vogels

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

RECHTSPRAAK

werkneemster/werkgeefster

Werkgeefster moet arbeidsongeschikte Teleservice Medewerkster alarmcentrale in staat stellen het door haar aangeboden passende werk (eigen werk enkel in dagdiensten en voor minder uren) te verrichten.

Feiten

Werkneemster is sinds 2007 in dienst, laatstelijk in de functie Teleservice Medewerker. Zij is werkzaam voor een alarmcentrale. Op 20 december 2009 meldt zij zich ziek. Bij einde wachttijd wordt zij geheel arbeidsongeschikt geacht en in 2014 vindt op grond van verdiensten een herziening van de arbeidsongeschiktheid plaats van 35-80%. Met ingang van 1 mei 2012 is zij voor 21,85 uur per week, enkel in dagdienst werkzaam geweest. Na hernieuwde uitval op 28 november 2014, heeft werkneemster per 30 mei 2016 haar werkzaamheden gedurende 15 uur per week verricht. Op 28 november 2016 is werkgeefster gestopt met loonbetaling. Werkneemster heeft vanaf die datum niet meer gewerkt. Werkgeefster vraagt op 20 januari 2017 een ontslagvergunning wegens langdurige arbeidsongeschiktheid aan bij het UWV. Werkneemster verzoekt wedertewerkstelling in de functie Teleservice Medewerker voor 15 uur per week. Zij legt daaraan ten grondslag dat zij gedurende haar ziekte steeds haar eigen functie heeft uitgeoefend, zij het voor minder uren, namelijk 15 uur per week enkel in dagdienst en zonder avond- en nachtdiensten. Werkneemster meent dat werkgeefster haar ook na 27 november 2016 nog voor 15 uur per week te werk dient te stellen en dat zij recht heeft op loon over die uren.

Oordeel

Re-integratieverplichtingen

Kern van het geschil betreft de vraag of bij werkgeefster passende arbeid voor werkneemster voorhanden is dan wel kan worden gecreëerd en zo ja, of in redelijkheid van werkgeefster kan worden gevergd dat zij werkneemster passende arbeid laat verrichten. Vast staat dat werkneemster op 28 november 2016 haar werk nog niet (volledig) heeft hervat. Zij werkte op

dat moment immers slechts 15 van de 21,85 uur per week. Hierdoor is werkgeefster in beginsel nog steeds verantwoordelijk voor de inpassing van werkneemster in haar organisatie. Voor zover reeds in deze procedure, vooruitlopend op de beoordeling van het UWV, moet worden uitgegaan van een IVA-situatie, neemt dit evenmin de verantwoordelijkheid van werkgeefster voor de re-integratie weg, aangezien de arbeidsovereenkomst tot op heden voortduurt. De kantonrechter is voorlopig van oordeel dat de werkzaamheden gedurende 15 uur per week (verdeeld over drie dagen van vijf uur) in dagdiensten voor werkneemster passend zijn.

Kan van werkgeefster worden gevergd dat zij werkneemster passende arbeid laat verrichten?

Uit de door werkgeefster gestelde omstandigheden is onvoldoende gebleken dat niet van haar gevergd kan worden dat zij werkneemster voor 15 uur per week in dagdiensten laat werken. Werkgeefster heeft werkneemster vanaf 30 mei 2016 reeds zeven maanden laten werken conform de voorlopig vastgestelde passende arbeid. Van een verdere aanpassing is op grond van de FML, die door de bedrijfsarts is opgesteld, geen sprake. Op de telefooncentrale werken 21 medewerkers. Dat deze passende arbeid van werkneemster voor werkgeefster onacceptabel is gelet op haar planning en haar bedrijfsvoering heeft zij met een enkele mondelinge toelichting ter zitting onvoldoende onderbouwd. Dit geldt eveneens voor de door werkgeefster gestelde impact die de passende arbeid van werkneemster heeft op haar naaste collega's. Bovendien is (structureel) ruilen van een gewenste ochtenddienst door de zaterdagmedewerker bij werkgeefster bekend en wordt door haar niet tegengehouden, hoewel dit eveneens impact heeft op de overige collega's. Werkgeefster wordt veroordeeld werkneemster binnen drie dagen na betekening van het vonnis in staat stellen haar functie voor 15 uur per week in dagdiensten uit te oefenen. Werkgeefster is vanaf 28 november 2016 achterstallig salaris verschuldigd.

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 14-02-2017

Zaaknummer: 5553698 \ VV EXPL 16-238

RECHTSPRAAK

werkneemster/ABN AMRO Bank N.V.

Aftoppingsregeling in sociaal plan ABN AMRO voor werknemers die de vroegpensioenleeftijd (omstreeks 62-jarige leeftijd) hebben bereikt, is in strijd met de WGBL.

Feiten

Werkneemster, geboren in 1952, is in 1981 in dienst getreden bij ABN AMRO. De functie die zij laatstelijk vervulde, is als gevolg van een reorganisatie per 28 november 2014 vervallen. Werkneemster is met ingang van die datum boventallig verklaard. Van toepassing is het Sociaal Plan CAO (hierna: het sociaal plan). Als alternatief voor gebruikmaking van de diensten van de Mobiliteitsorganisatie kan de werknemer ook kiezen voor een vrijwillig vertrek bij ABN AMRO onder uitkering van een 100%-stimuleringspremie (art. IV.4 sociaal plan) en twee bruto maandsalarissen (art. IV.6 sociaal plan). Op grond van artikel IV.8 sociaal plan geldt indien gebruik wordt gemaakt van de Mobiliteitsorganisatie een zoektermijn van maximaal twaalf maanden. Na deze datum wordt, indien er geen nieuwe functie is gevonden, de arbeidsovereenkomst beëindigd, waarbij een vergoeding wordt aangeboden van 75% van de hiervoor bedoelde stimuleringspremie. De stimuleringspremie is voor wat betreft de A-factor (dienstjaren) gebaseerd op de oude tot 1 januari 2009 geldende kantonrechtersformule. De stimuleringsregeling is ingevolge artikel IV.5 sociaal plan gemaximeerd op een bedrag gelijk aan de inkomstenderving tot de leeftijd waarop de betreffende werknemer op grond van de Pensioenregeling 2006 een uitkering ontvangt die gelijk is aan de uitkering die hij zou hebben ontvangen als hij omstreeks de 62-jarige leeftijd met pensioen was gegaan onder de vigour van de Pensioenregeling 2000 (de zogenaamde aftoppingsregeling). Met toestemming van de ABN AMRO Ontslagadviescommissie is de arbeidsovereenkomst met ingang van 1 april 2016 opgezegd. Werkneemster heeft (tot op heden) ervoor gekozen haar pensioenaanspraak niet geldend te maken en zich te richten op het vinden van ander werk. Zij zal de AOW-gerechtigde leeftijd bereiken in 2018. Werkneemster verzoekt ABN AMRO te veroordelen tot betaling van primair een ontslagvergoeding van € 97.974,08 bruto (75% van de stimuleringspremie) Aan het primaire verzoek legt werkneemster ten grondslag dat de aftopping van de stimuleringsregeling als opgenomen in artikel IV.5 sociaal plan nietig is

wegens verboden leeftijdsdiscriminatie op grond van artikel 13 van de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (WGBL). Verder doet zij een beroep op het gelijkheidsbeginsel waar het gaat om een mogelijke afwijking van het sociaal plan.

Oordeel

Tussen partijen is niet in geschil dat met de aftoppingsregeling in artikel IV.5 sociaal plan op zich een onderscheid wordt gemaakt naar leeftijd. Het gaat om de vraag of het hanteren van deze fictieve pensioenleeftijd een ongeoorloofd onderscheid naar leeftijd oplevert of dat sprake is van een objectieve rechtvaardiging daarvoor.

Legitiem doel

ABN AMRO heeft aangevoerd dat het hoofddoel van het sociaal plan is het bewerkstelligen van een eerlijke verdeling van de beschikbare middelen onder alle bij het ontslag betrokkenen. Het doel van de aftopping is allereerst gelegen in het mogelijk maken van een royaal (op de oude vóór 2009 geldende kantonrechttersformule gebaseerd) sociaal plan voor hen die dat het hardst nodig hebben. Omdat de financiële middelen beperkt zijn en niet iedereen evenveel toekomstig economisch nadeel lijdt, is het noodzakelijk om de beschikbare middelen rechtvaardig te verdelen en binnen de beschikbare financiële ruimte het toekomstig economisch nadeel van de werknemers die hun arbeidsplaats verliezen zo veel mogelijk te beschermen. Dit zijn, aldus ABN AMRO, legitieme doelen, nu zij geen discriminerend oogmerk hebben en voorzien in een werkelijke behoefte van ABN AMRO en haar werknemers. Werkneemster heeft niet gemotiveerd weersproken dat deze doelen op zich legitiem zijn om een onderscheid naar leeftijd te rechtvaardigen. De kantonrechter ziet geen aanleiding daar anders over te oordelen, zij het dat daarbij de kanttekening past dat het doel zo algemeen geformuleerd is, dat het ruimte laat voor een scala aan middelen om dat doel te bereiken. De keuze voor een bepaald middel zal daarom gemotiveerd moeten worden.

Passend en noodzakelijk middel

De kantonrechter stelt vast dat in het sociaal plan voor de groep werknemers die aanspraak kunnen maken op het vroegpensioen ter zake van het beëindigen van de arbeidsovereenkomst geen andere voorziening is getroffen dan de mogelijkheid gebruik te maken van dat vroegpensioen. Het sociaal plan bevat verder geen hardheidsclausule noch een voorziening specifiek voor ouderen die na hun 62ste jaar willen dan wel moeten doorwerken, anders dan de mogelijkheid na een herplaatsingsprocedure alsnog met vroegpensioen te gaan. De omstandigheden die ABN AMRO voor de ongelijke behandeling naar leeftijd heeft aangevoerd, zijn geen afdoende rechtvaardiging daarvoor. Allereerst omdat de getroffen voorziening voor 62+ schril afsteekt bij de riantere voorziening voor werknemers tot die leeftijd,

terwijl de positie van bijvoorbeeld een 62-jarige niet zodanig verschilt van een 60-jarige waar het gaat om gerichtheid en kansen op de arbeidsmarkt, dat dit verschil daardoor gerechtvaardigd wordt. Maar daarnaast en in nog belangrijker mate geldt dat er in feite geen enkele voorziening is getroffen voor werknemers die geen gebruik willen maken van het vroegpensioen en die overeenkomstig het overheidsbeleid gewoon willen doorwerken. Voor het ontbreken van een keuzemogelijkheid heeft ABN AMRO onvoldoende redengevende omstandigheden aangevoerd. De kantonrechter acht daarom de gekozen regeling niet evenwichtig, niet geschikt en niet noodzakelijk.

Jurisprudentie

Ook in het licht van de jurisprudentie van het HvJ EU (HvJ EU 12 oktober 2010, *JAR* 2010/296 (Andersen) en 26 september 2013, *JAR* 2013/266 (Toftgaard)) is het gelijkstellen van personen die voor een vroegpensioen in aanmerking komen met personen die daadwerkelijk een dergelijk pensioen ontvangen een te vergaand middel, omdat dit werknemers benadeelt die op de arbeidsmarkt actief willen blijven en voor wie zonder enige vergoeding de overgang naar ander werk bemoeilijkt wordt. ABN AMRO heeft een beroep op het Andersen-arrest afgewezen omdat het bij de aftopping van de stimuleringspremie niet zou gaan om een vergoeding die tot doel heeft het faciliteren van het zoeken naar ander werk, maar de kantonrechter ziet geen wezenlijk verschil met de situatie in dat arrest, waarin het eveneens ging om een mogelijk vroegpensioen als grondslag voor het weigeren van een ontslagvergoeding, terwijl van dat vroegpensioen geen gebruik werd gemaakt omdat de werknemer wilde doorwerken. De situatie in Odar/Baxtar (HvJ 6 december 2012, *JAR* 2013/19) acht de kantonrechter afwijkend van de onderhavige situatie, omdat in die situatie weliswaar de ontslagvergoeding werd gemaximeerd op inkomstenderving tot de vroegst mogelijke pensioenleeftijd, maar met een substantiële ondergrens van de helft van de volgens de standaardformule berekende vergoeding. ABN AMRO heeft nog een beroep gedaan op het oordeel van het College voor de Rechten van de Mens van 4 oktober 2013 (Oordeel 2013-123), maar daar ging het om een werkneemster die vrijwillig ontslag had genomen en daarmee afstand had gedaan van de mogelijkheid geplaatst te worden in de mobiliteitsorganisatie. Bovendien ging het daar om een ontslag per 1 januari 2012 en hebben zich nadien relevante ontwikkelingen voorgedaan op het gebied van de pensioenen en de WWZ.

Conclusie

De aftoppingsregeling in artikel IV.5 van het sociaal plan is in strijd is met de WGBL en moet derhalve als nietig buiten toepassing blijven. Als gevolg hiervan heeft werkneemster in beginsel aanspraak op de door haar verzochte stimuleringspremie, tenzij dit zoals ABN AMRO heeft bepleit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. De

kantonrechter is van oordeel dat daarvan geen sprake is.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 08-02-2017

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2017:906

Zaaknummer: 5179594 EA VERZ 16-726

Rechters: E.F.A. van Buitenen

Advocaten: G.J. Dijks en M.J.M.T. Keulaerds

Wetsartikelen: 13 WGBL

RECHTSPRAAK

X/Securitas OV Services B.V. c.s.

Formele en materiële werkgever van tramconductor zijn hoofdelijk aansprakelijk voor schade reiziger als gevolg van handgemeen met tramconductor, waarbij klappen zijn uitgedeeld. 75% van de schade dient te worden vergoed.

Feiten

Op 16 december 2013 vond in een tram van de RET een woordenwisseling plaats tussen X en een conducteur over de geldigheid van het vervoersbewijs van X. Hierna is een handgemeen ontstaan tussen X en de conducteur. X verzoekt een verklaring voor recht dat Securitas en de RET (ex art. 6:162 BW en 6:107 BW) hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de schade die X heeft geleden als gevolg van de mishandeling door de conducteur.

Oordeel

Onrechtmatige daad (art. 6:162 BW)

Hoewel partijen verdeeld zijn over de precieze toedracht van het incident, staat vast dat de conducteur X heeft geslagen. De RET en Securitas betwisten niet dat het gedrag van de conducteur als onrechtmatig kan worden aangemerkt, maar menen wel dat sprake is van een rechtvaardigingsgrond, te weten zelfverdediging. Vooropgesteld wordt dat de stelplicht en eventuele bewijslast op dit punt rust op Securitas en de RET. Dat X de eerste klap heeft uitgedeeld is niet komen vast te staan. Uit het proces-verbaal van de politie blijkt dat op de camerabeelden niet is te zien wie het eerste slaat en de getuigen leggen tegenstrijdige verklaringen af op dit punt. Daarbij geldt dat, ook indien X de conducteur zou hebben geprovoceerd of zelf de eerste klap zou hebben gegeven, hieruit niet zonder meer volgt dat de conducteur uit zelfverdediging genoodzaakt was om (terug) te slaan. Bijkomende feiten op grond waarvan deze conclusie kan worden getrokken zijn door Securitas en de RET niet gesteld. Daarnaast blijkt uit het proces-verbaal van de camerabeelden dat de conducteur na de eerste worsteling uit het niets uithaalde en X een, kennelijk forse, kaakslag gaf. X had zich op dat moment juist van de conducteur afgewend. Zonder nadere toelichting, die ontbreekt, kan

dit gedrag van de conducteur de stelling van de RET dat sprake zou zijn van noodweer niet onderbouwen. Tot slot is de stelling van de RET dat sprake zou zijn van noodweerecces niet onderbouwd. Van een rechtvaardigingsgrond is geen sprake.

Aansprakelijkheid op grond van artikel 6:170 BW

Securitas heeft niet betwist dat sprake was van zeggenschap over de conducteur ten tijde van de mishandeling, zodat dit als onbetwist vaststaat. Ten aanzien van de RET geldt dat de conducteur werkzaamheden verrichtte ter uitoefening van het bedrijf van de RET in een tram van de RET. De conducteur was door Securitas op last van de RET ingehuurd. Gelet op deze omstandigheden staat reeds vast dat sprake was van een ondergeschiktheidsverhouding. De enkele stelling van de RET dat zij geen bemoeienis had met de conducteurs maakt dit niet anders, nu de bevoegdheid tot het geven van instructies wel degelijk bestond, hetgeen door de RET ook niet is betwist. De conducteur sloeg X op het moment dat hij in functie was als conducteur in een tram van de RET. Het incident had zijn oorzaak in een discussie over de geldigheid van het vervoersbewijs van X. Hiermee is sprake van voldoende verband tussen de fout van de conducteur en de hem opgedragen taak, te weten (onder meer) het controleren van de vervoersbewijzen. Securitas en de RET zijn derhalve op grond van artikel 6:170 BW aansprakelijk voor de fout van de conducteur.

Causaal verband

X heeft onderbouwd dat er sprake is van schade. Agenten hebben na afloop van het incident geconstateerd dat X letsel aan zijn oog had. Daarnaast blijkt uit het arbeidsdeskundig onderzoek dat X zich op de dag van het incident heeft ziek gemeld. Hiermee is het causale verband tussen de onrechtmatige daad en de schade door X gemotiveerd gesteld. Dat de schade andere oorzaken zou hebben is door Securitas en de RET op geen enkele wijze toegelicht, zodat het causaal verband gelet op het ontbreken van een gemotiveerde betwisting daarvan, gegeven is.

Eigen schuld

Van eigen schuld van de benadeelde kan sprake zijn indien de schade (mede) het gevolg is van een omstandigheid die aan de schuld van de benadeelde is te wijten, dan wel voor zijn risico komt. Uit de beelden blijkt dat X en de conducteur elkaar 'heftig te lijf gingen'. X is niet weggelopen, maar is de confrontatie aangegaan en heeft, zoals hij zelf bij de politie heeft verklaard, ook enkele klappen uitgedeeld. Nu X zich niet onbetuigd heeft gelaten is de (verdere) mishandeling door de conducteur mede het gevolg van een aan X toe te rekenen omstandigheid in de zin van artikel 6:101 BW. De rechtbank stelt de eigen schuld van X, rekening houdend met de omstandigheden van het geval, waaronder het feit dat de

conducateur, na afloop van de worsteling met X, X nog onverwacht en hard tegen het hoofd heeft geslagen, op 25%. Dat leidt tot de slotsom dat Securitas en de RET gehouden zijn tot vergoeding van 75% van de schade die voor X voortvloeit uit de mishandeling door de conducateur.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 08-02-2017

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2017:1063

Zaaknummer: C/10/498279 / HA ZA 16-320

Rechters: S.M. den Hollander

Advocaten: A. Quispel, S.A. Stokla en V.P.A. Pauwels

Wetsartikelen: 6:101 BW, 6:107 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/Detailresult Productie Personeel B.V.

Het meenemen van een pak drinkyoghurt (dat over de datum is) en een bakje zalmsalade levert een dringende reden voor ontslag op staande voet op. Detailhandelorganisatie heeft belang bij strikte naleving bedrijfsregels, waarin sanctie van ontslag op staande voet expliciet is opgenomen.

Feiten

Werkneemster is in 2005 bij Detailresult Productie Personeel B.V. (hierna: DRP) in dienst getreden als medewerkster kantine. Op het dienstverband zijn het bedrijfsreglement van DRP en de CAO VGL van toepassing. In het bedrijfsreglement is opgenomen dat het niet is toegestaan om (onbetaalde) producten, alsmede afgeschreven producten mee naar huis te nemen. Bij elke vorm van diefstal, ook bij het meenemen van producten met geen of weinig waarde of bedorven producten, volgt volgens het bedrijfsreglement ontslag op staande voet. DRP heeft werkneemster op 7 oktober 2016 op staande voet ontslagen. In de ontslagbrief wordt verwezen naar het meenemen van producten of resten van producten, het overtreden van het bedrijfsreglement en twee eerdere waarschuwingen. Tot slot stelt de brief dat werkneemster wordt opgenomen in het interne en externe waarschuwingsregister. Werkneemster verzoekt primair vernietiging van het ontslag en subsidiair toekenning van een transitievergoeding, een vergoeding wegens onregelmatige opzegging, een billijke vergoeding en veroordeling van DRP tot verwijdering van werkneemster uit de interne en externe waarschuwingsregisters. DRP verzoekt, voor het geval het verzoek tot vernietiging van het ontslag wordt toegewezen, ontbinding van de arbeidsovereenkomst, primair op de e-grond en subsidiair op de g-grond.

Oordeel

Dringende reden voor ontslag op staande voet

Naar het oordeel van de kantonrechter is de onmiddellijke beëindiging van de dienstbetrekking door DRP in de gegeven omstandigheden gerechtvaardigd geweest. Tussen

partijen staat vast dat werkneemster in oktober 2016 een aantal goederen heeft meegenomen, zonder van plan te zijn deze te betalen. Evenmin is in geschil dat werkneemster ervan op de hoogte was dat het meenemen van goederen – ook goederen die anders zouden worden weggegooid – door DRP als diefstal wordt aangemerkt en dat bij diefstal ontslag op staande voet volgt. Dit is expliciet zo opgenomen in het bedrijfsreglement. Werkneemster is er in juni 2016 nog op gewezen dat zij het bedrijfsreglement diende na te leven. DRP heeft onweersproken gesteld dat zij als detailhandelorganisatie met een sterk verhoogd diefstalrisico te maken heeft en dientengevolge, mede ter voorkoming van precedentes, genoodzaakt is met strikte procedureregels te werken. De persoonlijke omstandigheden van werkneemster leiden niet tot een ander oordeel. Enerzijds heeft werkneemster onvoldoende onderbouwd dat zij geen inkomen of uitkering kan verwerven en anderzijds wegen de belangen van DRP bij het voorkomen van iedere vorm van diefstal door haar eigen personeel zwaarder. Dat de drinkyoghurt ‘over de datum’ was en de zalmzalade eerder ter consumptie (ter plekke) aan het personeel beschikbaar was gesteld, maakt dat niet anders. Ook die goederen worden in het bedrijfsreglement overduidelijk genoemd en daarvoor valt begrip op te brengen.

Waarschuwingsregister

Ook de opname in het register acht de kantonrechter rechtvaardig. Dat het gaat om goederen met een beperkte waarde betekent niet dat DRP geen belang heeft bij opname in dat register. Ware dat anders, dan zou bij een reeks van kleine vergrijpen, die voor werkgevers wel schadeposten opleveren, opname niet mogelijk zijn. Dat acht de kantonrechter niet gewenst.

Tegenverzoek

Nu het verzoek van werkneemster tot vernietiging van de opzegging wordt afgewezen en er dus thans geen sprake is van een arbeidsovereenkomst, wordt het tegenverzoek van DRP wegens gebrek aan belang afgewezen.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 07-02-2017

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2017:905

Zaaknummer: EA VERZ 16-1497

Rechters: M.V. Ulrici

Advocaten: M.M.C. Roos en R.J. Stoop

Wetsartikelen: 7:671b BW, 7:677 BW, 7:678 BW en 7:681 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/VEB Sealants Nederland B.V.

Bestuurder heeft recht op restant salaris en een transitievergoeding na ontslagbesluit algemene vergadering. Opzegging niet in strijd met artikel 7:669 BW: partijen waren al bezig de arbeidsovereenkomst te beëindigen wegens weinig florissante gang van zaken in de BV.

De feiten

Bestuurder is van meet af aan houder van (23,8% van de) geplaatste aandelen en enig bestuurder van VEB Sealants. Hij verrichtte alle werkzaamheden in de vennootschap tegen een salaris van € 3356,03 bruto per maand (fulltime); de vennootschap had geen andere werknemers in dienst. Tijdens de AV van 3 november 2014 werd geconstateerd dat 'de verschuldigde omzetbelasting, loonbelasting, (...) het salaris en de premie werknemersverzekeringen' onbetaald dreigden te blijven. Bij brief van 3 februari 2015 heeft de advocaat van bestuurder tot betaling van het loon gesommeerd. Hierbij is aangegeven dat bestuurder beschikbaar was voor werk, maar dat hij de nakoming van zijn verplichtingen opschortte wegens het niet betalen van dat salaris. Bij besluit van de AV genomen op 31 juli 2015 is bestuurder ontslagen 'als statutair-directeur met ingang van 1 november 2015'. Bestuurder heeft de kantonrechter onder meer verzocht VEB Sealants te veroordelen aan hem een transitievergoeding van € 10.873, alsmede het salaris vanaf 1 januari 2015 tot 1 november 2015 en een 'vergoeding naar billijkheid' toe te kennen (driemaal de transitievergoeding). De kantonrechter heeft de verzoeken afgewezen.

De beoordeling

Het hof stelt vast dat bestuurder in deze procedure verzoeken heeft geformuleerd die louter zijn arbeidsrechtelijke positie ten opzichte van VEB Sealants betreffen. Naar het oordeel van het hof kan er niet van worden uitgegaan dat bestuurder zelf ontslag heeft genomen. Op 3 februari 2015 heeft bestuurder, bij brief van zijn advocaat, verzocht om betaling van het salaris van januari 2015, dat toen nog niet was ontvangen. Hij heeft zich beschikbaar gesteld voor het verrichten van werkzaamheden en tevens de nakoming van de verplichting tot het verrichten van werkzaamheden opgeschort. Tegen de achtergrond van deze (niet of onvoldoende

gemotiveerd betwiste) stellingen van bestuurder kan niet worden aangenomen dat bestuurder, zoals VEB Sealants aanvoert, ontslag zou hebben genomen per 1 januari 2015. De brief van de advocaat van bestuurder van 3 februari 2015 maakt duidelijk dat bestuurder de arbeidsovereenkomst niet wenste te beëindigen. Bestuurder is, zoals al aan de orde kwam, de nakoming van zijn verplichtingen uit hoofde van de arbeidsovereenkomst gaan opschorten. VEB Sealants doet een beroep op het bepaalde in artikel 7:627 BW en stelt dat bestuurder geen aanspraak kan maken op loon over de tijd dat hij geen werkzaamheden heeft verricht. Het hof volgt VEB Sealants niet in deze visie. Bestuurder heeft de nakoming van zijn verplichtingen uit hoofde van de arbeidsovereenkomst opgeschort, omdat VEB Sealants wanprestatie pleegde door zijn salaris niet te voldoen. Onder deze omstandigheden behield bestuurder zijn recht op loon omdat de oorzaak van het niet verrichten van diens werkzaamheden voor rekening van VEB Sealants behoort te komen (art. 7:628 BW). Mocht VEB Sealants willen betogen dat bestuurder in de vervulling van zijn taak is tekortgeschoten dan had de AV eerder maatregelen kunnen nemen of – in het uiterste geval – tot ontslag van bestuurder kunnen overgaan. Over de periode januari 2015 tot en met oktober 2015 kan bestuurder daarom onverminderd aanspraak maken op betaling van loon. De arbeidsovereenkomst tussen bestuurder en VEB Sealants is geëindigd door de opzegging die besloten ligt in het besluit van de AV van 31 juli 2015. Aldus is er sprake van een opzegging door de werkgever, zoals bedoeld in de wettelijke regeling van de transitievergoeding, artikel 7:673 BW, die op het onderhavige ontslag van toepassing is gelet op de directe werking van de 1 juli 2015 van kracht geworden regeling. Tot slot heeft bestuurder verzocht VEB Sealants te veroordelen tot betaling van een vergoeding naar billijkheid, op grond van het bepaalde in artikel 7:682 lid 3 BW. Dat verzoek is naar het oordeel van het hof niet voor toewijzing vatbaar. Uit al hetgeen over en weer naar voren is gebracht, blijkt dat de financiële gang van zaken bij de vennootschap niet florissant was. Hoewel uit de brief van de advocaat van VEB Sealants van 7 augustus 2015 niet is op te maken welke van de in artikel 7:669 BW genoemde opzeggingsgronden aan het ontslag ten grondslag is gelegd, kan er in redelijkheid geen misverstand over bestaan dat de arbeidsovereenkomst is opgezegd wegens grond h. Aldus kan niet gezegd worden dat de opzegging in strijd is met artikel 7:669 BW. Naar het oordeel van het hof is VEB Sealants tot het betalen van een billijke vergoeding echter niet gehouden. De onderneming was immers kennelijk al niet meer levensvatbaar toen spanningen zijn ontstaan tussen bestuurder enerzijds en de overige aandeelhouders anderzijds.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 07-02-2017

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2017:182

Zaaknummer: 200.192.521/01

Rechters: H.J. van Kooten, F. Damsteegt-Molier en H.J. Vetter

Advocaten: P.A. Visser en H. Eijer

Wetsartikelen: 2:8 BW, 7:627 BW, 7:628 BW, 7:669 BW en 7:682 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgever

Vernietiging ontslag op staande voet, omdat de genoemde redenen voor het ontslag op staande voet van werknemer ieder voor zich noch in onderling verband beschouwd een dringende reden vormen in de zin van artikel 7:678 BW. Subsidair verzoek werkgever tot ontbinding arbeidsovereenkomst wordt afgewezen.

De feiten

Werknemer is op 18 februari 2016 in dienst getreden voor de duur van één jaar bij werkgever en was laatstelijk werkzaam als Business Controller tegen een salaris van € 4400 (bruto) per maand, te vermeerderen met emolumenten. Werknemer is bij besluit van 14 april 2016 benoemd tot gevolmachtigde van werkgever. In zijn functie hield werknemer zich met name bezig met het uitvoeren van het financiële beleid. Op 4 augustus 2016 stuurt werkgever een officiële waarschuwing aan werknemer, waarin zij – samengevat – weergeeft dat werknemer als niet zijnde gediplomeerd zorgprofessional een groep van ex tbs'ers op 23 en 24 juli 2016 heeft begeleid die gevaarlijk en onvoorspelbaar gedrag kunnen vertonen. Werkgever vermeldt voorts in haar brief de volmacht van werknemer per direct te hebben ingetrokken. Op 4 oktober 2016 is werknemer tijdens een gesprek met de algemeen directeur en de raad van commissarissen op staande voet ontslagen. Werknemer verzoekt de kantonrechter primair het ontslag op staande voet van 4 oktober 2016 te vernietigen en werkgever te verplichten hem weer toe te laten tot de overeengekomen werkzaamheden en subsidair werkgever te veroordelen tot betaling van een billijke vergoeding aan werknemer van € 20.249. Werkgever heeft verweer gevoerd en verzoekt de kantonrechter op haar beurt om (samengevat) werknemer niet-ontvankelijk te verklaren dan wel de vorderingen af te wijzen en subsidair, onder de voorwaarde dat het gegeven ontslag op staande voet geen stand houdt c.q. wordt vernietigd, ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens verwijtbaar handelen en nalaten, een ernstig verstoorde arbeidsverhouding, alsmede andere hierboven beschreven bijzondere omstandigheden.

De beoordeling

Het gesprek met werknemer heeft op 4 oktober 2016 plaatsgevonden, waarna werknemer per diezelfde datum op staande voet is ontslagen. Het ontslag is daarmee naar het oordeel van de kantonrechter onverwijld gegeven.

Geen dringende reden voor ontslag

Werkgever heeft in haar brief van 4 oktober 2016 zeven redenen aangevoerd waarop zij het ontslag op staande voet heeft gebaseerd. Het aan werknemer als dringende reden voor het ontslag genoemde feitencomplex dient, voor zover door werknemer betwist, in beginsel in zijn geheel in rechte te komen vast te staan. Werkgever heeft niet, althans daarvoor onvoldoende, gesteld dat zij werknemer ook zou hebben ontslagen op basis van slechts een deel van het in de ontslagbrief vermelde feitencomplex en dat valt overigens ook niet uit de ontslagbrief te herleiden. Reeds op die grond kan het gegeven ontslag op staande voet niet in stand blijven. Ten aanzien van het verwijt dat werknemer zich bezighield met zorginhoudelijke taken zonder wetenschap van de directie, oordeelt de kantonrechter als volgt. Enerzijds kan het werknemer worden aangerekend dat hij op de locatie X – zonder daartoe bevoegd en geschoold te zijn – zich met het verlenen van zorg aan (potentieel) gevaarlijke cliënten heeft beziggehouden. Anderzijds heeft werknemer aangevoerd op dat moment een noodsituatie te hebben ervaren vanwege de onderbezetting en het feit dat hij niemand kon bereiken die het probleem kon oplossen. Nadat werknemer daarvoor op 4 augustus 2016 een waarschuwing had gekregen, heeft hij geen diensten meer gedraaid. Het voorgaande afwegende en in onderlinge samenhang beschouwd, oordeelt de kantonrechter dat de verweten gedraging sowieso geen zelfstandige grond oplevert voor het ontslag op staande voet. Ten aanzien van het optreden als gemachtigde van een cliënt van werkgever overweegt de kantonrechter dat werknemer niet op eigen titel c.q. die van werkgever, de machtiging voor vertegenwoordiger van PGB-zaken van een cliënt had mogen invullen. De kantonrechter is van oordeel dat werknemer weliswaar een verwijt kan worden gemaakt ten aanzien van het optreden als gemachtigde, maar dat zijn handelen nog niet kwalificeert als een dringende reden die een ontslag op staande voet rechtvaardigt. De overige verweten gedragingen, zijnde de geuite klachten van medewerkers en de cliënten die zich zorgen maken over een dreigend faillissement, het doorsturen van e-mails met bedrijfs- en bedrijfseconomische informatie naar zijn privé-e-mail, het verspreiden van de begroting en financiële overzichten onder medewerkers, alsmede het deel van de PGB-omzet dat nog niet gefactureerd zou zijn, zijn naar het oordeel van de kantonrechter niet voldoende feitelijk onderbouwd. Gelet op het hiervoor overwogene vormen de genoemde redenen voor het ontslag op staande voet van werknemer ieder voor zich noch in onderling verband beschouwd een dringende reden in de zin van artikel 7:678 BW. De slotsom luidt dan ook dat de door werknemer verzochte vernietiging van de gedane opzegging toewijsbaar is. Het verzoek tot wedertewerkstelling

wijst de kantonrechter af, werknemer heeft daarbij een onvoldoende belang, omdat de arbeidsovereenkomst van rechtswege zou eindigen per 17 februari 2017.

Ontbindingsverzoek werkgever

Subsidiair verzoekt werkgever om ontbinding van de arbeidsovereenkomst per eerst mogelijke datum op grond van verwijtbaar handelen en nalaten (e-grond), een ernstig verstoorde arbeidsverhouding (g-grond), alsmede andere hierboven beschreven bijzondere omstandigheden (h-grond). Zoals reeds opgemerkt, kwalificeert het handelen van werknemer door op te treden als gemachtigde van een cliënt van werkgever naar het oordeel van de kantonrechter als verwijtbaar. Evenwel is de gedraging niet ernstig verwijtbaar. Uit het hiervoor overwogene kan uit de door werkgever gestelde, maar door werknemer betwiste, gedragingen van werknemer in een periode van minder dan acht maanden dienstverband – waarvan de kantonrechter slechts één gedraging aantoonbaar verwijtbaar acht – naar het oordeel van de kantonrechter niet een verstoorde arbeidsverhouding worden aangenomen. De kantonrechter zal de verzochte ontbinding derhalve op de g-grond eveneens afwijzen. De kantonrechter vernietigt het ontslag op staande voet van 4 oktober 2016.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 02-02-2017

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2017:507

Zaaknummer: 5512357/ME VERZ 16-298

Rechters: R.M. Berendsen

Advocaten: Y. van der Horst en J.G. Wiebes

Wetsartikelen: 7:669 lid 3 onderdeel e, g en h BW, 7:671 BW, 7:671b BW, 7:678 BW en 7:681 lid 1 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Alpha Netherlands B.V.

Afwijzing verzoek om herstel van de arbeidsovereenkomst dan wel toekenning van een billijke vergoeding. Werkgever heeft in redelijkheid tot beslissing kunnen komen om de functie van werknemer te laten vervallen. Opzegging niet in strijd met artikel 7:669 lid 3 onderdeel a BW.

Feiten

Werknemer is op 1 juli 2003 in dienst getreden bij Alpha Netherlands B.V. (hierna: Alpha) en was daar sinds 1 juni 2014 werkzaam als Technical Manager op de afdeling New Product Development (hierna: NPD). In de VS bevindt zich eveneens een NPD-afdeling. Alpha heeft bij brief van 5 augustus 2016 de arbeidsovereenkomst met werknemer, met toestemming van het UWV, op grond van bedrijfseconomische redenen opgezegd met ingang van 1 oktober 2016, onder toekenning van de transitievergoeding vermeerderd met 10%. In 2014 en in het najaar van 2016 vond bij Alpha eveneens een reorganisatie plaats. Op die reorganisaties was een sociaal plan van toepassing. Werknemer verzoekt primair de beslissing van het UWV te vernietigen en subsidiair een redelijke vergoeding toe te kennen, zijnde de transitievergoeding maal 225%.

Oordeel

Herstel van de arbeidsovereenkomst

Het gaat in deze zaak allereerst om de vraag of Alpha moet worden veroordeeld om de arbeidsovereenkomst met werknemer te herstellen in de zin van het bepaalde in artikel 7:682 lid 1 onderdeel a BW. Dit is althans hoe de kantonrechter het primaire verzoek van werknemer begrijpt. Werknemer stelt zich op het standpunt dat de noodzaak voor het laten vervallen van zijn functie ontbreekt. Hij onderbouwt deze stelling onder meer door aan te voeren dat sprake is van een doorlopende reorganisatie. Deze reorganisatie heeft volgens werknemer niet tot het gewenste resultaat geleid, zodat volgens hem ook de noodzaak ontbreekt voor het laten vervallen van zijn functie. De kantonrechter volgt werknemer hierin niet. Dat de reorganisatie

uit 2014 wellicht niet het gewenste effect gehad heeft, wil nog niet zeggen dat de noodzaak voor het vervallen van de functie van werknemer ontbreekt. Werknemer heeft verder aangevoerd dat de vorm van aansturing zoals nu door Alpha is gekozen in de praktijk niet zal werken. In zijn ogen is het namelijk niet efficiënt om werknemers in Nederland aan een leidinggevende in de VS te laten rapporteren. Waar het volgens de kantonrechter echter om gaat is de vraag of Alpha in redelijkheid tot haar beslissing heeft kunnen komen om de functie van werknemer te laten vervallen. Dit is naar het oordeel van de kantonrechter het geval. Werknemer heeft immers niet betwist dat er problemen waren in de samenwerking tussen de NPD-afdelingen alsook niet dat sprake was van een inefficiënte werkwijze en te lange doorlooptijden en dat er voor Alpha een noodzaak bestond hier verandering in aan te brengen. Het is vervolgens aan Alpha om als ondernemer hier een beslissing in te nemen die haar goeddunkt. Dit heeft zij gedaan. Daarbij geldt dat ook in te zien valt dat het efficiënt is om twee afdelingen, die dezelfde werkzaamheden uitvoeren, organisatorisch samen te voegen onder dezelfde leidinggevende. Werknemer heeft tot slot aangevoerd dat er nog andere taken van zijn functie resteerden na het overhevelen van zijn leidinggevende taken naar de VS. Alpha heeft echter op de zitting onbetwist aangevoerd dat deze taken zijn opgepakt door de overgebleven werknemers. De aldus vaststaande feiten en omstandigheden leiden tot de conclusie dat de arbeidsplaats van werknemer vervalt en dat sprake is van een redelijke grond als bedoeld in artikel 7:669 lid 1 BW. Voorts staat vast dat er geen herplaatsingsmogelijkheden zijn. Het verzoek om Alpha te veroordelen de arbeidsovereenkomst te herstellen wordt dan ook afgewezen.

Vergoeding

Uit de werkingssfeer en de looptijd van het sociaal plan blijkt dat het sociaal plan niet op werknemer van toepassing is, zodat op die grond geen aanspraak bestaat op een hogere vergoeding dan de transitievergoeding. Een billijke vergoeding kan de rechter op grond van artikel 7:682 lid 1 onderdeel b BW op verzoek van een werknemer toekennen. Vereist is daartoe dat de opzegging in strijd is met artikel 7:669 lid 1 of lid 3 onderdeel a BW en dat herstel in redelijkheid niet mogelijk is vanwege een omstandigheid waarbij sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. Uit hetgeen hiervoor is overwogen volgt dat er naar het oordeel van de kantonrechter sprake is van een redelijke grond voor beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Het verzoek om toekenning van een billijke vergoeding wordt dan ook afgewezen.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 24-01-2017

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2017:297

Zaaknummer: 5549157

Rechters: M.M.J. Schoenaker

Advocaten: G.T.A.J. Vijftigschild en S.A. Tan

Wetsartikelen: 7:682 BW

RECHTSPRAAK

werkgever/werknemer

WNT. ‘Arbitrage’ bij de kantonrechter over beëindigingsregeling topfunctionaris. Transitievergoeding die boven het WNT-maximum uitkomt, maar binnen het maximum van artikel 7:673 BW blijft, is toegestaan. Vergoeding kosten rechtsbijstand toegestaan, indien deze tijdens dienstverband zijn toegelaten boven de maximale WNT-bezoldiging.

De feiten

Werknemer is sinds 9 oktober 1995 bij (een rechtsvoorgangster van) werkgever in dienst. Haar laatste functie was directeur. Werkgever moet worden aangemerkt als een semipublieke instelling waarop het sectorale bezoldigingsregime van de Wet normering bezoldiging topfunctionarissen publieke en semipublieke sector (WNT) van toepassing is. Werknemer is als directeur een topfunctionaris in de zin van de WNT. Op 28 oktober 2016 hebben partijen een vaststellingsovereenkomst gesloten. Bij het einde van de arbeidsovereenkomst ontvangt werknemer de wettelijke transitievergoeding van € 226.596,09 bruto, welke vergoeding beide partijen passend achten. Daarnaast hebben zij bepaald dat werknemer met behoud van haar arbeidsvoorwaarden tot het einde van de arbeidsovereenkomst werkzaamheden zal verrichten in een functie bij C. Die werkzaamheden zijn door werkgever lager ingeschaald dan de werkzaamheden van werknemer als directeur. Het verschil is € 1370,89 bruto per maand (verder het beloningsverschil). Tot slot bepaalt de vaststellingsovereenkomst dat werkgever voor een bedrag van € 8000 bijdraagt in werknemers kosten van rechtsbijstand. Werkgever en werknemer zijn overeengekomen om een aantal van de tussen hen gerezen geschillen te laten beslechten door de kantonrechter te Amsterdam, middels een procedure ex artikel 96 Rv. Deze geschillen houden verband met de vraag of bepaalde componenten van de tussen partijen te treffen beëindigingsregeling passen binnen de wettelijke normering zoals bedoeld in de WNT. Partijen hebben de kantonrechter verzocht uitspraak te doen met betrekking tot de volgende geschilpunten: (a) is werkgever op basis van de WNT gerechtigd de door beide partijen als passend aangemerkte ontslagvergoeding (zijnde de wettelijke transitievergoeding)

aan werknemer uit te betalen en, voor het geval deze vraag ontkennend wordt beantwoord, kan de kantonrechter een passende vergoeding vaststellen? (b) is werkgever op basis van de WNT gerechtigd met ingang van 1 november 2016 tot uiterlijk 1 juni 2017 het beloningsverschil aan werknemer uit te betalen? (c) in hoeverre is werkgever op basis van de WNT gerechtigd naast de onder vraag (a) genoemde ontslagvergoeding ook de vergoeding voor rechtsbijstand uit te keren?

De beoordeling

De hoogte van de transitievergoeding

Ten eerste wordt opgemerkt dat de transitievergoeding is verbonden aan de beëindiging van het dienstverband en wettelijk is geregeld in artikel 7:673 e.v. BW. Het is dus een uitkering wegens beëindiging van het dienstverband, die rechtstreeks, dwingend en eenduidig voortvloeit uit een wettelijk voorschrift. Artikel 1 lid 1 onderdeel i WNT zondert deze uitkeringen uit van het toepassingsbereik van de WNT, vanuit de gedachte dat partijen op deze uitkeringen geen invloed kunnen uitoefenen. Daarmee is echter niet gezegd dat cumulatie van deze vergoeding met een additionele tussen partijen overeen te komen vergoeding mogelijk is (zie ook ECLI:NL:RBAMS: 2016:3672). Het is immers de bedoeling van de WNT geweest de tussen partijen overeen te komen vergoedingen bij de beëindiging van het dienstverband in de sectoren bestreken door de WNT, aan banden te leggen. Maar hoewel het partijen in beginsel dus niet vrijstaat naast de transitievergoeding nog een additionele vergoeding bij beëindiging van het dienstverband overeen te komen, wordt de transitievergoeding niet *genormeerd* door de WNT, in die zin dat de transitievergoeding voor een topfunctionaris onder de WNT nooit meer dan € 75.000 bruto zou mogen bedragen, ook niet in het geval dat artikel 7:673 jo. artikel 7:673a BW tot een hoger bedrag leidt. Naar het oordeel van de kantonrechter geldt ten aanzien van vraag (a) dan ook dat indien de transitievergoeding op grond van de berekeningsgrondslag neerkomt op een hoger bedrag dan het maximum van artikel 3.7 WNT (€ 75.000) maar minder dan het maximum van artikel 7:673 BW (hier een jaarsalaris), werkgever de tussen partijen akkoord bevonden transitievergoeding aan werknemer mag uitkeren.

Het uitoefenen van een andere functie door werknemer, met behoud van salaris

Het verbod van artikel 2.10 lid 3 WNT (de non-activiteitsregeling) heeft als doel misbruik en omzeiling van de WNT, door topfunctionarissen met behoud van salaris en vrijstelling van werkzaamheden langer in dienst te houden, tegen te gaan. Daarvan is in casu echter geen sprake. Hier betreft het de wettelijke c.q. contractuele opzegtermijn van werknemer en er is geen periode van non-activiteit overeengekomen of sprake van het ophouden van het

vervullen van taken met behoud van loon. Het vorenstaande impliceert dat werkgever tijdens het vervullen van werknemer van de functie bij C, haar oude arbeidsvoorwaarden mag handhaven en dat het beloningsverschil ingevolge het bepaalde in artikel 2.10 lid 3 WNT niet op de transitievergoeding c.q. overeengekomen vergoeding in mindering behoeft te worden gebracht.

Vergoeding kosten rechtsbijstand toelaatbaar in het kader van WNT

De vraag komt er in de kern op neer of vergoedingen als die van de kosten van rechtsbijstand van de topfunctionaris, uit hoofde van de WNT toelaatbaar zijn naast de andere vergoeding(en) onder de WNT en/of de WWZ; met andere woorden of vergoeding van deze kosten valt onder de definitie uitkering wegens beëindiging van het dienstverband, als bedoeld in artikel 2.10 lid 1 WNT. In dit verband wordt overwogen dat het enkele feit dat de bedragen rechtstreeks aan derden – hier de gemachtigde van werknemer – worden uitbetaald, niet meebrengt dat de uitkeringen niet onder de WNT vallen. De WNT biedt op de vraag of dit soort uitkeringen naast de beëindigingsvergoeding onder de WNT toelaatbaar zijn geen antwoord. Een redelijke wetstoepassing – mede in het licht van het doel van de WNT – brengt mee dat dit soort vergoedingen, voldaan rond de beëindiging van het dienstverband, niet anders behandeld moeten worden dan soortgelijke uitkeringen gedaan tijdens het dienstverband. Geoordeeld wordt aldus dat de bedoelde uitkering niet aangemerkt wordt als een uitkering wegens de beëindiging van het dienstverband, indien deze tijdens het dienstverband is toegelaten boven de maximale bezoldiging onder de WNT. Of dat hier het geval is en zo ja, tot welk bedrag, kan de kantonrechter niet beoordelen, nu daartoe de noodzakelijke (fiscale) informatie ontbreekt.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 23-01-2017

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2017:891

Zaaknummer: EA VERZ 16-1353

Advocaten: L.E.A. van Thiel en R.J. Wybenga

Wetsartikelen: 1.1 WNT, 1.9 WNT, 2.10 WNT, 7:673 BW, 7:673a BW en 96 Rv

RECHTSPRAAK

werkgeefster/UWV

Nationale ombudsman oordeelt dat arbeidsdeskundigen en verzekeringsartsen, in het geval de betrokken werkgever zich door een gemachtigde laat vertegenwoordigen, in geval van vragen contact dienen op te nemen met de gemachtigde en niet met de werkgever. UWV handelt in strijd met het vereiste van fair play door direct contact op te nemen met werkgever.

Feiten

Werkgeefster heeft bij het UWV een ontslaaanvraag ingediend voor een langdurig zieke werknemer. Een arbeidsdeskundige heeft telefonisch contact gezocht met werkgeefster om inhoudelijke vragen over de ontslaaanvraag te stellen. Werkgeefster klaagt erover dat het UWV, in reactie op haar klacht, aangeeft dat een ingeschakelde deskundige, zoals in dit geval een arbeidsdeskundige, niet is gebonden aan de procesregel dat uitsluitend via de gemachtigde wordt gecommuniceerd. Volgens werkgeefster was het UWV bekend met het feit dat X optrad als gemachtigde van werkgeefster. Het UWV had tijdens de ontslagprocedure met de gemachtigde en niet met werkgeefster gecorrespondeerd. Werkgeefster was door het telefoongesprek verrast en had kort, afhoudend en afgemeten geageerd om zo geen verkeerde informatie te geven. Zou de arbeidsdeskundige met de gemachtigde hebben gebeld, dan wel met werkgeefster na tussenkomst van de gemachtigde, dan had de reactie op de vragen beter onderbouwd kunnen worden. Bovendien is werkgeefster of de gemachtigde niet de gelegenheid geboden nog te reageren op wat was genoteerd door de arbeidsdeskundige. Het UWV heeft uiteindelijk geconstateerd dat werkgeefster onvoldoende plausibel had gemaakt dat de bedongen arbeid niet meer geschikt was.

Oordeel

Fair play

De nationale ombudsman toetst de gedraging van het UWV aan het vereiste van fair play. Dat houdt in dat de overheid de burger de mogelijkheid geeft om zijn procedurele kansen te

benutten en daarbij zorgt voor een eerlijke gang van zaken. Wanneer de burger zich door een gemachtigde laat vertegenwoordigen, respecteert de overheid die keuze en zorgt ervoor dat contacten met die burger zo veel mogelijk via de gemachtigde verlopen.

Wetsgeschiedenis

Uit de memorie van toelichting bij artikel 2:1 Awb (*Kamerstukken II 1988/89, 21221, 3, art. 2.1.2*) kan worden afgeleid dat grote waarde wordt gehecht aan het beginsel dat een belanghebbende zich in het verkeer met bestuursorganen desgewenst kan laten bijstaan door een persoon van zijn keuze. Een bestuursorgaan heeft niet de bevoegdheid om te verlangen dat een belanghebbende persoonlijk, zonder bemiddeling door de gekozen gemachtigde, optreedt. Onder bijzondere omstandigheden kan dit anders zijn; in de memorie van toelichting wordt als voorbeeld genoemd het inwinnen van inlichtingen die de persoonlijke omstandigheden betreffen. De bepaling staat er in dat geval op zichzelf niet aan in de weg dat het bestuursorgaan de belanghebbende persoonlijk oproept. Dit mag dan niet buiten de gemachtigde om gebeuren.

Contact met gemachtigde in plaats van werkgever

Gezien hetgeen onder meer bij de totstandkoming van de Awb is aangegeven moet aangenomen worden dat zich niet snel omstandigheden voordoen waarin een gemachtigde door een bestuursorgaan kan worden gepasseerd. Dat het, zoals het UWV stelt, van belang kan zijn dat een verzekeringsarts of arbeidsdeskundige contact heeft met de werkgever die de ontslagvergunning aanvraagt, kan de nationale ombudsman begrijpen. Hij acht deze situatie echter niet vergelijkbaar met die van het aanvullend gehoor tijdens de asielprocedure. In die zin is er dus geen sprake van ‘persoonlijk oproepen’. Door direct contact op te nemen met de werkgever – ook als deze hierover wel vooraf is geïnformeerd – passeert het UWV de gemachtigde, zonder dat daarvoor voldoende rechtvaardiging bestaat. Naar het oordeel van de Nationale ombudsman dienen arbeidsdeskundigen en verzekeringsartsen, in het geval de betrokken werkgever zich door een gemachtigde laat vertegenwoordigen, in eerste instantie dan ook contact op te nemen met die gemachtigde en niet met de werkgever. Met de gemachtigde kan dan worden besproken hoe de benodigde inlichtingen in dat geval het beste kunnen worden verkregen. Het UWV heeft gehandeld in strijd met het vereiste van fair play.

Instantie: Nationale ombudsman

Datum uitspraak: 21-12-2016

Zaaknummer: 2016/122

RECHTSPRAAK

werknemer/Olympia Uitzendbureau B.V.

Werknemer heeft loonvordering onvoldoende onderbouwd, zodat deze wordt afgewezen.

Feiten

Werknemer was vanaf 25 juli 2011 op basis van een uitzendovereenkomst met Olympia tewerkgesteld bij G4S Fire & Safety als brandwacht. De uitzendovereenkomst is in augustus 2014 geëindigd. Werknemer vordert betaling van € 12.151,25 netto als achterstallig loon.

Oordeel

Naar het oordeel van de kantonrechter biedt het door werknemer overgelegde overzicht onvoldoende steun voor de stelling dat hij nog een loonaanspraak heeft op Olympia. Werknemer heeft op geen enkele wijze onderbouwd dat de door hem geclaimde (gemiste) reizen daadwerkelijk zijn gemaakt of dat hij op zijn minst voldoet aan de voorwaarden die worden gesteld in de bedrijfsovereenkomst van G4S om voor uitkering van die reizen in aanmerking te komen. Dit geldt onverkort ook voor de maaltijdvergoedingen, waarbij ook nog eens meeweegt dat Olympia onbetwist heeft gesteld dat zij aan werknemer wél maaltijdvergoedingen heeft betaald. Werknemer heeft nagelaten om onderbouwd te stellen dat hij niettemin aanspraak heeft op meer of een hogere vergoeding. Ten aanzien van de scheidingstoelage geldt ook dat werknemer onvoldoende feiten heeft gesteld ter onderbouwing van zijn vordering. Tijdens de comparitie van partijen heeft werknemer op grond van artikel 22 Rv verzocht om Olympia de boekingen die betrekking hebben op de overnachtingen over te laten leggen. De kantonrechter passeert dit verzoek. Het had op de weg van werknemer gelegen om zijn stellingen nader te onderbouwen door bijvoorbeeld te stellen op welke data zijn vordering betrekking had. De vordering van werknemer wordt afgewezen.

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 15-02-2017

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2017:1265

Zaaknummer: 5491272 \ CV EXPL 16-10534

Rechters: J.W. Rijkssen

Advocaten: M. Ledesma Marin en B.J. Bongaards

Wetsartikelen: 7:628 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Blokker B.V.

Herstel arbeidsovereenkomst na opzegging wegens bedrijfseconomische redenen. Onvoldoende aannemelijk dat binnen groot concern geen herplaatsingsmogelijkheden zijn.

Feiten

Werknemer is op 30 mei 1988 in dienst getreden bij Blokker. Laatstelijk was hij werkzaam in de functie Manager Technische Dienst. Als gevolg van een reorganisatie is zijn functie komen te vervallen. Na verkregen toestemming van het UWV heeft Blokker de arbeidsovereenkomst wegens bedrijfseconomische redenen tegen 1 januari 2017 opgezegd. Werknemer verzoekt de kantonrechter om ingevolge artikel 7:682 lid 1 BW de opzegging van de arbeidsovereenkomst te vernietigen en Blokker te veroordelen om de arbeidsovereenkomst per 1 januari 2017 te herstellen. Werknemer stelt hiertoe dat geen sprake is van een redelijke grond voor opzegging, omdat geen sprake is van bedrijfseconomische redenen. Verder heeft Blokker geen serieuze poging gedaan om werknemer een passende andere functie aan te bieden, terwijl die wel binnen het concern voorhanden was.

Oordeel

Vast staat dat Blokker werknemer op 9 maart 2016 een functie heeft aangeboden bij Intertoys B.V., die qua inhoud passend was, maar waarvan de arbeidsvoorwaarden veel lager lagen dan die van zijn toenmalige functie. Deze functie heeft werknemer dan ook geweigerd. Blokker voert aan dat overigens geen passende functies bestonden binnen het concern. Werknemer stelt echter dat de functie bij SSC ICT passend is en heeft daarop ook bij brief in februari 2016 gesolliciteerd. Hij heeft op deze sollicitatie desondanks geen reactie gekregen en in de wandelgangen op 2 maart 2016 vernomen dat deze functie was vergeven. Blokker heeft niet aannemelijk gemaakt, bijvoorbeeld door overlegging van de vacaturetekst met functieomschrijving en functie-eisen, dat deze functie – ook na scholing – niet passend was voor werknemer. Dit geldt temeer omdat met werknemer geen sollicitatiegesprek is gevoerd en Blokker er kennelijk direct van overtuigd was dat de functie werknemer niet paste. Zij heeft dat echter niet voldoende gemotiveerd. Het moet er dus voor worden gehouden dat de

betreffende functie wel passend was en dat werknemer derhalve in dienst had kunnen blijven bij Blokker. Dat die functie vrij is gekomen vóórdat definitief was beslist dat de functie kwam te vervallen betekent niet dat dit niet bij de beoordeling of er sprake is van een andere passende functie kan worden betrokken. Werknemer was immers al op de hoogte gesteld van het feit dat Blokker voornemens was zijn functie op te heffen en de ondernemingsraad was reeds verzocht daarover een advies uit te brengen. Los van het voorgaande is het zonder nadere toelichting, die ontbreekt, niet voorstelbaar dat binnen een groot concern als Blokker is, in de periode van maart 2016 tot 1 januari 2017 geen passende functie voor werknemer beschikbaar was behoudens de aangeboden functie bij Intertoys. Gesteld noch gebleken is bovendien dat Blokker inzicht heeft gegeven in de (te verwachten) vacatures in de periode van 14 september 2016 en 1 januari 2017. Het is aan Blokker immers om aannemelijk te maken dat (ook) vanaf 14 september 2016 geen herplaatsingsmogelijkheden bestonden. Uit het voorgaande vloeit voort dat niet kan worden geconcludeerd dat herplaatsing niet mogelijk was dan wel niet in rede lag en kan dus ook niet worden uitgesloten dat in strijd met artikel 7:669 lid 1 BW is opgezegd. Blokker wordt veroordeeld de arbeidsovereenkomst met ingang van 1 januari 2017 te herstellen.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 20-01-2017

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2017:842

Zaaknummer: 5463073 EA VERZ 16-1277

Rechters: L. van Berkum

Advocaten: D.C. Coppens en W.M. Hes

Wetsartikelen: 7:669 BW en 7:682 lid 1 BW

ANNOTATIE

Geheime videosurveillance binnen de arbeidsrelatie: wetgeving vereist?

prof. mr. dr. F.G. Laagland

1. Inleiding

Het is allang niet meer de overheid die een quasi-monopolie heeft op de technologie van controletechnieken. Er komen steeds meer betaalbare ICT-middelen op de private markt die het eenvoudig maken anderen in het geheim te surveilleren. De technologische ontwikkelingen gaan razendsnel. Werkgevers maken van deze technologieën gebruik om werknemers te controleren. Bij de werkgever kan de behoefte bestaan om na te gaan of de werknemer tijdens het werk geen bedrijfseigendommen ontvreemdt, daadwerkelijk wegens arbeidsongeschiktheid niet in staat is tot werken of zich onthoudt van het verrichten van nevenwerkzaamheden als daartoe een verbod is overeengekomen. Bij de inzet van particuliere rechtermethoden spelen twee vragen. Ten eerste, wat is de verhouding tot het recht op privacy en, ten tweede, hoe moet in een gerechtelijke procedure worden omgegaan met onrechtmatig verkregen bewijs? Beide vragen staan centraal in de uitspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: het Hof) inzake *Vukota-Bojic*. De casus die tot de uitspraak heeft geleid betreft een verzekeringskwestie. De uitspraak biedt evenwel belangrijke inzichten voor het gebruik van particuliere rechtermethoden – in het bijzonder geheime videosurveillance – in het Nederlandse arbeidsrecht. Zijn aanpassingen noodzakelijk en zo ja, in welke richting?

2. De feiten en het procesverloop

De casus speelt zich af in Zwitserland. Mevrouw Vukota-Bojic is in 1995 aangereden door een motor en daarbij op haar rug gevallen. Verschillende medische onderzoeken verklaarden dat zij door het ongeluk voor 100% arbeidsongeschikt was geraakt. Er waren echter ook andere onderzoeken waaruit bleek dat het wel meeviel met de medische problemen. Daarop volgde een jarenlange strijd tussen de verzekeringsmaatschappij, die vanwege haar ongevalverzekering de arbeidsongeschiktheidsuitkering zou moeten betalen, en mevrouw

Vukota-Bojic, waarbij beide partijen schermten met medische deskundigenrapporten. Op een zeker moment weigerde mevrouw Vukota-Bojic een door de verzekeringsmaatschappij gevergd nader onderzoek. De verzekeringsmaatschappij besloot haar vervolgens onder geheime videosurveillance te plaatsen. Mevrouw Vukota-Bojic werd gedurende een periode van 23 dagen op vier dagen een aantal uren gevolgd op de openbare weg. Uit de rapporten van de privédetective die hiervoor werd ingeschakeld bleek dat klaagster normaal functioneerde. Op basis van dit bewijs en de weigering van mevrouw Vukota-Bojic om zich te onderwerpen aan het gevraagde arbeidsongeschiktheidsonderzoek, weigerde de verzekeringsmaatschappij de arbeidsongeschiktheidsuitkering te betalen. Mevrouw Vukota-Bojic ging tegen de afwijzing in beroep. De socialezekerheidsrechter wees haar beroep in eerste aanleg toe, onder meer omdat het door de surveillance verkregen bewijs niet toelaatbaar was vanwege strijd met privacy. Het Zwitserse federale hof besloot het bewijs daarentegen wel toe te laten en wees de vordering van mevrouw Vukota-Bojic af. Hierna stapte mevrouw Vukota-Bojic naar het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in Straatsburg. Zij betoogde dat de verzekeraar het arbeidsongeschiktheidspercentage niet op de videobeelden van de geheime surveillance had mogen baseren. Reden is dat de surveillance en de daarbij vervaardigde videobeelden zouden zijn uitgevoerd in strijd met artikel 8 EVRM en daarom onrechtmatig zijn verkregen.

Het Hof merkt allereerst op dat het recht op privacy zoals neergelegd in artikel 8 EVRM van toepassing is, nu geheime videosurveillance een inbreuk op de privacy oplevert. De verzekeraar rechtvaardigde de surveillance met een beroep op een bepaling uit het Zwitserse socialezekerheidsrecht waarin is bepaald dat de verzekeraar op eigen initiatief noodzakelijke onderzoeksmaatregelen kan treffen. Het Hof constateert echter dat de wet grote lacunes laat waar het gaat om het tegengaan van willekeur. In het bijzonder ontbreekt het aan duidelijkheid over de manier waarop de gegevens mogen worden verkregen en opgeslagen; aan bescherming tegen toegang tot de gegevens door derden; aan regels over de duur van de surveillance en de redenen waarom die mag worden ingesteld; en aan een mogelijkheid van deugdelijke rechterlijke toetsing. Deze onduidelijkheden zorgen ervoor dat artikel 8 EVRM is geschonden. De vraag is vervolgens of het door de videosurveillance verkregen bewijs ten onrechte niet is uitgesloten als bewijsmateriaal en of daarmee sprake is van een schending van artikel 6 EVRM. Het Hof wijst deze klacht van de hand omdat voldoende vaststaat dat het uiteindelijke oordeel van het Zwitserse federale hof niet alleen is gebaseerd op het door de videosurveillance verkregen materiaal, maar ook op andere bewijsmiddelen zoals de eerdere tegenstrijdige medische rapporten.

3. Wettelijke grondslag: een EVRM-begrip

Het gaat in de uitspraak *Vukota-Bojic* om een verticale verhouding (overheid-burger). Hoewel een particulier recherchebureau de surveillance op de verzekerde uitvoert, gebeurt het

onderzoek in opdracht van de verzekeraar die een overheidstaak uitvoert en dus een semipubliek orgaan is. Een soortgelijke verticale verhouding bestaat in Nederland als het gaat om zorgverzekeraars bij de uitvoering van de Zorgverzekeringswet. Het UWV is bij de uitvoering van de werknemersverzekeringen eveneens te beschouwen als een verlengstuk van de staat. Ook als de overheid als werkgever optreedt bestaat een verticale verhouding.

In het arbeidsovereenkomstenrecht hebben we te maken met een particuliere werkgever en een werknemer, hetgeen een horizontale verhouding betreft. Hoewel de grondrechten uit het EVRM oorspronkelijk zijn geschreven als afweerrechten tegen de overheid, hebben de grondrechten in de loop van de tijd eveneens in een horizontale verhouding betekenis gekregen. Dit geldt ook voor het recht op privacy (art. 8 EVRM). Op de overheid rust een positieve verplichting tot het treffen van maatregelen om het recht op privacy tussen particulieren onderling te waarborgen. Anders gezegd, de overheid moet er actief voor zorgen dat een particulier niet het recht op privacy van een andere particulier schendt. De toetsing of de overheid aan haar positieve verplichtingen voldoet, is niet heel anders dan in een verticale verhouding. Artikel 8 lid 2 EVRM geeft aan onder welke vooraarden de overheid in een verticale verhouding een inbreuk mag maken op het recht op privacy van een burger. Er moet zijn voldaan aan: (1) wettelijke grondslag, (2) legitiem doel en (3) noodzakelijkheid en proportionaliteit. Deze criteria zijn ook relevant voor de beoordeling of de overheid aan haar positieve verplichting heeft voldaan. De positieve verplichtingen die artikel 8 EVRM op de overheid legt, krijgen op basis van deze criteria inhoud en vorm.

In de uitspraak *Vukota-Bojic* stond het criterium van een wettelijke grondslag centraal. Dit criterium betekent bij zowel een verticale als een horizontale toetsing van artikel 8 EVRM dat de inbreuk op het recht op privacy een grondslag moet hebben in het nationale recht. Het is goed te beseffen dat het hier gaat om een EVRM-begrip. Het kan maar hoeft niet te gaan om een formele wet, in de zin van een wet die door de Staten-Generaal en de regering gezamenlijk tot stand is gebracht. Ook beleidsregels, rechtspraak en gewoonterecht kunnen voldoen (EHRM 26 april 1979, NJ 1980/146 m.nt. Alkema (*Sunday Times t. VK*)). De waarde ligt volgens het Hof in de rechtszekerheid, nader uitgewerkt in de vereisten van kenbaarheid, voorzienbaarheid en een verbod tot willekeur (J. Gerards, *Het EVRM*, Kluwer: Deventer 2011, p. 114-115). Een particulier moet weten onder welke omstandigheden hij een inbreuk op zijn recht op privacy kan verwachten. Waartoe het criterium verplicht, hangt af van het grondrecht en het type inbreuk. Anders gezegd, waar het Hof voor de inbreuk op het recht op privacy in de ene situatie een formele wet vereist, is het in de andere situatie voldoende dat rechters in hun rechtspraak met het grondrecht rekening houden.

Bij de inzet van particuliere rechtechnieken zijn de vereisten van kenbaarheid en voorzienbaarheid door de jaren heen genuanceerd. De uitspraak *Vukota-Bojic* past in deze lijn.

Een particulier hoeft niet van tevoren te worden geïnformeerd over bijvoorbeeld een geheime videosurveillance. Een andere uitleg zou iedere effectiviteit van de surveillance ondermijnen; de particulier kan zijn gedrag dan immers eenvoudig aanpassen. Wel vereist het criterium onverminderd dat de regels voldoende duidelijk moeten zijn om willekeur en een onvoorzienbare uitoefening te voorkomen. Wanneer is hieraan voldaan bij de inzet van geheime videosurveillance? Het Hof achtte in de Duitse zaak *Köpke* uit 2010 voldoende dat de voorwaarden voor de inbreuk op het recht van privacy uit de rechtspraak volgden (EHRM 5 oktober 2010, *EHRC* 2011/29 (*Köpke t. Duitsland*)). In deze zaak werd de inzet van verborgen camera's op de werkplek getoetst aan artikel 8 EVRM. Het door de particuliere werkgever ingeschakelde detectivebureau had een verborgen camera geïnstalleerd nadat een vermoeden van diefstal was ontstaan. De Duitse rechter kwam tot het oordeel dat de camera's waren toegestaan en baseerde zijn oordeel op voorwaarden ontwikkeld in nationale rechtspraak. De inbreuk voldeed volgens het Hof aan het criterium van een wettelijke grondslag. Het Hof voegde hieraan echter toe '*at least at the relevant time*'. Van deze woorden leek een waarschuwing uit te gaan: gezien alle technologische ontwikkelingen zou rechtspraak als wettelijke grondslag op den duur wel eens niet meer voldoende kunnen zijn om de inbreuk op het recht van privacy te rechtvaardigen.

Interessant is de vraag of de waarschuwing uit het arrest *Köpke* met de onderhavige uitspraak is ingelost. In de uitspraak *Vukota-Bojic* ging het namelijk fout op het criterium van een wettelijke grondslag. De verzekeraar rechtvaardigde de geheime videosurveillance met een beroep op een wettelijke bepaling uit het Zwitserse socialezekerheidsrecht. Daarin was bepaald dat wanneer de verzekerde niet aan de verzekeringsvoorwaarden voor het verkrijgen van een uitkering voldeed en weigerde mee te werken aan het verkrijgen van gegevens daaromtrent, de verzekeringsmaatschappij de vrijheid had om op tal van manieren de daarvoor relevante gegevens te achterhalen. Volgens het Hof had de verzekerde op basis van deze zeer ruim geformuleerde wettelijke bepaling niet de inzet van videosurveillance hoeven te verwachten. Zo maakte de wet niet duidelijk onder welke voorwaarden en hoe lang de geheime surveillance kon plaatsvinden, noch was iets geregeld over het opslaan van de gegevens en de toegang daartoe. Dat in de rechtspraak een aantal kwaliteitseisen was vastgelegd, gold als onvoldoende (par. 73-74). Kortom: geheime videosurveillance maakt dusdanig ernstig inbreuk op het recht op privacy dat aan het criterium van een wettelijke grondslag hoge kwaliteitseisen worden gesteld om willekeur en een onvoorzienbare toepassing tegen te gaan.

Anders dan in de zaak *Köpke* achtte het Hof in de zaak *Vukota-Bojic* onvoldoende dat de voorwaarden voor videosurveillance uit de rechtspraak volgden. Is de waarschuwing uit de zaak *Köpke* hiermee nu ingelost? Ik meen van wel. Hoewel de zaak *Köpke* een horizontale

verhouding betrof, overwoog het Hof in hetzelfde arrest: *‘The boundary between the State’s positive and negative obligations under Article 8 does not lend itself to precise definition. In both contexts regard must be had to the fair balance that has to be struck between the competing interests – which may include competing private and public interests or Convention rights.’*

Kortom: de inhoudelijke toets die het Hof uitvoert bij een grondrechteninbreuk die is toe te rekenen aan een particulier is sterk vergelijkbaar met die bij een inbreuk door de staat. Dit geldt temeer nu de onderhavige zaak draait om een private verzekeraar met een publieke taak en de relatie geen puur verticale verhouding betreft. Ik verwacht dan ook dat de strenge benadering uit het arrest *Vukota-Bojic* geldt onafhankelijk van de identiteit van de persoon (overheid of particulier) die de surveillance mogelijk maakt of concreet uitvoert. Dit betekent dat ook in een horizontale verhouding niet langer voldoende is dat de voorwaarden voor de inzet van geheime videosurveillance in de rechtspraak zijn uitgewerkt.

4. Haken en ogen aan de Nederlandse wettelijke grondslag

4.1. Open norm van artikel 7:611 BW

Wat betekent de onderhavige uitspraak voor de Nederlandse arbeidsrechtpraktijk? In Nederland zijn de voorwaarden waaronder werkgevers heimelijk videosurveillance kunnen inzetten in de lagere rechtspraak ontwikkeld op basis van artikel 7:611 BW. Zo moet sprake zijn van een ernstig vermoeden van een misstand, mag de videosurveillance niet te lang duren en alleen gericht zijn op het verkrijgen van informatie over de vermeende misstand. Het gaat in Nederland om een algemene bevoegdheidsgrondslag op basis waarvan rechtspraak tot ontwikkeling is gekomen. Deze wettelijke grondslag komt overeen met de wettelijke grondslag uit de zaak *Köpke* en lijkt op grond van de uitspraak *Vukota-Bojic* niet langer houdbaar.

Toch is een verschil waarneembaar met de casus uit de zaak *Köpke*. In Nederland kennen met name grote organisaties vaak een interne regeling waaruit blijkt onder welke voorwaarden werknemers rekening moeten houden met de inzet van particuliere rechtechnieken. Een dergelijke regeling ontbrak in de zaak *Köpke* (althans daar wordt geen melding van gemaakt). Hoewel een interne regeling opgesteld door de werkgever zelf geen recht is in de zin van artikel 79 Wet RO, kleurt het bestaan van een interne regeling de norm van artikel 7:611 BW. Zoals gezegd heeft het Hof in een verticale verhouding uitgemaakt dat op schrift gestelde ambtelijke beleidsregels kunnen worden gebruikt om de betekenis van de wet te verduidelijken. Het lijkt mij dat in een horizontale verhouding interne regelingen opgesteld door de werkgever een soortgelijke rol kunnen vervullen. Verder geldt dat een interne regeling voor iedere werknemer eenvoudig toegankelijk is en derhalve hoger scoort op de eisen van kenbaarheid en voorzienbaarheid dan de door het Hof als onvoldoende bestempelde regels ontwikkeld in rechtspraak.

Het risico bestaat dat een interne regeling van de werkgever niet voldoet aan de hoge kwaliteitseisen die het Hof aan de wettelijke grondslag stelt. Zoals de uitspraak *Vukota-Bojic* aantoon, vereist het Hof dat de wettelijke grondslag voldoende indicaties geeft van de omstandigheden waaronder een geheime videosurveillance mogelijk is. Anders gezegd, de wettelijke grondslag dient uitdrukking te geven aan een redelijke afweging van belangen. Dit is interessant omdat de belangenafweging (criterium 3) als het ware in het criterium van een wettelijke grondslag wordt geïncorporeerd. Doorgaans stelt het Hof niet dit soort hoge eisen aan de wettelijke grondslag. Bij het gebruik van geheime videosurveillance zijn duidelijke kwaliteitseisen volgens het Hof echter vereist om willekeur tegen te gaan. Vanwege het geheime karakter bestaat het risico dat anders (te) snel een inbreuk op het recht van privacy plaatsvindt (zie EHRM 29 juni 2006, *EHRC* 2007/13 m.nt. Loof (*Weber & Saravia t. Duitsland*)). De hoge kwaliteitseisen zullen doorgaans minder goed gewaarborgd zijn in een reglement van een individuele werkgever dan in een formele wet. Zo is denkbaar dat een werkgever vastlegt dat geheime videosurveillance onder alle omstandigheden mogelijk is en wel voor onbepaalde duur. Dit zal minder snel voorkomen als de regeling met instemming van de ondernemingsraad is vastgelegd. Met betrekking tot de inzet van camera's op de werkplek bestaat hiertoe zelfs een verplichting op grond van de Wet op de ondernemingsraden. Toch blijft ook dan het risico bestaan dat de interne regeling niet in lijn is met aan de hoge kwaliteitseisen die het Hof stelt aan de inzet van geheime surveillance.

4.2. Wet bescherming persoonsgegevens

Verder geldt dat Nederland gebonden is aan de Europese Privacyrichtlijn die is geïmplementeerd in de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp). In de uitspraak *Vukota-Bojic* speelde de Privacyrichtlijn geen rol omdat Zwitserland geen lid is van de Europese Unie. De Privacyrichtlijn en de Nederlandse Wpb hebben betrekking op de verwerking van persoonsgegevens. Hieronder valt het gebruik van geheime videosurveillance binnen de arbeidsrelatie. Het valt op dat de Wbp in rechtspraak vrijwel nooit als toetsingskader wordt gebruikt als het gaat om de vraag of een werkgever gerechtigd was tot particuliere rechtermethoden. Dat bevreemdt. De Wbp omvat voorwaarden voor de opslag van data en de verspreiding daarvan. Verder geeft artikel 8 onderdeel f Wbp aan dat een verwerking van persoonsgegevens is toegestaan als het gerechtvaardigde belang van de verantwoordelijke (of een derde) zwaarder weegt dan het grondrecht op privacy. Hoewel ook de Wbp geen specifieke regels kent voor de inzet van geheime videosurveillance, biedt de Wbp een concreter toetsingskader dan de open norm van het goed werknemer/werkgeverschap van artikel 7:611 BW. Daar komt bij dat de onafhankelijke Europese artikel 29-werkgroep een opinie heeft opgesteld met betrekking tot de uitleg van de Privacyrichtlijn bij de inzet van geheime videosurveillance (Opinion 4/2004 on the Processing of Personal Data by means of

Video Surveillance). De artikel 29-werkgroep besteedt onder meer aandacht aan de procedurele zorgvuldigheidseisen die in acht moeten worden genomen. De aanbevelingen van de artikel 29-werkgroep zijn niet juridisch afdwingbaar, maar kunnen dienen ter invulling van artikel 8 onderdeel f Wbp en via die weg de wettelijke grondslag versterken.

De Wbp wordt vanaf 25 mei 2018 vervangen door de Algemene Verordening Gegevensbescherming (Verordening (EU) 2016/269). Interessant is dat de verordening in een eerdere versie uit 2014 regels kende over de inzet van geheime controletechnieken binnen de arbeidsrelatie (Position of the European Parliament adopted at first reading on 12 March 2014, P7-TC1-COD(2012)0011). Het Europees Parlement stelde voor in het toenmalige artikel 82 lid 1 onderdeel c op te nemen:

‘the processing of employee data without the employees’ knowledge shall not be permitted. Notwithstanding the first sentence, Member States may, by law, provide for the admissibility of this practice, by setting appropriate deadlines for the deletion of data, providing there exists a suspicion based on factual indications that must be documented that the employee has committed a crime or serious dereliction of duty in the employment context, providing also the collection of data is necessary to clarify the matter and providing finally the nature and extent of this data collection are necessary and proportionate to the purpose for which it is intended. The privacy and private lives of employees shall be protected at all times. The investigation shall be carried out by the competent authority.’

De passage maakt duidelijk dat het Europees Parlement relevant achtte dat de lidstaten specifieke wetgeving zouden opstellen voor het gebruik van geheime controletechnieken (het begrip ‘by law’ verwijst in deze context naar formele wetgeving). De Raad kon zich hierin niet vinden om voor mij niet te achterhalen redenen. In de definitieve versie van de Algemene Verordening Gegevensbescherming is de passage dan ook niet terug te vinden. Dat betekent dat vanaf 25 mei 2018 – net als onder de Wbp – de inzet van geheime videosurveillance wordt getoetst op basis van de hiervoor genoemde norm van een gerechtvaardigd belang van de verantwoordelijke of een derde (art. 6 lid 1 onderdeel f Algemene Verordening Gegevensbescherming).

Het is lastig in te schatten of het Hof de Wbp en straks de Algemene Verordening Gegevensbescherming als een voldoende wettelijke basis zal beschouwen voor de inzet van geheime controletechnieken binnen de arbeidsrelatie. Hoewel het Hof ten aanzien van Europees recht enige terughoudendheid betracht, schrijkt het Hof er niet voor terug het Europese recht als onvoldoende in het licht van het EVRM te beschouwen (zie bijv. EHRM 6 november 2012, *EHRC* 2013/29 m.nt. Laagland). Gezien de strenge kwaliteitseisen die het Hof stelt, sluit ik niet uit dat de Wbp en de Algemene Verordening Gegevensbescherming te

weinig concrete voorwaarden behelzen om als wettelijke grondslag te voldoen

5. Een wettelijke grondslag ontbreekt. Wat nu?

Dan de tweede vraag waar het in de zaak *Vukota-Bojic* om ging. Hoe moeten rechters omgaan met onrechtmatig verkregen bewijs? Van onrechtmatig bewijs kan sprake zijn als de werkgever geen gerechtvaardigd belang had voor de geheime inzet van videosurveillance, maar ook – en dat is in het kader van dit artikel interessant – als blijkt dat de huidige Nederlandse wettelijke grondslag de wetmatigheidstoets van het Hof niet doorstaat. Zolang Nederland voor het gebruik van particuliere onderzoeksmethoden op de werkvloer geen concrete wetgeving heeft opgesteld en binnen de organisatie van de werkgever geen kwalitatief voldoende intern beleid bestaat, kunnen werknemers zich beroepen op het ontbreken van een wettelijke grondslag. Stelt de Nederlandse rechter de werknemer daarin gelijk (en de kans is gezien par. 4 aanwezig), dan zijn de gegevens die met de videosurveillance zijn ingewonnen reeds om die reden onrechtmatig. Een oordeel van het Hof voor de Rechten van Mens over de Nederlandse wettelijke grondslag is daarvoor geen vereiste. Nederlandse rechters hebben een plicht te oordelen conform het EVRM. Doen zij dat niet, dan kan een particulier Nederland als verdragsstaat bij het Hof aansprakelijk stellen. Het is om die reden dat Nederlandse rechters anticiperen op rechtspraak van het Hof zoals de uitspraak *Vukota-Bojic*.

Het leerstuk van het onrechtmatig verkregen bewijs stamt uit het procesrecht. Het heeft te maken met het ‘fair trial’- en ‘equality of arms’-beginsel zoals vastgelegd in artikel 6 EVRM. In de zaak *Vukota-Bojic* stelde de verzekerde dat er geen eerlijk proces heeft plaatsgevonden nu het Zwitserse federale hof zijn uitspraak (mede) baseerde op beelden die zijn vervaardigd tijdens de onrechtmatig toegepaste surveillance. Het Hof gaat hier niet in mee. Een partij die naar materiële maatstaven op onrechtmatige wijze bewijs vergaart, wordt daarop niet zonder meer in processuele zin gestraft. Het Hof stelt vast dat artikel 6 EVRM geen regels geeft over de toelaatbaarheid van het bewijs in een gerechtelijke procedure zodat het in beginsel aan het nationale recht en de nationale gerechten is hoe met onrechtmatig verkregen bewijs wordt omgegaan. Echter, het proces moet in het geheel wel als eerlijk te beschouwen zijn. Straatsburg laat de consequentie van onrechtmatige bewijsverkrijging dus niet altijd aan de nationale rechter over. Zo moet het slachtoffer van de schending de mogelijkheid hebben zich tegen het onrechtmatig verkregen bewijs te verweren en kan het onrechtmatig verkregen bewijs niet het enige bewijs zijn waarop de rechter zijn uitspraak baseert. Het Hof bevestigt hiermee zijn eerdere rechtspraak (EHRM 12 mei 2000, *EHRC* 2000/54 m.nt. Spronken (*Khan t. VK*)). Het ging in de zaak *Khan* om het afluisteren van een verdachte in een strafrechtelijke procedure. De uitspraak *Vukota-Bojic* maakt duidelijk dat het Hof eenzelfde benadering voorstaat in een administratieve procedure. Over het onderwerp bewijsuitsluiting in een

civiele procedure heeft het Hof zich nog niet uitgelaten. Gezien de algemeen gehanteerde formuleringen die het Hof gebruikt, ligt eenzelfde benadering voor de hand.

In de uitspraak *Vukota-Bojic* constateert het Hof uiteindelijk dat sprake was van een eerlijk proces nu het Zwitserse federale hof aan zijn uitspraak eveneens tegenstrijdige medische rapporten – die de aanleiding vormden voor de surveillance – ten grondslag had gelegd. Maar hoe zit het als aanvullend bewijs ontbreekt? Betekent de formulering van het Hof dat een rechter in dat geval categorisch tot bewijsuitsluiting moet overgaan? Een bevestigend antwoord lijkt mij te streng en te absoluut. In de hiervoor genoemde strafrechtelijke zaak *Khan* steunde de gehele zaak op de onrechtmatig uitgevoerde telefoontaps. Toch werd het gebruik van een belastend telefoongesprek als bewijs toegelaten nu het om sterk bewijs ging en de onrechtmatigheid ‘slechts’ voortkwam uit het ontbreken van een wettelijke grondslag. Dit doet vermoeden dat het Hof het onderwerp van bewijsuitsluiting niet zozeer beschouwt als een sanctie op de privacyschending maar vooral plaatst in het licht van de betrouwbaarheid van het bewijs (vgl. Schalken in zijn noot in *NJ* 2002/180). Zolang er geen uitlokking dan wel misleiding plaatsvindt en de videosurveillance slechts registreert, lijkt het er vooralsnog op dat artikel 6 EVRM niet snel de bewijskracht ontnemt van onrechtmatig verkregen bewijs.

Nederland loopt op dit punt met Straatsburg in de pas. In Nederland bepaalt artikel 152 Rv dat bewijs door alle middelen kan worden geleverd en dat de waardering van het bewijs aan het oordeel van de rechter is overgelaten, tenzij de wet anders bepaalt. De Hoge Raad oordeelde in 2014 in een verzekeringskwestie dat in beginsel het maatschappelijk belang dat de waarheid aan het licht komt, alsmede het belang dat partijen erbij hebben om hun stellingen in rechte aannemelijk te kunnen maken zwaarder wegen dan het belang van uitsluiting van bewijs. Slechts in het geval van bijkomende omstandigheden is terzijdelegging van onrechtmatig bewijs gerechtvaardigd (HR 18 april 2014, *NJ* 2015/20 m.nt. Mendel & Krans). In verzekeringszaken deinst de Hoge Raad er niet voor terug onrechtmatig bewijs uit te sluiten met verwijzing naar bijkomende omstandigheden. In de hiervoor genoemde zaak uit 2014 werd het onrechtmatig bewijs niet meegenomen omdat de verzekeraar onvoldoende reden had tot het onderzoek en bovendien alternatieve mogelijkheden niet had ingezet. In het arbeidsrecht geldt dezelfde norm als in het verzekeringsrecht (zie HR 11 juli 2014, *AR* 2014-0603). Toch zijn in het arbeidsrecht weinig voorbeelden te vinden waar rechters met een beroep op bijkomende omstandigheden onrechtmatig verkregen bewijs hebben uitgesloten. Voor deze benadering valt iets zeggen. De arbeidsrelatie is gebaseerd op een vertrouwensrelatie. In de meeste uitspraken waar onrechtmatig verkregen bewijs wordt ingebracht, gaat het om een procedure tot beëindiging van de arbeidsrelatie. Denk aan videobeelden waaruit blijkt dat de werknemer gelden uit de kassa heeft onttreft, terwijl de

geheime camera niet geplaatst had mogen worden. Als een rechter de beelden niet als bewijs zou toelaten, kan de werkgever geen beëindiging realiseren en moeten partijen noodgedwongen met elkaar door. In dat opzicht verschilt het arbeidsrecht van het verzekeringsrecht waar het met name om de financiële gevolgen gaat. De benadering in het arbeidsrecht past bij het specifieke karakter van het rechtsgebied en is EVRM-proof zolang de betrouwbaarheid van het bewijs niet ter discussie staat.

Dat onrechtmatig verkregen bewijs in het arbeidsrecht vrijwel nooit wordt uitgesloten betekent niet dat op de privacyschending geen sanctie staat. Uit de lagere rechtspraak na 1 juli 2015 blijkt dat het onrechtmatig verkrijgen van bewijs leidt tot een (hogere) billijke vergoeding (zie Hof Den Haag 13 december 2016, AR 2016-1448). Deze benadering is goed te begrijpen als de werkgever zelf de grenzen van het recht op privacy heeft overschreden. Zo had de werkgever in de zaak die leidde tot het arrest van het Hof Den Haag naast de Dropbox-app (vermoed werd dat werknemer hierin vertrouwelijke stukken had opgeslagen) ook sms-berichten van de werknemer op haar telefoon bekeken. Het moeten betalen van een billijke vergoeding valt minder goed te begrijpen als de onrechtmatigheid enkel het gevolg is van het feit dat Nederland geen concrete arbeidsrechtelijke wetgeving kent over de inzet van geheime controlemiddelen. De werkgever rest dan één mogelijkheid: de stap naar het Hof (nadat alle nationale rechtsmiddelen zijn uitgeput) en Nederland aansprakelijk stellen voor het niet voldoen aan de positieve verplichting die voortvloeit uit artikel 8 EVRM.

6. Tot slot

De uitspraak *Vukota-Bojic* biedt stof tot nadenken. De uitspraak geeft inzicht in de wijze waarop het Hof aankijkt tegen de inzet van particuliere researchmethoden in het licht van artikel 8 EVRM. De hoge kwaliteitseisen die het Hof stelt aan de wettelijke grondslag doen vermoeden dat in het Nederlandse arbeidsrecht niet steeds aan deze norm is voldaan. Ik verwacht dat een werkgever sterk staat met een duidelijk intern beleid dat is opgesteld in overleg met de ondernemingsraad. Het wordt anders als dergelijk beleid ontbreekt of niet voldoet aan de gestelde hoge kwaliteitseisen. Dat laatste is het geval als niet (conform de eisen van noodzakelijkheid en proportionaliteit) is geregeld onder welke voorwaarden, hoe lang en op welke wijze de geheime surveillance kan plaatsvinden. Het ontbreken van een wettelijke grondslag heeft tot gevolg dat de informatie die met de geheime videosurveillance wordt verkregen per definitie onrechtmatig is. Hoewel het bewijs in een gerechtelijke procedure doorgaans wordt toegestaan, draait de werkgever financieel voor de consequenties op. Naar mijn mening behoeft het onderwerp 'privacy in de arbeidsrelatie' daarom zo snel mogelijk een duidelijke regeling in titel 10 Boek 7 BW. Dit geldt mijns inziens niet alleen voor geheime videosurveillance maar ook voor de inzet van andere particuliere researchtechnieken zoals het aftappen van telefoons of andere vormen van volgen of controleren waarvan de

betrokkene zich niet bewust is (zie o.a. EHRM 29 juni 2006, *EHRC* 2007/13 m.nt. Loof (*Weber & Saravia t. Duitsland*)). Dat is in mijn optiek de duidelijke boodschap uit het arrest *Vukota-Bojic*.