

Nieuwsbrief AR Updates - Nummer 19, 2018

Nummer 19, 2018

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

Hoge Raad

Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2018:678 04-05-2018

Federatie Nederlandse Vakbeweging/werkgeefster

Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2018:687 04-05-2018

werkgeefster/werknemer

Hof

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2018:1935 03-05-2018

werknemer/werkgever

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2018:4080 01-05-2018

werkneemster/PDX Services B.V.

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2018:1473 01-05-2018

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

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2018:1393 24-04-2018

werknemer/BK Corporate International B.V.

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2018:1477 24-04-2018

werknemer/AEG Power Solutions B.V.

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2018:1397 24-04-2018

werkneemster/Anjer Schoonmaak- en Bedrijfsdiensten B.V.

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2018:4162 28-03-2018

werknemer/Vereniging tot behoud van Natuurmonumenten in Nederland

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2018:1026 27-03-2018

werknemer/TomTom Telematics Sales B.V.

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2018:1023 27-03-2018

werknemer/GVB Exploitatie B.V.

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2017:18 03-01-2017

X Transport/FNV

Rechtbank

Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2018:4266 03-05-2018

werknemer c.s./RAH Wonen B.V.

Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2018:1871 30-04-2018

Mitel Netherlands B.V./werknemer

Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2018:3490 26-04-2018

Van Iperen B.V./werknemer

Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2018:4084 26-04-2018

werknemer/werkgever

Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2018:2030 26-04-2018

Ricoh Nederland B.V. c.s./Canon Nederland B.V.

Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2018:3440 25-04-2018

werkneemster/Blinck Schoon B.V.

Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2018:3261 25-04-2018

Geerts Metaalwaren B.V./werknemer

Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2018:1888 25-04-2018

werknemer/EBN B.V.

Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2018:1864 25-04-2018

werknemer/werkgeefster

Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2018:3469 24-04-2018

werkneemster/Sisun B.V.

Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2018:2801 24-04-2018

werknemer/Hewlett-Packard Nederland B.V.

Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2018:3655 23-04-2018

Verpakkingsindustrie Velsen B.V./werknemer

Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2018:3503 23-04-2018

werknemer/Lacta Fides Health Care B.V.

Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2018:3121 20-04-2018

werkneemster/werkgeefster

Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2018:3440 19-04-2018

werkgever/werknemer

Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2018:2223 10-04-2018

verzoekster/Healthy Entrepreneurs B.V. c.s.

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2018:3011](#) 14-03-2018

werknemer/maatschap MB c.s.

Centrale Raad van Beroep

[Centrale Raad van Beroep, ECLI:NL:CRVB:2018:1275](#) 25-04-2018

[Centrale Raad van Beroep, ECLI:NL:CRVB:2018:1274](#) 25-04-2018

Annotatie

[Bewijzen in de ontbindingsprocedure](#)

prof. mr. dr. F.G. Laagland

Annotatie

[Bewijzen in de ontbindingsprocedure](#)

prof. mr. dr. F.G. Laagland

RECHTSPRAAK

X Transport/FNV

Uitleg nachtrit artikel 37 CAO Beroepsgoederenvervoer over de weg en verhuur van mobiele kranen: ook uren voor 00.00 uur komen voor nachtrittoeslag in aanmerking.

Feiten

(Cassatieberoep van AR 2017-0074) X Transport oefent een transportonderneming uit en is lid van de Vereniging Transport en Logistiek Nederland (TLN). X Transport heeft met FNV Bondgenoten reeds jarenlang cao's voor het Beroepsgoederenvervoer over de weg en de verhuur van mobiele kranen (hierna: de cao) afgesloten. Er is een geschil over de uitleg van de nachtwerkvergoeding. FNV vordert veroordeling van X Transport haar chauffeurs over de uren gelegen tussen 20:00 en 04:00 uur (daaropvolgend) een nachttoeslag te betalen wanneer zij in de uren gelegen tussen 20:00 en 04:00 uur (daaropvolgend) werkzaamheden verrichten, ongeacht of hun dienst (ook) loopt tussen 0:00 en 06:00 uur. FNV Bondgenoten legt aan haar vordering ten grondslag dat X Transport ten onrechte geen 'nachttoeslag' betaalt aan werknemers die ten behoeve van een (niet-meerdaagse) nachtrit na 20:00 uur, maar voor 00:00 uur werkzaamheden hebben verricht. Dit is – aldus FNV – in strijd met artikel 37 cao 2012/2014, welk artikel bepaalt dat voor alle diensturen gelegen tussen 20:00 en 04:00 uur een vergoeding wordt toegekend. X Transport heeft het volgende verweer gevoerd. Zij stelt dat een puur grammaticale uitleg van artikel 37 cao te beperkt is. Zij meent dat onder een nachtrit in de zin van artikel 37 Cao 2012/2014 moet worden verstaan een rit tussen 00:00 uur en 04:00 uur, omdat onder het begrip 'nachtrit' niet werkzaamheden tussen 20:00 en 00:00 uur kunnen worden verstaan. De nacht begint volgens X Transport om 00:00 uur en de werkzaamheden gedurende de uren tussen 20:00 en 00:00 uur dienen volgens haar te worden aangemerkt als avonddienst. De Cao 2012/2014 geeft weliswaar geen definitie van 'nachtrit', doch X Transport stelt dat moet worden aangesloten bij artikel 1:7 lid 1 onderdeel d Arbeidstijdenwet waarin onder het begrip 'nachtdienst' wordt verstaan een dienst waarin meer dan één uur arbeid wordt verricht tussen 00:00 en 06:00 uur. Het hof heeft FNV in het gelijk gesteld.

Oordeel

De Hoge Raad oordeelt als volgt.

Nachtrit omvat ook periode voor 00.00 uur

Het hof heeft een juiste uitleg gegeven aan artikel 37 CAO. Uit de bewoordingen van die bepaling volgt dat werkzaamheden vallend tussen 20.00 en 04.00 uur voor een toeslag in aanmerking komen. De voorwaarde die X Transport stelt, namelijk dat van een nachtrit pas sprake is als een ééndaagse rit ten minste deels na 00.00 uur plaatsvindt, vindt geen steun in de bewoordingen van de cao en leidt tot onaannemelijke rechtsgevolgen (zie over dit laatste de conclusie van de advocaat-generaal onder 3.3 en 3.4). De door X Transport genoemde omstandigheid dat artikel 37 CAO spreekt van een ‘nachtrit’ en dat een rit die vóór 00.00 uur eindigt volgens het spraakgebruik een ‘avondrit’ is, weegt onvoldoende zwaar om tot een ander oordeel te komen.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 03-01-2017

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2017:18

Zaaknummer: 17/01687

Rechters: A.H.T. Heisterkamp, M.J. Kroeze, C.E. du Perron, C.H. Sieburgh en H.M. Wattendorff

Advocaten: R.A.A. Duk en S.F. Sagel

Wetsartikelen: 37 CAO Beroepsgoederenvervoer over de weg en verhuur van mobiele kranen

RECHTSPRAAK

werknemer c.s./RAH Wonen B.V.

Werknemers hebben recht op een vergoeding gerelateerd aan de fiscale bijtelling wegens ingenomen bedrijfsauto.

Feiten

Twee werknemers zijn op 15 november 2017 in dienst getreden bij RAH Wonen B.V. (hierna: RAH). Werknemer A in de functie van operationeel manager; werknemer B in de functie van commercieel manager. De arbeidsovereenkomst is ten aanzien van beide werknemers aangegaan voor de duur van een jaar, een arbeidsduur van 40 uur per week en een brutosalaris van € 2.800. In februari 2018 hebben beide werknemers zich arbeidsongeschikt gemeld. In dit kader heeft een bedrijfsarts de arbeidsongeschiktheid van beide werknemers vastgesteld en mediation geadviseerd. Op 24 februari 2018 heeft RAH de aan werknemers ter beschikking gestelde bedrijfswagens laten ophalen. Werknemers vorderen thans in een kortgedingprocedure achterstallig loon vanaf 15 november 2017 tot 10 april 2018 en RAH te veroordelen tot het betalen van (1) overeengekomen loon ad € 2.000 netto, (2) een bedrag van € 5.550 als bonus over het eerste kwartaal en (3) een bedrag van € 750 als compensatie voor de ingenomen auto.

Oordeel

Loonvordering en loondoorbetaling tijdens ziekte

Hoewel schriftelijk in de arbeidsovereenkomst van werknemers is vastgelegd dat zij beiden recht hebben op een bruto maandsalaris van € 2.800, stellen werknemers dat zij mondeling met RAH hebben afgesproken dat zij – in ruil voor (het afstand doen van) hun pensioenaanspraken – een nettoloon van € 2.000 per maand zouden ontvangen. Deze afspraak is volgens werknemers gemaakt tijdens een gesprek dat zou zijn opgenomen door een geluidsrecorder. De geluidsopname zelf is niet in het geding gebracht, maar slechts een transcript daarvan. Nu uit het transcript niet is gebleken wat partijen exact over de nettoloonbetaling hebben afgesproken, kan de kantonrechter niet vaststellen welke conclusie partijen daaraan hebben verbonden. Hier komt bij dat uit het transcript volgt dat partijen

hebben gedebatteerd over de bedrijfsauto en fiscale bijtelling, waarbij aangenomen moet worden dat de hoogte van de bijtelling invloed kan hebben op het nettoloon. Daarnaast zijn partijen verdeeld over de hoogte van het loon tijdens ziekte. Werknemers voeren aan dat RAH heeft toegezegd het loon voor 100% door te betalen en dat matiging tot 70% alleen zou volgen ingeval sprake is van onwelwillendheid bij de werknemer om terug te keren op het werk. RAH betwist de stelling en wijst in dit verband op de onderliggende arbeidsovereenkomst, waarin is vastgelegd dat werknemers vanaf de eerste ziektedag 70% aan loon ontvangen. Nu vaststaat dat RAH voldoet aan haar verplichting om 70% van € 2.800 bruto te betalen – en niet aannemelijk is geworden dat zij daarmee zal stoppen – wordt de gevorderde loonbetaling afgewezen.

Bonus

Op grond van de arbeidsovereenkomst hebben werknemers recht op een bonus van 0,375% over de bruto-omzet met een maximum van € 5.550 netto. Het ligt op de weg van werknemers om aannemelijk te maken dat zij een zodanige omzet hebben behaald. Enig bewijsstuk met betrekking tot de gestelde omzet ontbreekt. De kantonrechter ziet derhalve geen aanleiding RAH te veroordelen tot betaling van (een voorschot van) de bonus.

Bedrijfsauto

Tot slot vorderen werknemers ter compensatie van de ingenomen bedrijfsauto een maandelijks bedrag van € 750 bruto. RAH stelt dat privégebruik van de bedrijfsauto was toegestaan en verwijst daarbij naar een autoreglement. Nu een dergelijk reglement niet in het geding is gebracht, gaat de kantonrechter ervan uit dat de ter beschikking gestelde bedrijfsauto als vaste looncomponent heeft te gelden. De door werknemers gevorderde vergoeding wordt toegewezen.

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 03-05-2018

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2018:4266

Zaaknummer: 6789752 \ CV EXPL 18-1978

Rechters: R.A.J. van Leeuwen

Advocaten: A. Schmidt en L. Charrouda

RECHTSPRAAK

Mitel Netherlands B.V./werknemer

Ontbinding e-grond: werknemer overtreedt gedragscode door – zonder toestemming – zakenpartner van werkgever (extra) korting te geven en heeft daarover geen openheid van zaken gegeven.

Feiten

Werknemer is sinds 1 mei 2006 in dienst van (de rechtsvoorganger van) Mitel Netherlands B.V., laatstelijk als Territory Channel Account Manager (hierna: CAM). In die functie is hij verantwoordelijk voor de communicatie met en het behartigen van de belangen van een cliënt van Mitel, te weten: Zetacom B.V. (hierna: Zetacom). Mitel handhaaft een zogeheten 'Authorization Level Policy' (hierna: ALP), waarin (kort gezegd) is opgenomen dat het aangaan van elke financiële verplichting op een passend niveau wordt beoordeeld en geen verplichtingen mogen worden aangegaan, voordat daarvoor een machtig is verleend. Verder geldt binnen Mitel een Code of Business Conduct-richtlijn (hierna: CBC), waarin onder meer staat vermeld dat medewerkers altijd om advies moeten vragen wanneer zij niet zeker zijn van hun zaak. In 2013/2014 hebben Mitel en Zetacom gezamenlijk een opdracht uitgevoerd, waarbij problemen zijn opgetreden. Deze problemen zijn uiteindelijk opgelost door middel van het verlenen van kortingen tot een bedrag van € 120.000 aan Zetacom. In augustus 2017 heeft werknemer, zonder daarvoor toestemming te hebben gekregen, Zetacom een extra korting gegeven van respectievelijk € 75.000 en € 70.000. Op 4 oktober 2017 heeft werknemer dit aan zijn leidinggevend medegedeeld. Daaropvolgend is werknemer geschorst. Mitel verzoekt thans ontbinding op de e-grond, vordert schadevergoeding uit hoofde van artikel 7:661 BW. Werknemer verzoekt een transitievergoeding.

Oordeel

Ontbinding e-grond

In de eerste plaats wordt geoordeeld dat werknemer de CBC en de ALP heeft overtreden door de inhoud van de met Zetacom gevoerde gesprekken, waarin onder andere prijsafspraken zijn gemaakt en korting is gegeven, bewust niet met zijn leidinggevend te delen. Vast is komen

te staan dat Mitel pas in oktober 2017 bekend is geworden met de extra kortingen, terwijl werknemer op 26 juni 2017 reeds aan zijn leidinggevenden heeft laten weten dat hij met Zetacom 'aan het schakelen' was. Het had op de weg van werknemer gelegen om op dat moment volledige openheid van zaken te geven.

De tweede vraag is of werknemer bevoegd was aan Zetacom extra korting te geven. Deze vraag wordt ontkennend beantwoord. In het onderhavige geval is namelijk komen vast te staan dat werknemer geen toestemming van zijn leidinggevenden heeft gekregen om de korting te verlenen. De door werknemer aan Zetacom verleende (extra) korting, is derhalve niet gebaseerd op een daartoe strekkende bevoegdheid. De stelling van werknemer dat hij altijd goedkeurig kreeg als hij daarom vroeg, leidt niet tot een ander oordeel. Bovendien is op basis van de in het verleden gekregen toestemmingen evenmin gebleken dat werknemer zelfstandig (extra) kortingen mocht verlenen. Verder oordeelt de kantonrechter dat werknemer (enerzijds) onvoldoende duidelijk heeft gemaakt waarom hij Zetacom in haar stellingen ter zake van de verleende korting heeft gevolgd zonder enige vorm van consultatie, afstemming of goedkeuring binnen zijn eigen bedrijf, terwijl (anderzijds) de aard van de onderhavige situatie juist meer dan ooit noopte tot het vragen van goedkeuring en afstemming. Met inachtneming van de hiervoor beschreven feiten en omstandigheden oordeelt de kantonrechter dan ook dat het ontbindingsverzoek op de e-grond wordt ingewilligd. Het einde van de arbeidsovereenkomst wordt bepaald op 31 mei 2018 (art. 7:671b lid 8 onderdeel a BW).

Werknemersaansprakelijkheid ex artikel 7:661 BW

Onder verwijzing naar het bepaalde in artikel 7:661 BW is de kantonrechter van oordeel dat de door Mitel geleden schade niet het gevolg is van opzet, in de zin van een vooropgezet plan om Mitel schade te berokkenen, dan wel van bewust roekeloos handelen van werknemer. Onvoldoende is komen vast te staan dat werknemer zich onmiddellijk voorafgaand aan het doen van de toezeggingen daadwerkelijk bewust was van het feit dat die toezeggingen tot schade aan de zijde van Mitel zou kunnen leiden. Aangenomen wordt dat werknemer de gevolgen van zijn toezegging pas later is gaan realiseren. De door Mitel gevorderde schadevergoeding wordt derhalve afgewezen.

Transitievergoeding

Hoewel in het onderhavige geval sprake is van verwijtbaar handelen aan de zijde van werknemer, oordeelt de kantonrechter dat van ernstig verwijtbaar handelen niet kan worden gesproken. Dit brengt met zich dat werknemer aanspraak maakt op een transitievergoeding ten bedrage van € 88.892.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 30-04-2018

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2018:1871

Zaaknummer: 6559820 UE VERZ 18-4 mc/936

Rechters: J.J.M. De Laat

Advocaten: P. Caris en M.A. Huisman

Wetsartikelen: 7:661 BW, 7:669 lid 1 BW, 7:669 lid 3 onderdeel e BW, 7:671b lid 1 onderdeel a BW en 7:671b lid 8 onderdeel a

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgever

Verrekening van te veel genoten vakantiedagen met loon is in strijd met artikel 7:632 BW.

Feiten

Werknemer is op 4 september 2014 in dienst getreden bij X B.V. (hierna: X) voor de duur van een jaar. Op 5 september 2015 is de arbeidsovereenkomst opnieuw verlengd, ditmaal voor de duur van vijf maanden. X heeft geen eindafrekening gemaakt. Op 5 februari 2017 is werknemer een arbeidsovereenkomst met Y B.V. (hierna: Y) aangegaan voor de duur van een jaar, welke overeenkomst is ondertekend door X. Na 5 februari 2017 is in de werkomstandigheden voor werknemers niets veranderd: hij is en blijft chauffeur van dezelfde vrachtwagen, meldt zich op dezelfde locatie en heeft dezelfde collega's en werktijden. Daarnaast wordt X, ook na 5 februari 2017, als werkgever vermeld in de salarisstroken van werknemer. Op 22 januari 2018 heeft werknemer zich ziek gemeld. Over deze maand heeft werknemer een salaris ontvangen van € 1.246,60 bruto, terwijl zijn volle salaris € 2.732,00 bruto bedraagt. Over de maand februari heeft werknemer slechts 70% van zijn loon ontvangen, terwijl werknemer van mening is dat uit artikel 16 van de cao Beroepsgoederenvervoer volgt dat hij recht heeft op 100% loon. Werknemer vordert thans het resterende deel van het ontvangen loon over de voornoemde maanden.

Oordeel

Omzetting onbepaaldetijdscontract

De kantonrechter oordeelt dat vast is komen te staan dat de bedrijfsnaam van Y B.V. gelijk is aan de naam van X, althans dat deze wordt bestuurd door dezelfde personen en er feitelijk geen verschillen tussen hen bestaan – zeker met betrekking tot het werk en de aansturing van werknemer in kwestie. Door de opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, in combinatie met het verstrijken van een periode van twee jaren, is inmiddels van rechtswege een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ontstaan. De stelling van X dat over een onbepaaldetijdscontract geen discussie bestaat omdat deze ter ondertekening op het kantoor

van X klaarligt, is in het licht van het voorgaande niet relevant.

Loon

Over de maand januari 2018 heeft X aan werknemer slechts een deel van het door haar verschuldigde loon betaald. X voert in dit verband aan dat de reden hiervoor is gelegen in het feit dat werknemer in 2017 te veel vakantiedagen heeft opgenomen. Deze zijn verrekend met het loon over januari 2018. De kantonrechter is van oordeel dat dit niet is toegestaan, omdat artikel 7:632 BW limitatief regelt in welke gevallen een werkgever een vordering op de werknemer met het verschuldigde loon mag verrekenen. Over de maand februari 2018 heeft X aan werknemer slechts 70% van het loon betaald, omdat laatstgenoemde wegens arbeidsongeschiktheid is uitgevallen. Als onweersproken is echter komen vast te staan dat de cao Beroepsgoederenvervoer op de tussen partijen geldende rechtsverhouding van toepassing is. Ingevolge artikel 16 van de cao heeft werknemer gedurende de arbeidsongeschiktheid recht op 100% van het overeengekomen loon. De vorderingen van werknemer worden dan ook toegewezen.

Wettelijke verhoging

Naar het oordeel van de kantonrechter is het loon niet tijdig aan werknemer uitgekeerd en is zulks aan de werkgever toe te rekenen. X had, als professionele partij, moeten weten dat zij niet zonder meer te veel opgenomen vakantiedagen met het loon mocht verrekenen en tijdens arbeidsongeschiktheid 100% van het laatstgenoten salaris diende uit te keren. Ook de gevorderde wettelijke verhoging ex artikel 7:625 BW wordt daarom aan werknemer toegewezen.

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 26-04-2018

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2018:4084

Zaaknummer: 6765171 CV EXPL 18-1772

Rechters: A.H.M.J.F. Piëtte

Advocaten: A.M.T. Snijders

Wetsartikelen: 7:625 BW, 7:632 BW en 16 cao Beroepsgoederenvervoer

RECHTSPRAAK

Ricoh Nederland B.V. c.s./Canon Nederland B.V.

Geen overgang van onderneming, maar contractwissel waarbij nieuwe ondernemer de activiteit voortzet zonder tot overname van personeel verplicht te zijn.

Feiten

Werknemers A en B zijn respectievelijk op 1 augustus 1985 en 1 april 2007 in dienst getreden bij Ricoh Nederland B.V. (hierna: Ricoh), een onderneming die zich bezighoudt met het leveren van producten en diensten op het gebied van Informatie Technologie (IT) en documentmanagement. Ricoh heeft sinds 1 oktober 2006, op basis van een aanbesteding, werkzaamheden voor de RAI in Amsterdam verricht. In het kader van deze aanbesteding heeft werknemer B vanaf 1 oktober 2006 en werknemer A vanaf 5 december 2011 werkzaamheden bij de RAI verricht. De opdrachtovereenkomst tussen Ricoh en de RAI is op 31 december 2016 geëindigd. De daaropvolgende aanbesteding is gegund aan Canon Nederland B.V. (hierna: Canon), een organisatie die zich kenmerkt als toonaangevende leverancier op het gebied van Digital Imaging en IT. Op 22 december 2016 is Canon door Ricoh benaderd met de vraag of zij openstond voor het overnemen van werknemers in kwestie. Canon heeft laten weten daartoe niet bereid te zijn. Om deze reden verzoekt Ricoh de kantonrechter voor recht te verklaren dat sprake is van een overgang van onderneming ex artikel 7:662 e.v. BW, waarbij alle rechten en plichten uit hoofde van de arbeidsovereenkomsten van Ricoh met werknemers op Canon zijn overgegaan. Beide werknemers vorderen tewerkstelling.

Oordeel

De kantonrechter oordeelt – onder verwijzing naar de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (in het bijzonder: het Spijkers/Benedik-arrest en het Süzen/Zehnacker-arrest) – als volgt. Canon heeft de activiteiten geïntegreerd en ondergebracht in een andere ruimte dan die waarin de backofficewerkzaamheden door de werknemers van Ricoh werden verricht. Daarnaast is gebleken dat frontofficewerkzaamheden een substantieel onderdeel zijn van de activiteiten die bij de aanbesteding aan Canon zijn gegund. Verder is enerzijds komen vast te staan dat de werknemers van Ricoh louter backofficewerkzaamheden bij de RAI

verrichten, waaronder (onder meer) wordt verstaan: verzorgen van koeriersdiensten; repro-opdrachten coördineren en uitvoeren, én waardepapieren (parkeerkaarten en toegangsbewijzen) verwerken en beheren. Anderzijds is gebleken dat Canon geen koeriersdiensten meer verricht, repro-opdrachten op een externe locatie uitvoert en met andere verwerkingssystemen werkt.

Arbeidsintensief of kapitaalintensief karakter

Canon bepleit dat de activiteiten zoals die werden verricht door Ricoh moeten worden aangemerkt als arbeidsintensief, omdat arbeidskracht de voornaamste factor in de onderneming vormt en dat reeds geen sprake is van behoud van identiteit, omdat zij geen werknemers heeft overgenomen. Ricoh beroept zich daarentegen op het Sodexho-arrest (ECLI:EU:C:2003:629) en voert aan dat in het onderhavige geval 'heel wat uitrusting' nodig is voor het verrichten van de werkzaamheden. Niet alleen menskracht is nodig, maar ook activa (zoals een locatie, waardepapieren, post en pallets, enz.). De RAI heeft deze activa voor een groot deel ter beschikking gesteld. Volgens Ricoh is dan ook sprake van een kapitaalintensief karakter van de onderneming, zodat geconcludeerd moet worden tot behoud van identiteit. Naar het oordeel van de kantonrechter is het niet zo dat arbeidskracht de voornaamste factor is van de activiteiten en dat Ricoh terecht heeft aangevoerd dat de activa niet een verwaarloosbare rol mogen spelen.

Tegelijkertijd wordt geoordeeld dat Ricoh niet in haar stelling kan worden gevolgd, omdat de waardepapieren, brieven en postpakketten en overige stukken die voorwerp zijn van de verrichte activiteiten in de RAI geen middelen zijn waarmee de werkzaamheden worden verricht, in de zin waarin in het Sodexho-arrest de keukenuitrusting die nodig is voor het bereiden van de maaltijden is aangemerkt. Het gaat in het onderhavige geval namelijk niet om goederen 'waarmee', maar om goederen 'waaraan' de werkzaamheden worden uitgevoerd (en dus die onderwerp van de werkzaamheden zijn).

Contractwissel

Volgens de kantonrechter is sprake van een contractwissel. Hierbij is het volgende van belang: (1) de aard van de onderneming en de activiteiten vóór en ná de overgang zijn voor een belangrijk deel hetzelfde gebleven, (2) er is geen klantenkring overgedragen aan Canon, (3) er is geen onderbreking van activiteiten geweest, (4) de voor de backoffice-activiteiten vereiste materiële activa zijn niet overgedragen. Verder wordt geoordeeld dat toegang tot de ruimtes en de data van de RAI niet als een actief van de onderneming kan worden aangemerkt. Voorts merkt de kantonrechter op dat uit de rechtspraak van het Hof van Justitie volgt dat het bij een contractwissel onder omstandigheden mogelijk is dat de nieuwe ondernemer de activiteit

voortzet zonder verplicht te zijn de betrokken werknemers over te nemen.

Conclusie

Met inachtneming van het vorenstaande en de omstandigheid dat Canon geen werknemers heeft overgenomen, oordeelt de kantonrechter dat de vorderingen van Ricoh c.s. worden afgewezen. Aan de door de RAI ter beschikking gestelde goederen komt weinig gewicht toe. De aard van de onderneming en de activiteiten zijn – waar het de backoffice betreft – voor een belangrijk deel gelijk gebleven, maar een economische eenheid kan niet worden gereduceerd tot de activiteit waarmee zij is belast. Het adagium ‘werknemer volgt werker’ prevaleert niet in alle omstandigheden. Er is derhalve geen sprake van een overgang van onderneming als bedoeld in de wet en de richtlijn.

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 26-04-2018

ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2018:2030

Zaaknummer: 6422098 CV EXPL 17-7866

Rechters: J.H. Wiggers

Advocaten: A. Noest en M.J.M.T. Keulaerds

Wetsartikelen: 7:662 BW

RECHTSPRAAK

Zelfstandige voldoet niet aan informatieplicht, WW-uitkering terecht herzien en teruggevorderd en boete terecht opgelegd.

Appellant is sinds 19 februari 2008 werkzaam bij een bedrijf (hierna: 'werkgever 1'), deels als werknemer en deels als zelfstandige. Daarnaast is appellant werkzaam bij een ander bedrijf (hierna: 'werkgever 2') op basis van een arbeidsovereenkomst van 30 uren per week. Op 31 maart 2012 is de arbeidsovereenkomst met werkgever 1 beëindigd. In verband met dit arbeidsurenverlies vraagt appellant op 6 april 2012 een WW-uitkering aan, die wordt toegekend op basis van het aantal uren dat appellant gemiddeld per week als werknemer bij werkgever 1 werkte (8 uur per week). Verder is bij de toekenning van de WW-uitkering vermeld dat appellant gemiddeld 12 uur per week als zelfstandige heeft gewerkt en dat er geen gevolgen voor de WW-uitkering zouden zijn indien appellant dit aantal uren (of minder) als zelfstandige zou blijven werken. Bij een controle blijkt dat appellant niet juist had doorgegeven hoeveel uren hij per week voor werkgever 2 had gewerkt, waarop de WW-uitkering van appellant is herzien en de onterecht betaalde uitkering is teruggevorderd. Tevens heeft UWV appellant een boete opgelegd. Het bezwaar en beroep tegen deze besluiten zijn ongegrond verklaard (dan wel is appellant niet-ontvankelijk verklaard).

De Centrale Raad van Beroep oordeelt als volgt. Appellant heeft in hoger beroep aangevoerd dat hij per vergissing geen melding heeft gemaakt van de uren in week 49 van het jaar 2013. Hij heeft die week iets meer gewerkt dan de toegestane 12 uren en heeft er niet bij nagedacht dit aan UWV te melden. Appellant is akkoord gegaan met het feit dat hij zijn uitkering moet terugbetalen, maar niet met het feit dat zijn vrij te laten uren voor de verdere periode vervallen. De Raad is met de rechtbank van oordeel dat het appellant redelijkerwijs duidelijk had moeten zijn dat die overuren in week 49 van invloed konden zijn op zijn uitkering en dat hij ze daarom moest melden. Voor zover bij appellant sprake was van een misverstand over deze extra uren is dit vanaf week 49 aan appellants eigen nalatigheid te wijten. Dat aan appellant zou zijn meegedeeld dat hij 15 uren per week extra mocht werken zonder daarvan melding te maken, acht de rechtbank niet aannemelijk. Uit de registratie bij UWV van verschillende contactmomenten tussen appellant en het werkbedrijf is namelijk niet van dergelijke mededelingen gebleken. Het hoger beroep faalt.

Instantie: Centrale Raad van Beroep

Datum uitspraak: 25-04-2018

ECLI: ECLI:NL:CRVB:2018:1275

Zaaknummer: 16/5788 WW

Rechters: C.C.W. Lange, H.G. Rottier en A.I. van der Kris

Wetsartikelen: 8 WW

RECHTSPRAAK

Geen privaatrechtelijke dienstbetrekking; terechte herziening en terugvordering uitkeringen.

Appellant vraagt in 2012 een faillissementsuitkering bij UWV aan. UWV kent deze uitkering aan appellant toe. Met ingang van 12 juni 2012 brengt UWV appellant in aanmerking voor een ZW-uitkering. Deze uitkering wordt per 9 juni 2014 beëindigd omdat appellant 104 weken ziek is. Aansluitend wordt appellant in aanmerking gebracht voor een WIA-uitkering. Naar aanleiding van een onderzoek naar gefailleerde werkgevers stelt UWV vast dat appellant niet werkzaam is geweest in een privaatrechtelijke dienstbetrekking, zodat hij niet verzekerd was voor de werknemersverzekeringen. UWV trekt de WIA-uitkering in en vordert de onverschuldigd betaalde WW-, ZW- en WIA-uitkeringen terug. Het bezwaar en beroep tegen deze besluiten worden ongegrond verklaard.

De Centrale Raad van Beroep oordeelt als volgt. De rechtbank heeft van belang geacht dat uit het telefoonnummer van de bv waar appellant werkzaam zou zijn geweest bij een ander bedrijf in gebruik was, dat het pand waar die bv gevestigd zou zijn dicht bleek te zijn en dat er geen activiteiten werden uitgevoerd. Uit gegevens van de Belastingdienst is voorts gebleken dat er geen omzetten werden aangegeven en er geen activiteiten bekend waren. Naar het oordeel van de Raad heeft de rechtbank terecht geoordeeld dat het onderzoeksrapport voldoende basis biedt voor de conclusie dat appellant niet in dienstbetrekking heeft gestaan en derhalve niet verzekerd was. De omstandigheid dat in hoger beroep is gebleken dat de bv in 2011 wel omzet heeft gegenereerd, doet niet af aan het feit dat UWV voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat tussen appellant en de bv geen dienstbetrekking heeft bestaan. Appellant heeft weliswaar bij de aanvraag een document met daarop de titel 'arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd' overgelegd, maar gebleken is dat de gang van zaken over de totstandkoming van de 'arbeidsovereenkomst' veel vraagtekens heeft doen rijzen. Het hoger beroep faalt.

Instantie: Centrale Raad van Beroep

Datum uitspraak: 25-04-2018

ECLI: ECLI:NL:CRVB:2018:1274

Zaaknummer: 16/4144 WIA

Rechters: C.C.W. Lange, H.G. Rottier en A.I. van der Kris

Advocaten: M. Ras en W.F. Wienen

Wetsartikelen: 3 WW, 3 Zw, 8 WIA en 7:61o BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Lacta Fides Health Care B.V.

Verzoek om aanzegvergoeding en loonbetalingsvordering hangen zodanig samen met niet vastgestelde omvang van de arbeidsovereenkomst, dat beide niet kunnen worden toegewezen.

Feiten

Werkneemster is met ingang van 1 juni 2017 voor zes maanden in dienst getreden bij Lacta Fides Health Care B.V. (hierna: Lacta Fides) in de functie van zorgcoördinator tegen een uurloon van € 16,04 bruto. Op de arbeidsovereenkomst is de CAO verpleeg-, verzorgingshuizen of de Thuiszorg (hierna: de cao) van toepassing. Op 31 augustus 2017 heeft werkneemster zich ziek gemeld. Bij brief van 19 september 2017 heeft Lacta Fides de loonbetaling aan werkneemster opgeschort, omdat niet kon worden beoordeeld of werkneemster recht op loondoorbetaling had. Werkneemster vordert c.q. verzoekt thans Lacta Fides te veroordelen tot betaling van achterstallig loon en een aanzegvergoeding. Lacta Fides betwist dat de rechtsverhouding tussen partijen wordt beheerst door een arbeidsovereenkomst en voert aan dat werkneemster op oproepbasis voor Lacta Fides zou werken. Daarnaast wordt aangevoerd dat werkneemster zich vanaf haar ziekmelding heeft onttrokken aan controle en tijdens haar ziekte zonder toestemming van Lacta Fides reizen heeft gemaakt.

Oordeel

Werkneemster stelt dat de omvang van de arbeidsovereenkomst tussen partijen 36 uur is en heeft ter onderbouwing van haar stelling dezelfde bescheiden in het geding gebracht als in een kortgedingprocedure van 8 december 2017 (6401636 \ VV EXPL 17-418). In die procedure heeft de kantonrechter geoordeeld dat op basis van die stukken niet kon worden vastgesteld wat de arbeidsomvang van en het gemiddelde loon van werkneemster was. In de onderhavige procedure komt de kantonrechter, gelet op het hiernavolgende, tot eenzelfde oordeel.

Arbeidsomvang (art. 7:610b BW)

Werkneemster heeft geen schriftelijke arbeidsovereenkomst in het geding gebracht, maar slechts een schriftelijk, niet ondertekend exemplaar van een arbeidsovereenkomst. Volgens de kantonrechter is dan ook geen contract voorhanden dat duidelijkheid kan scheppen over de arbeidsomvang. Werkneemster beroept zich verder op haar urenoverzichten van de maanden juli en augustus 2017 om op basis van het gemiddelde daarvan op grond van artikel 7:610b BW de omvang van de bedongen arbeid vast te stellen. Lacta Fides betwist de juistheid van deze urenoverzichten, omdat deze met de hand zijn ingevuld terwijl het digitaal invoeren van de uren volgens Lacta Fides een vereiste is voor uitbetaling van die uren. Naar het oordeel van de kantonrechter is dit een redelijk voorschrift, zodat werkneemster gehouden was om daaraan te voldoen. Hier komt bij dat werkneemster het urenoverzicht van de maand juni wel digitaal heeft ingevoerd. De kantonrechter concludeert dan ook dat werkneemster niet geslaagd is bewijs aan te dragen voor de door Facta Fides betwiste urenoverzichten. De arbeidsomvang van werkneemster is niet komen vast te staan.

Loonvordering en aanzegvergoeding

Lacta Fides heeft de loondoorbetaling aan werkneemster vanaf 19 september 2017 opgeschort op grond van artikel 7:629 lid 6 BW. Gelet op het feit dat de arbeidsovereenkomst tussen partijen inmiddels is geëindigd, kan opschorting geen effect meer sorteren, zodat de loondoorbetalingsverplichting van Lacta Fides jegens werkneemster als het ware – in beginsel, als die zou komen vast te staan – weer is herleefd. Voorts is op zitting gebleken dat Lacta Fides niet heeft voldaan aan haar aanzegverplichting, zodat zij een aanzegvergoeding aan werkneemster is verschuldigd. Desondanks oordeelt de kantonrechter dat het verzoek om een aanzegvergoeding en de loonbetalingsvordering zodanig samenhangen met de niet-vastgestelde omvang van de arbeidsovereenkomst dat beide niet kunnen worden toegewezen en dus worden afgewezen.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 23-04-2018

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2018:3503

Zaaknummer: 6687967 \ VZ VERZ 18-3483

Rechters: R. Kruisdijk

Advocaten: T. Kocabas en P. Drenth

Wetsartikelen: 7:610b BW, 7:668 lid 1 BW, 7:668 lid 3 BW en 7:629 lid 6 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgever

Werkgever slaagt in bewijsopdracht. Er is een dringende reden voor ontslag op staande voet, werknemer heeft ernstig verwijtbaar gehandeld en heeft geen recht op transitievergoeding.

Feiten

Bij beschikking van 30 november 2017 heeft het hof werkgever toegelaten te bewijzen: (a) dat werknemer op 26 februari 2017 tegen betaling vloerenonderhoud heeft verricht bij [de onderneming]; (b) dat werknemer de brief van 6 augustus 2013 heeft ontvangen, dan wel dat de inhoud van die brief is besproken met werknemer. Werkgever heeft getuigen doen horen.

Oordeel

Het hof is van oordeel dat werkgever is geslaagd in de bewijslevering van beide onderdelen van het probandum. Het hof volgt werknemer niet in zijn betoog dat de verklaring innerlijk tegenstrijdig is. De getuige heeft op essentiële punten verklaard wat bewezen moest worden, en dat is niet ontzenuwd door enig andere getuige of bewijsmiddel. Gelet op het voorgaande ziet het hof in hetgeen getuige 3 heeft verklaard over de sleutel en de alarmcode geen aanleiding om aan de geloofwaardigheid van zijn getuigenverklaring te twijfelen. Over onderdeel 'b' heeft zowel de getuige 1 als de getuige 2, samengevat, verklaard dat zij in 2013 met werknemer een gesprek hebben gehad over het privégebruik van de auto, dat hij toen een laatste kans heeft gekregen waarbij is aangegeven dat het een laatste waarschuwing was en dat de sanctie ontslag op staande voet zou zijn. De getuigenverklaringen van getuige 2 en getuige 1 met de nodige behoedzaamheid beschouwend, acht het hof de verklaringen van deze getuigen betrouwbaar. Het hof kan werknemer evenmin volgen in zijn betoog dat de getuigen tegenstrijdig hebben verklaard over de door hem, werknemer, tijdens dat gesprek gegeven reactie. Daargelaten de vraag of werknemer de brief van 6 augustus 2013 heeft ontvangen, is aldus in elk geval komen vast te staan dat de inhoud van die brief is besproken met werknemer door werkgever in de personen van getuige 1 en getuige 2. Werknemer heeft in zijn antwoordmemorie na enquête aangevoerd dat bewijsopdracht 'b' betekent dat hij de gevolgen van het gevoerde gesprek voor 100% moet hebben begrepen en hij voert aan, los van

het feit dat de brief nooit besproken is, dat vier door hem genoemde punten niet aan bod zijn gekomen. Voor zover werknemer daarmee tracht een wijziging in de bewijsopdracht aan te brengen, acht het hof het in strijd met de zogenoemde twee-conclusie-regel en met de goede procesorde om dat in zo'n laat stadium aan te voeren. Het hof heeft reeds in voornoemde tussenbeschikking overwogen dat het van oordeel is dat deze redenen zowel in samenhang als ieder voor zich het ontslag op staande voet kunnen dragen. Dat betekent dat het ontslag op staande voet in stand blijft en dat het hof de verzoeken van werknemer zal afwijzen. Het hof ziet geen aanleiding om, ondanks de dringende reden, toch een transitievergoeding aan werknemer toe te kennen. Het hof is van oordeel dat de redenen van het ontslag kwalificeren als ernstig verwijtbaar gedrag in de zin van artikel 7:673 lid 7 aanhef en onder c BW. De slotsom is dat de grieven I tot en met V falen.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 03-05-2018

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2018:1935

Zaaknummer: 200.221.442/01

Rechters: M. van Ham, J.P. de Haan en M.E. Smorenburg

Advocaten: L.A.M. Plantaz en A.J.A. Tesson

Wetsartikelen: 7:673 lid 7 aanhef en onder c BW en 7:677 BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/PDX Services B.V.

Werkgeefster geslaagd in bewijsopdracht ten aanzien van zowel schriftelijke aanzegging als het slurpen van internetdata door werkneemster.

Feiten

In een tussenarrest heeft het hof werkgeefster een bewijsopdracht gegeven ten aanzien van twee bewijsthema's: (1) dat zij werkneemster heeft aangezegd dat haar arbeidsovereenkomst niet zou worden verlengd en (2) dat werkneemster is gewaarschuwd voor overschrijding van de databundel en de daaraan verbonden kosten, alsmede dat haar is verteld hoe zij die kosten kon monitoren.

Oordeel

Aanzegging

X, indertijd leidinggevende van werkneemster, heeft verklaard dat hij op 27 februari 2015 persoonlijk tegen werkneemster heeft gezegd dat haar arbeidsovereenkomst niet werd verlengd. Hij heeft haar tijdens dat gesprek de aanzegbrief overhandigd die hij van het hoofdkantoor had meegekregen. Y, operationeel directeur en leidinggevende van X, heeft verklaard dat werkgeefster een maand vóór het verstrijken van een arbeidsovereenkomst, die niet wordt verlengd, persoonlijk de aanzegbrief aan de werknemer pleegt te overhandigen. In dit geval heeft hij tevoren van X gehoord dat hij die brief aan werkneemster zou geven en X heeft hem nadien ook bevestigd dat hij dat gedaan heeft. Nadat zo'n brief persoonlijk is overhandigd, wordt door het hoofdkantoor nog een aangetekende opzegbrief naar de betrokken werknemer gestuurd; dat is ook hier gebeurd, aldus Y. Z, eigenaar-directeur, heeft bevestigd dat het vast beleid is dat een door haar ondertekende aanzegbrief door een manager wordt overhandigd aan de betrokken werknemer, dat de manager die overhandiging terugkoppelt en dat daarvan melding wordt gemaakt in een systeem. Daarna volgt nog een aangetekende en niet-aangetekende brief aan de werknemer. Het hof is van oordeel dat werkgeefster met deze verklaringen, waar werkneemster niets tegenover heeft gesteld, is

geslaagd in het bewijs dit bewijsthema. Daarmee heeft werkgeefster tijdig aangezegd.

Databundel

X heeft verklaard dat hij werknemster toestemming had gegeven om door middel van een 'dongel' naar de radio te luisteren, omdat zij alleen werkte en last had van de stilte. X heeft werknemster laten zien hoe de dongel werkt en er daarbij op gewezen dat het eerste wat de dongel doet, zodra hij in gebruik wordt genomen c.q. 'aan wordt gezet', is de pagina van de provider tonen, waarop te zien is hoeveel data nog beschikbaar is. Daarbij wordt een expliciete waarschuwing gegeven of de datalimiet al dan niet is overschreden. Het is dus onmogelijk naar een andere pagina te gaan, zoals het luisteren naar de radio, zonder dat de pagina van de provider (eventueel met een waarschuwing betreffende het overschrijden van de datalimiet) wordt getoond. Uit navraag bij de provider volgt dat waarschuwingen zijn gegeven op 22 december 2014 (100% verbruikt), 23 december 2014 (datakosten opgelopen tot 200 euro), 2 januari 2015 (80% verbruikt), 2 januari 2015 (100% verbruikt) en 3 januari (datakosten opgelopen tot 200 euro). X heeft op de raadsheer-commissaris een betrouwbare indruk gemaakt en hij heeft op ontspannen doch gedecideerde wijze zijn verklaring afgelegd. Het hof heeft geen reden om aan te nemen dat X, in afwijking van zijn gewoonte, niet op de locatie van werknemster aanwezig is geweest en daar aan werknemster heeft uitgelegd hoe de dongel werkt en hoe zij kan controleren of zij de datalimiet heeft overschreden. Werknemer heeft zich op het standpunt gesteld dat zij de klep van de laptop dichtdeed bij vertrek van haar werk en bij terugkomst de klep weer opendeed en de radio startte door op 538 te klikken. Uit de niet weersproken getuigenverklaring van X volgt dat bij het openen van de laptop de pagina van de provider in beeld kwam, waarop het dataverbruik zichtbaar was. Namens werknemer zijn aan X op dit punt tijdens het getuigenverhoor geen kritische vragen gesteld waarmee zijn verklaring in twijfel werd getrokken. De pagina van de provider heeft werknemer, uitgaande van haar eigen verhaal, iedere werkdag moeten weggelijken voordat zij 538 kon intikken. Zij moet dus iedere ochtend de waarschuwing via de pagina van de provider hebben gezien. Het hof acht werkgeefster geslaagd in het bewijs van dit bewijsthema.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 01-05-2018

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2018:4080

Zaaknummer: 200.190.368/01

Rechters: M.E.L. Fikkers, O.E. Mulder en W.P.M. ter Berg

Advocaten: C.A. Fokker en B.K.M. Thuijs

Wetsartikelen: 7:668 BW

RECHTSPRAAK

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

152 piloten Martinair vangen bot bij het hof. Geen ovo, onder andere omdat geen vliegtuigen van Martinair naar KLM zijn overgegaan, de landingsrechten bij Martinair zijn gebleven en Martinair eigen bestemmingen heeft behouden. Ook een beroep op nawerking van het Ringvaartakkoord en goed werkgeverschap leiden niet tot de verplichting van KLM om de Martinairpiloten in dienst te nemen.

Feiten

Werknemers vorderen onder meer een verklaring voor recht dat zij vanaf 1 januari 2014 van rechtswege in dienst zijn van KLM en dat alle per de datum van overgang van onderneming uit de arbeidsovereenkomst tussen werknemers en Martinair voortvloeiende rechten en plichten zijn overgegaan op KLM. Werknemers zijn allen (ex-)medewerkers van Martinair Holland N.V. en zijn of waren lid van vakvereniging VNV. Nadat KLM eind 2008 enig aandeelhouder van Martinair was geworden, zijn vanaf begin 2009 Martinair Cargo en AFKL Cargo langzamerhand geïntegreerd. Na de voltooiing van de operationele samenwerking in 2013/2014 is Martinair Cargo een zogeheten Operating Carrier, die ACMI-contracten (*Aircraft, Crew, Maintenance, Insurance*)sluit. Dat impliceert dat Martinair geen 'eigen' vracht meer vervoert, maar door andere luchtvaartmaatschappijen als vervoerder wordt ingeschakeld. Martinair verleent alleen nog de door de luchtvaartwetgeving voor de AOC vereiste 'vluchtgebonden' diensten. Alle andere activiteiten zijn door Martinair bij KLM ondergebracht en de betrokken (grond)medewerkers zijn per 1 januari 2014 bij KLM in dienst getreden. Het ondersteunend personeel wordt door KLM gedetacheerd bij Martinair. Martinair heeft dan nog slechts vrachtvliegers (circa 220 fte) in dienst. Met betrekking tot de opvang van de vliegers (passage- en vrachtdivisie) is in september 2011 het zogoeaamde Ringvaartakkoord gesloten. Het akkoord had de status van cao. In het Ringvaartakkoord is door Martinair, KLM en VNV als uitgangspunt afgesproken dat alle vliegers van Martinair, zowel van de passagedivisie als de vrachtdivisie, in de gelegenheid werden gesteld per (uiterlijk) 1 januari 2014 in dienst van KLM te treden. Het Ringvaartakkoord had geen einddatum. Op 31 oktober

2013 heeft VNV het Ringvaartakkoord opgezegd tegen 31 december 2013, onder verwijzing naar de verschillende procedures namens Martinairmedewerkers. KLM, Martinair en VNV hebben op 2 december 2013 een nieuw akkoord gesloten, het zogenoemde Steigenbergerakkoord (hierna: het SBA). De Martinairafdeling van de ledenraad van de VNV heeft niet ingestemd met het SBA. Dit akkoord is niet in werking getreden. KLM heeft de resterende (vracht)vliegers van Martinair per 1 januari 2014 geen arbeidsovereenkomst aangeboden. Bij vonnis van 26 mei 2014 heeft de kantonrechter te Amsterdam geoordeeld dat bij de overgang van de passagevliegers van Martinair naar KLM géén sprake was van een overgang van onderneming als bedoeld in artikel 7: 662 BW (NEDERLANDS_ECLI:NL: RBAMS:2014:9338). In overeenkomstige zin is geoordeeld omtrent het cabinepersoneel (ECLI:NL:RBAMS:2014:1262).

Oordeel

Werknemers hebben, samen met 28 anderen, in eerste aanleg aangevoerd dat primair sprake was van een overgang van onderneming, op grond waarvan eisers van rechtswege en met behoud van arbeidsvoorwaarden, in dienst zijn getreden bij KLM en subsidiair dat KLM op grond van het goed werkgeverschap of op grond van artikel 6:162 BW gehouden was hun een arbeidsovereenkomst aan te bieden.

Overgang van onderneming vrachtafdeling

Werknemers voeren aan dat zich in de loop van de tijd, naar het hof begrijpt in de periode van 2007 tot begin 2014, een reeks gebeurtenissen heeft voorgedaan, die tezamen zijn aan te merken als overgang van onderneming. Dat betekent dat een moment moet kunnen worden bepaald waarop die overgang een feit is. Werknemers noemen in dat verband primair 1 januari 2014, de datum vanaf wanneer MAC geen eigen vliegers meer heeft. Daarnaar gevraagd hebben zij bij pleidooi voor het hof verklaard dat deze datum is ingegeven door de in het Ringvaartakkoord genoemde datum, die waarop de Martinairvliegers vrijwillig konden overstappen naar KLM. Indien overgang van onderneming wordt bepleit met als peildatum 1 januari 2014 ligt het minder voor de hand omstandigheden die zich vele jaren daarvóór hebben voorgedaan als belangrijke factor daarbij te beschouwen, hoewel dergelijke omstandigheden ook niet geheel buiten beschouwing hoeven te worden gelaten. Er is geen enkel door MAC in 2008/2009 gebruikt vrachtvliegtuig rechtstreeks overgenomen door KLM. Het hof is van oordeel dat de door werknemers aangevoerde omstandigheden met betrekking tot het gebruiksrecht van de vliegtuigen eerder een aanwijzing vormen voor de afwezigheid van een overgang van onderneming, dan voor de aanwezigheid daarvan. Gelet op de genoemde en niet weersproken getallen heeft bij Martinair een forse personeelsreductie plaatsgevonden. De realisatie daarvan is niet door KLM geschied, maar door Martinair. Voor

de hoofdactiviteit van MAC, het vrachtvervoer door de lucht, zijn vliegers onmisbaar. Die vliegers zijn niet overgenomen door KLM. De al dan niet plaatsgevonden hebbende mutaties in het personeelsbestand van MAC wijzen naar het oordeel van het hof eerder op de afwezigheid dan op de aanwezigheid van een overgang van onderneming. KLM heeft aangevoerd dat een cruciaal onderdeel voor het kunnen uitvoeren van vrachtvervoer door de lucht, te weten de landingsrechten voor de diverse luchthavens, bij Martinair is gebleven. Werknemers hebben erkend dat de landingsrechten bij Martinair zijn gebleven, maar hebben erop gewezen dat deze rechten niet overgedragen kunnen worden. Ook als landingsrechten niet overdraagbaar zijn, geldt dat de landingsrechten onmisbaar zijn voor het kunnen uitoefenen van vrachtvervoer door de lucht. Het achterblijven van die rechten vormt dan een aanwijzing dat geen sprake is geweest van de overdracht van een zelfstandige economische activiteit. Werknemers hebben gesteld dat KLM vliegbestemmingen van Martinair heeft overgenomen. KLM heeft daarentegen aangevoerd dat de overgrote meerderheid van vliegbestemmingen ongewijzigd bij Martinair is gebleven maar dat het van de klanten afhangt op welke bestemmingen gevolgen wordt. Een en ander vormt eerder aanleiding te concluderen tot de afwezigheid van een overgang van onderneming, dan tot de aanwezigheid daarvan. Het hof is van oordeel dat ten aanzien van het onderdeel klanten er zowel omstandigheden bestaan die op de aanwezigheid als ook die op de afwezigheid van overgang van onderneming duiden. Ten aanzien van de ondersteunende taken, zoals sleepdiensten en onderhoud, heeft in ieder geval in de loop van de tijd een integratie plaatsgevonden van de destijds door Martinair verrichte activiteiten en die van KLM. Dat kan, maar hoeft niet te wijzen op een overgang van onderneming. Concluderend is het hof van oordeel dat, de hierboven besproken omstandigheden tegen elkaar afgewogen, geen sprake is geweest van een overgang van onderneming van MAC naar KLM.

Ringvaartakkoord

Het Ringvaartakkoord (verder ook: RVA) biedt de contractspartijen in artikel 18.2.1 de mogelijkheid het akkoord op te zeggen indien één of meer rechtszaken aanhangig worden gemaakt waarbij de inzet is dat werknemers van Martinair op grond van overgang van onderneming in dienst zijn getreden dan wel zullen treden van KLM. Werknemers stellen dat artikel 18.2.1 RVA nietig is omdat, kort gezegd, de bescherming die de Richtlijn biedt van openbare orde is, en deze bescherming niet contractueel kan worden uitgesloten. Het hof verwerpt dit standpunt. In artikel 18.2.1 RVA wordt de bescherming van de richtlijn niet contractueel uitgesloten. Meer subsidiair claimen werknemers dat het RVA na 1 januari 2014 nawerking heeft behouden. Niet valt in te zien hoe het RVA, zolang het niet is opgezegd en voordat de vliegers in de gelegenheid hoefden te worden gesteld om bij KLM in dienst te treden, en KLM hun een daartoe strekkend aanbod – daarom – ook nog niet had gedaan, deel

is gaan uitmaken van de individuele arbeidsovereenkomsten van de vliegers, zodanig dat zij, ook nadat het RVA door een van de contractspartijen was opgezegd, op de naleving van het RVA aanspraak konden blijven maken. Werknemers beroepen zich erop dat KLM in strijd met het goed werkgeverschap, dan wel onrechtmatig, tegenover werknemers handelt dan wel heeft gehandeld, door werknemers geen arbeidsovereenkomst aan te bieden als ware het RVA nog van toepassing. Het hof oordeelt als volgt. Zoals hierboven is overwogen kon het RVA worden opgezegd en is dit ook gebeurd. KLM, Martinair en het bestuur van VNV hebben vervolgens getracht tot een alternatief te komen, hetgeen heeft geresulteerd in het SBA. De leden van de VNV, waartoe werknemers behoren, zijn in de gelegenheid geweest in te stemmen met het SBA en dat hebben ze niet tijdig gedaan. KLM was niet gehouden na het opzeggen van het RVA en na het verwerpen van het SBA werknemers nogmaals een arbeidsovereenkomst aan te bieden: die verplichting bestond niet in 2014, en heeft ook niet nadien bestaan. De conclusie is dat de grieven falen, en dat de nieuwe subsidiaire vordering zal worden afgewezen.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 01-05-2018

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2018:1473

Zaaknummer: 200.197.937/01

Rechters: G.C. Boot, R.J.F. Thiessen en F.J. Verbeek

Advocaten: L.B. de Graaf en I.M.C.A. Reinders

Wetsartikelen: 7:663 BW, 9 lid 1 WCAO en Ringvaartakkoord

RECHTSPRAAK

werknemer/EBN B.V.

Loonvordering werknemer. Bij de berekening van het vakantieloon wordt rekening gehouden met de gemiddelde bonus over een referteperiode van vijf jaar. Geen rekening wordt gehouden met het werkgeversdeel pensioenpremie.

Feiten

Werknemer is op 1 juli 2009 voor onbepaalde tijd in dienst getreden van EBN in de functie van reporting & control specialist. Op de in 2009 door partijen gesloten arbeidsovereenkomst is de regeling arbeidsvoorwaarden van 1 januari 2008 (RA 2008) van toepassing verklaard. In 2012 heeft EBN besloten de RA 2008 te wijzigen. De wijzigingen zijn in twee fasen doorgevoerd. Na instemming van de ondernemingsraad is per 1 januari 2013 een nieuwe beloningssystematiek ingevoerd. Werknemer heeft aanvankelijk bezwaar gemaakt tegen de nieuwe beloningssystematiek, maar heeft bij e-mail van 20 december 2012 aan EBN laten weten het met de voorgestelde salarisconversie eens te zijn. Begin 2013 heeft EBN de overige wijzigingen van de regeling arbeidsvoorwaarden doorgevoerd. De OR heeft op 12 april 2013 met de nieuwe regeling arbeidsvoorwaarden (RA 2013) ingestemd. Op 15 april 2013 heeft verzoeker een nieuwe arbeidsovereenkomst voor akkoord ondertekend. In artikel 15 van deze arbeidsovereenkomst is opgenomen dat werknemer verklaart de regeling arbeidsvoorwaarden te hebben ontvangen en met de inhoud daarvan akkoord te zijn. Op 28 april 2015 is werknemer arbeidsongeschikt geraakt. Op 1 juni 2017 heeft EBN het UWV om toestemming verzocht om de arbeidsovereenkomst met werknemer te mogen opzeggen wegens langdurige arbeidsongeschiktheid. Het UWV heeft deze toestemming verleend, waarna EBN de arbeidsovereenkomst met werknemer bij brief van 24 juli 2017 heeft opgezegd tegen 30 september 2017. Bij brief van 27 juli 2017 heeft EBN werkgever een specificatie van de eindafrekening toegezonden. Werknemer heeft bij brief van zijn gemachtigde van 28 november 2017 bezwaar gemaakt tegen de eindafrekening.

Oordeel

Werknemer heeft gesteld dat bij de berekening van het vakantieloon niet enkel de

vakantietoeslag bij het uurloon dient te worden opgeteld, maar ook de gemiddelde bonus en het werkgeversdeel pensioenpremie. EBN is volgens werknemer zowel bij de uitbetaling van bovenwettelijke vakantiedagen tijdens het dienstverband, als bij de uitbetaling van vakantiedagen bij het einde van de arbeidsovereenkomst uitgegaan van een verkeerd uurloon. EBN heeft zich bereid verklaard het vakantieloon van werknemer te vermeerderen met een bedrag aan gemiddelde bonus per uur. De kantonrechter constateert dat de hoogte van de tijdens het dienstverband door EBN aan werknemer uitgekeerde bonussen jaarlijks aanzienlijk verschilt en dat de bonussen over 2013 en 2014 er voor werknemer in positieve zin uitschieten. Gelet op de grote verschillen in uitgekeerde bonussen geeft een referteperiode van 12 of 24 maanden, zoals werknemer bepleit, geen representatief beeld van de door hem ontvangen bonussen tijdens zijn dienstverband. Bij de berekening van de gemiddelde bonus per uur dient derhalve te worden uitgegaan van een langere referteperiode. De door EBN gehanteerde periode van vijf jaar acht de kantonrechter niet onredelijk. Ten aanzien van de vraag of het werkgeversdeel pensioenpremie in de vergoeding voor niet genoten vakantiedagen moet worden meegenomen, geldt het volgende. Hoewel bij de uitbetaling van vakantiedagen een ruim loonbegrip dient te worden gehanteerd, is pensioenpremie strikt genomen geen loon dat door werkgever aan de werknemer wordt voldaan ter zake van bedongen arbeid. Het gaat immers om een vergoeding aan een derde, de pensioenuitvoerder, en niet aan de werknemer zelf. De verschuldigde premie is weliswaar niet direct aan te merken als loon, maar is wel een aanspraak die samenhangt met de arbeidsovereenkomst. Het feit dat er een arbeidsovereenkomst met de werknemer bestond, is gedurende het dienstverband immers steeds de reden geweest dat EBN pensioenpremie moest afdragen. In het onderhavige geval kan evenwel niet worden vastgesteld dat werknemer bij de uitbetaling van niet genoten (wettelijke en bovenwettelijke) vakantiedagen zonder dat daarbij het werkgeversdeel van de pensioenpremie is betrokken, in een nadeliger positie is komen te verkeren dan bij het opnemen van die vakantiedagen. Werknemer heeft onvoldoende gemotiveerd gesteld dat de uitbetaalde vergoeding voor niet genoten (wettelijke en bovenwettelijke) vakantiedagen gevolgen heeft voor de berekening en opbouw van zijn pensioen.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 25-04-2018

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2018:1888

Zaaknummer: 6555953 UE VERZ 17-538 JH/1050

Rechters: P. Krepel

Advocaten: L.E. Roberts-Hafkamp en M.W.J. Ariëns

Wetsartikelen: 7:641 BW, 7:640 BW, 7:634 BW, 7:625 BW en 6:119

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgeefster

Vernietiging ontslag op staande voet van HR-directeur. Ontbinding op de h-grond omdat erkenning van werkgeefster als referent duurzaam is geschorst en niet is gebleken dat er op korte termijn uitzicht bestaat op beëindiging van die schorsing.

Feiten

Werknemer is sinds 25 oktober 2016 voor 40 uur per week en voor onbepaalde tijd in dienst van werkgeefster in de functie van HR-directeur. Werknemer heeft de Russische nationaliteit en is als kennismigrant naar Nederland gekomen. Een van de voorwaarden voor arbeid als kennismigrant is dat de werkgever van de kennismigrant als 'erkend referent' wordt aangemerkt. Werknemer heeft zich op 8 december 2016 ziekgemeld. Werknemer heeft sindsdien geen werkzaamheden meer verricht voor werkgever. Wel hebben partijen in de daaropvolgende periode meermaals contact gehad via e-mail. Bij beschikking van 3 juli 2017 is werkgeefster voor de duur van drie maanden geschorst als kennisreferent, welke schorsing telkens met drie maanden is verlengd en welke schorsing tot op heden voortduurt. Bij brief van 30 november 2017 heeft werkgeefster aan werknemer meegedeeld dat zij de loonbetalingen opschort, omdat werknemer zich niet houdt aan redelijke voorschriften omtrent het verstrekken van inlichtingen ten aanzien van de door werknemer gestelde arbeidsongeschiktheid en omdat werknemer zonder deugdelijke grond weigert mee te werken aan het opstellen, evalueren en bijstellen van een plan van aanpak als bedoeld in artikel 7:658a lid 3 BW. Daarnaast heeft werkgeefster werknemer bij brief van 30 november 2017 op staande voet ontslagen, vanwege onder meer werkweigering (het voorwenden van ziekte) en het verspreiden van berichten over werkgeefster op sociale media. Kern van het geschil is de vraag of het op 30 november 2017 aan werknemer gegeven ontslag op staande voet vernietigd dient te worden. Werkgeefster verzoekt subsidiair de arbeidsovereenkomst te ontbinden op grond van de g- of h-grond.

Geen rechtsgeldig gegeven ontslag op staande voet

In haar ontslagbrief van 30 november 2017 heeft werknemer niet vermeld wat als dringende

reden heeft te gelden, zodat alle daarin genoemde gedragingen, bij elkaar genomen, een dringende reden vormen. Er is mitsdien sprake van een samengestelde dringende reden. Het gevolg daarvan is dat als een van de die gedragingen niet komt vast te staan, reeds om die reden het ontslag op staande voet niet geldig is omdat de daaraan ten grondslag gelegde, en aan werknemer medegedeelde, reden niet geheel is komen vast te staan. Niet of althans onvoldoende is vast komen te staan dat werknemer niet bereid was om mee te werken aan zijn re-integratie. Werkgeefster heeft immers geen stukken in het geding gebracht waaruit valt op te maken dat werknemer niet wilde meewerken aan zijn re-integratie. Sterker nog, uit de door werknemer overgelegde correspondentie tussen partijen blijkt het tegendeel. Zo heeft werkgeefster in mei 2017 nog de kosten van psychologische behandeling van werknemer vergoed. Nu werkgeefster geen onderbouwing heeft gegeven die een andere conclusie rechtvaardigt, gaat de kantonrechter ervan uit dat werkgeefster niet meewerkt aan de re-integratie. Dat werknemer de bedrijfsarts niet op het kantoor van werkgeefster wenste te ontmoeten, is overigens onvoldoende om tot de conclusie te komen dat werknemer niet meewerkte aan zijn re-integratie. Werknemer heeft immers voorgesteld om de bedrijfsarts bij hem thuis of op een andere locatie te ontmoeten. De vernietiging van het ontslag op staande voet heeft tot gevolg dat de arbeidsovereenkomst ook na 30 november 2017 blijven bestaan. Met betrekking tot het ontbindingsverzoek is de kantonrechter van oordeel dat de arbeidsovereenkomst tussen partijen behoort te eindigen, reeds omdat de erkenning van werkgeefster als referent duurzaam is geschorst en niet is gebleken dat er op korte termijn uitzicht bestaat op beëindiging van die schorsing. Dit heeft tot gevolg dat werknemer – ongeacht de vraag of zijn werkvergunning al dan niet wordt verlengd – niet meer als kennismigrant werkzaam mag zijn voor werkgeefster. Deze enkele omstandigheid is voldoende om de arbeidsovereenkomst van partijen op de h-grond te ontbinden, nu niet is gesteld of gebleken dat werkgeefster de schorsing van haar toelating als erkend referent actief heeft bevorderd. Herplaatsing van werknemer binnen een redelijke termijn behoort om die reden ook niet tot de mogelijkheden. Het verzoek wordt daarom ingewilligd.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 25-04-2018

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2018:1864

Zaaknummer: 6610663 AE VERZ 18-14 KG/31466 6504669 AE VERZ 17-95

Rechters: C. Wallis

Advocaten: A. Borgers en O. Hammerstein

Wetsartikelen: 7:681 BW, 223 Rv, 7:686a lid 3 BW en 7:671b BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/Anjer Schoonmaak- en Bedrijfsdiensten B.V.

Het komt voor risico van (opvolgend) werkgeefster dat werkneemster onder de regeling ‘transitievergoeding voor 50-plussers die minimaal tien jaar in dienst zijn’ valt. Werkgeefster heeft echter niet ernstig verwijtbaar gehandeld door werkneemster aan haar re-integratieverplichtingen te houden, omdat zij af mocht gaan op het oordeel van de bedrijfsarts en het UWV. Het hof zet wel vraagtekens bij het oordeel van de bedrijfsarts.

Feiten

Werkneemster is per 1 januari 2015 werkzaam als bedrijfsleidster bij werkgeefster. Werkneemster meldt zich op 21 juni 2016 volledig arbeidsongeschikt. De bedrijfsarts oordeelt op 22 december 2016 dat werkneemster vanaf 2 januari 2017 in een opbouwschema licht administratief of licht schoonmaakwerk kan verrichten. Uit een deskundigenoordeel van 27 januari 2017 volgt dat het UWV het advies van 22 december 2016 passend vindt. Een door werkneemster ingeschakelde bedrijfsarts van de Landelijke Expertisebalie oordeelt echter dat dat advies op grond van onvoldoende recente medische gegevens was gebaseerd. Vervolgens laat de bedrijfsarts weten dat hij bij zijn advies blijft, waarna werkneemster opnieuw een second opinion vraagt. Het UWV laat weten dat de aangeboden arbeid passend was. Op 15 juni 2017 bezoekt werkneemster opnieuw de bedrijfsarts, welke aan werkgeefster terugkoppelt dat er vanaf 3 juli 2017 weer mogelijkheden zijn voor re-integratie. Werkgeefster roept werkneemster vervolgens nogmaals op te beginnen met re-integratiewerkzaamheden. Werkneemster is inmiddels in behandeling bij een fysiotherapeut. Deze constateert dat sprake is van een achteruitgang als gevolg van de werkzaamheden die werkneemster verricht. Die behandeling wordt daarom gestaakt (‘dweilen met de kraan op’). Werkneemster koppelt aan werkgeefster terug dat de re-integratiewerkzaamheden te zwaar zijn en verzoekt meermaals tot het mogen opnemen van vakantiedagen. Hier wordt door werkgeefster aan voorbij gegaan. Uit een deskundigenoordeel van het UWV volgt dat de re-integratiewerkzaamheden per 3 juli 2017 niet als passend zijn te beschouwen. De kantonrechter ontbindt de arbeidsovereenkomst

met toekenning van een billijke vergoeding. Aan het opzegverbod wegens ziekte wordt voorbijgegaan omdat het in het belang van werkneemster is dat de arbeidsovereenkomst eindigt.

Oordeel

Transitievergoeding

Werkneemster heeft recht op de transitievergoeding. Hoewel zij slechts kort bij werkgeefster werkzaam is, is immers sprake van opvolgend werkgeverschap (met 'terugwerkende kracht' tot 21 mei 2001). De omstandigheid dat bij de berekening van de transitievergoeding rekening dient te worden gehouden met de tijdelijke regeling van artikel 7:673a lid 1 BW komt voor rekening van werkgeefster.

Billijke vergoeding

Het hof is van oordeel dat werkgeefster met betrekking tot de (mogelijkheden van) re-integratie in de periode december 2016 tot medio 2017 in beginsel op de adviezen van de bedrijfsarts en het oordeel van het UWV mocht afgaan. Niet is gebleken dat werkgeefster aanleiding had om aan de adviezen van de bedrijfsarts en dus aan het oordeel van het UWV te twijfelen. Wel zet het hof, mede gelet op de e-mails en verslagen van de medisch behandelaars van werkneemster over haar situatie in de periode 2016-2017 en het rapport van de Landelijke Expertisebalie, vraagtekens bij de juistheid van de adviezen van de bedrijfsarts. Hoewel het werkgeefster is te verwijten dat zij heeft verzuimd na één jaar ziekte re-integratie in het tweede spoor te starten is dit onvoldoende om ernstig verwijtbaar handelen vast te stellen. Het UWV heeft geoordeeld dat de per 3 juli 2017 aangeboden arbeid niet als passend was te beschouwen. Desondanks heeft werkgeefster werkneemster opgeroepen schoonmaakwerk te verrichten. Daarnaast heeft werkgeefster het verzoek van werkneemster om vakantiedagen te mogen opnemen afgewezen. Werkgeefster heeft hierover verklaard dat zij verschillende keren het UWV, de bedrijfsarts en de advocaat om advies heeft gevraagd. De boodschap was telkens dat werkgeefster zich maximaal diende in te spannen om de re-integratie te doen slagen. Het opnemen van vakantiedagen zou een geslaagde terugkeer bemoeilijken. Mede gelet op deze toelichting acht het hof ook de oproep voor werk van werkgeefster en de weigering van vakantie onvoldoende om tot ernstig verwijtbaar handelen te concluderen. Dit betekent dat werkneemster geen aanspraak heeft op een billijke vergoeding.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 24-04-2018

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2018:1397

Zaaknummer: 200.228.717/01

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

Advocaten: B. Santen en C.E. Stratenus

Wetsartikelen: 7:670 lid 1 BW, 7:671b lid 8 BW, 7:673 lid 7 sub c BW en 7:673a BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Hewlett-Packard Nederland B.V.

Een voormalig werknemer van Hewlett Packard krijgt naast de reeds ontvangen vergoeding geen aanvullende toeslag. In het Sociaal Plan is sprake van een pensioenrichtleeftijd van 65 jaar. Werknemer heeft niet mogen begrijpen dat partijen een richtleeftijd hebben bedoeld af te spreken die samenvalt met de inmiddels opgeschoven AOW-leeftijd.

Feiten

Werknemer is van 1990 tot 29 januari 2014 in dienst geweest van HP. Hij had laatstelijk een leidinggevende functie. In verband met een reorganisatie zijn in 2013 bij HP arbeidsplaatsen vervallen, waaronder die van werknemer. Bij brief van 1 april 2013 heeft HP dit schriftelijk aan werknemer aangezegd. In deze brief staat verder vermeld dat het Sociaal Plan van toepassing zal zijn. Blijkens de overgelegde beëindigingsovereenkomst van 23 april 2013 is de arbeidsovereenkomst met ingang van 29 januari 2014 met wederzijds goedvinden beëindigd. Partijen zijn onder meer overeengekomen dat HP werknemer overeenkomstig paragraaf 5.B.1 van het Sociaal Plan na beëindiging van de arbeidsovereenkomst een bedrag van € 258.833,24 bruto zal voldoen en een bedrag van maximaal € 550 netto voor vergoeding juridische kosten. In punt 16 van de beëindigingsovereenkomst is een finaal kwijtingsbeding opgenomen. Werknemer heeft gedurende 38 maanden (tot ongeveer maart 2017) een uitkering ingevolge de Werkloosheidwet ontvangen. Hij heeft ter zitting meegedeeld er niet in geslaagd te zijn ander werk te vinden. Werknemer heeft HP bij brief van 15 juni 2017 verzocht hem in aanmerking te brengen voor een Toeslag als bedoeld in paragraaf 5.B.1. onder N.B. Toeslag bij vergoeding ex paragraaf 5.B.1. van het Sociaal Plan. HP heeft het verzoek van werknemer voorgelegd aan de HR-Director en deze commissie. Op 21 juli 2017 hebben de commissie en de HR-director het verzoek van werknemer afgewezen.

Oordeel

Beoordeeld moet worden of werknemer terecht aanspraak maakt op een Toeslag als bedoeld in het Sociaal Plan. Het gaat om een eenmalig bedrag waarop een ex-werknemer die onder het

Sociaal Plan valt, aanspraak kan maken wanneer hij of zij na de periode waarop aanspraak bestond op een WW-uitkering nog steeds werkloos is. Wanneer in het geval van werknemer wordt gerekend met 65 jaar als pensioenrichtleeftijd dan komt de rekensom op nul uit of op een negatief bedrag. Wanneer met de inmiddels verhoogde AOW-leeftijd wordt gerekend ontstaat wel een positief verschil. Over de hoogte daarvan verschillen partijen. De (eerste) kernvraag in deze procedure is of werknemer, hoewel in het Sociaal Plan sprake is van een pensioenrichtleeftijd van 65 jaar, niettemin (inmiddels) mag begrijpen dat partijen een richtleeftijd die samenvalt met de inmiddels opgeschoven AOW-leeftijd hebben bedoeld af te spreken. In dit geval laat het toepasselijke Sociaal Plan er tekstueel gezien geen misverstand over bestaan wat onder de pensioenrichtleeftijd moet worden verstaan die bij de berekening van de Toeslag aan de orde is. Dat is de leeftijd van 65 jaar. Desgevraagd heeft werknemer ter zitting bevestigd dat hij bij het aangaan van de overeenkomst zich ervan bewust was dat met 65 jaar werd gerekend. Verder is hierbij van belang dat werknemer zich toen liet bijstaan door een juridisch deskundige. Destijds was de verhoging van de AOW-gerechtigde leeftijd een belangrijk maatschappelijk issue in Nederland, waarover binnen en buiten het parlement uitgebreid is gesproken. De Eerste Kamer heeft op 10 juli 2012 ingestemd met het betreffende wetsvoorstel. Werknemer was er dus ruim voor het aangaan van de beëindigingsovereenkomst van op de hoogte dat hij niet meer op 65-jarige leeftijd aanspraak kon maken op een AOW-uitkering. Ook overigens zijn in het Sociaal Plan zelf geen aanknopingspunten te vinden waarom bij de pensioenrichtleeftijd bij nader inzien zou moeten worden aangeknoopt bij 67 jaar of bij 67 jaar en enkele maanden. De aanknopingspunten die werknemer noemt, liggen buiten het Sociaal Plan, te weten de latere aanpassing van de pensioenreglementen die bij HP gelden en de (standaard)aanpassing van de arbeidsovereenkomst op het punt van de leeftijd dat de arbeidsovereenkomst in verband met de pensioengerechtigde leeftijd eindigt. Beide aanknopingspunten zien op andere rechtsbronnen dan die welke in het Sociaal Plan en de hier aan de orde zijnde beëindigingsovereenkomst aan de orde zijn. Ten slotte acht de kantonrechter van belang dat werknemer geen voorbehoud heeft gemaakt bij het aangaan van de beëindigingsovereenkomst ten aanzien van de pensioenrichtleeftijd. Ook in verband hiermee blijkt niet van een eventuele andere partijbedoeling dan nu uit de overeenkomst is af te leiden. Gelet op alle omstandigheden van het concrete geval en voorts gelet op hetgeen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen, is de kantonrechter van oordeel dat er onvoldoende aanleiding is voor een uitleg van het Sociaal Plan als door werknemer voorgestaan. Vervolgens is aan de orde of HP het beroep van werknemer op toepassing van de hardheidsclausule terecht heeft verworpen. De kantonrechter is van oordeel dat in het geval van werknemer niet kan worden gesproken van een apert onbillijk resultaat in de zin van de hardheidsclausule. Met de HR-Director en Vertrouwenscommissie is de kantonrechter van

oordeel dat de regeling in het Sociaal Plan niet bedoeld is (en niet bedoeld kan zijn) voor volledige dekking van inkomensverlies tot de pensioengerechtigde leeftijd.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 24-04-2018

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2018:2801

Zaaknummer: 6508167 CV EXPL 17-27963

Rechters: E.J. van der Molen

Advocaten: B. Westerhout en I.J.N. Fitters-Roeland

RECHTSPRAAK

werkneemster/Sisun B.V.

Werkneemster kan zich met succes beroepen op het bestaan van een arbeidsovereenkomst tussen haar en Sisun. Vastlegging arbeidsvoorwaarden is de verantwoordelijkheid van Sisun. Toekenning billijke vergoeding, transitievergoeding en vergoeding voor de fictieve opzegtermijn nadat werkgever de arbeidsovereenkomst per direct opzegt.

Feiten

Werkneemster is op 1 juni 2014 in dienst getreden bij Sisun. Op 24 september 2014 heeft werkneemster aan Sisun per e-mail gevraagd waar haar contract blijft. Sisun heeft geantwoord dat 'iedereen een "o"uren contract' heeft. Tussen werkneemster en Sisun is op enig moment onenigheid ontstaan over de werktijden van werkneemster. Op 18 december 2017 rond 19.30 uur vindt er een gesprek plaats tussen [bestuurder] en werkneemster op het kantoor van Sisun. Kort na aanvang van dit gesprek wordt dit beëindigd omdat werkneemster het gesprek wil opnemen en [bestuurder] daarvoor geen toestemming verleent. Diezelfde avond stuurt Sisun werkneemster een e-mail waarin – kort samengevat – wordt aangegeven dat zij de werkzaamheden van werkneemster per direct beëindigt. Werkneemster heeft een verzoek gedaan aan de kantonrechter om te verklaren voor recht dat zij uit hoofde van een arbeidsovereenkomst met een arbeidsomvang van 83 uren per maand werkzaam was voor Sisun en om Sisun te veroordelen tot nabetaling van loon gelet op die arbeidsomvang. Sisun verweert zich tegen het verzoek. Zij voert aan – samengevat – dat er tussen Sisun en werkneemster sprake is geweest van een oproepovereenkomst.

Oordeel

Werkneemster kan zich met succes beroepen op het bestaan van een arbeidsovereenkomst tussen haar en Sisun. Vast staat immers dat zij gedurende de periode juni 2014 tot december 2017 wekelijks danwel minimaal 20 uren per maand voor Sisun heeft gewerkt en dat Sisun haar daarvoor loon heeft betaald. Het is de verantwoordelijkheid van Sisun als werkgever om

te zorgen voor vastlegging van de voorwaarden waaronder de arbeid wordt verricht. Als referteperiode heeft in beginsel te gelden de periode juni 2014 tot en met augustus 2014. In deze periode heeft werknemster 221 uren gewerkt, zodat de omvang gemiddeld 74 uren per maand bedroeg. Het verweer van Sisun dat er geen redenen zijn om aan werknemster loon na te betalen over de periode tot en met 18 december 2017 voor zover zij minder uren heeft kunnen werken en uitbetaald heeft gekregen dan de door haar gestelde vermoedelijke omvang, slaagt. Gelet op de feitelijke gang van zaken vanaf de aanvang van de werkzaamheden en het relaas van Sisun ter zitting, hetgeen door werknemster niet is betwist, dient het voor rekening en risico van werknemster te blijven dat zij niet telkens de door haar gewenste omvang van uren kon werken, gelet op de door haar gestelde beperkingen met betrekking tot haar inzetbaarheid, te weten: niet in het weekend, niet in de avond en niet voor een gehele dag.

Werknemster maakt aanspraak op een billijke vergoeding van € 5.000. Op basis van de onder de feiten geciteerde e-mailcorrespondentie tussen Sisun en werknemster dient te worden vastgesteld dat Sisun op 18 december 2017 de arbeidsovereenkomst met werknemster per direct heeft opgezegd en dat Sisun daarbij de voorschriften zoals die gelden in het Nederlandse arbeidsrecht niet heeft nageleefd. Dit kan Sisun als werkgever worden aangerekend ook al had zij werknemster gewaarschuwd voor het wegvallen van het werk. Het verzoek van werknemster om toekenning van een billijke vergoeding dient dan ook te worden toegewezen. Over de hoogte van de toe te kennen billijke vergoeding overweegt de kantonrechter het volgende. De kantonrechter gaat ervan uit dat werknemster bij voortduring van het dienstverband binnen vijf maanden een nieuwe baan had kunnen vinden, gelet op haar stelling ter zitting dat zij ervaring heeft en goed is in de door haar verrichte werkzaamheden. Ervan uitgaande dat werknemster vijf maanden een ww-uitkering ontvangt ter hoogte van 70% van haar laatst verdiende salaris, stelt de kantonrechter de billijke vergoeding vast op € 750. Ook de gevorderde vergoeding wegens onregelmatige opzegging zal worden toegewezen. Op grond van artikel 7:672 lid 10 BW is Sisun die vergoeding verschuldigd aan werknemster, omdat is opgezegd tegen een eerdere dag dan die tussen partijen geldt. Werknemster is sinds 1 juni 2014 in dienst bij Sisun en heeft daarom recht op een transitievergoeding.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 24-04-2018

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2018:3469

Zaaknummer: 6657726 \ AO VERZ 18-29

Rechters: W. Aardenburg

Advocaten: S.J.E. Loontjes

Wetsartikelen: 7:610a BW, 7:610b BW, 7:627 BW en 7:672 lid 10 BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/werkgeefster

Vernietiging ontslag op staande voet van bedrijfsleidster. Niet bewezen dat zij zich schuldig heeft gemaakt aan diefstal door klanten te instrueren contant te betalen en de ontvangen gelden niet over te dragen aan werkgeefster. Tegenverzoek tot ontbinding toegewezen op de g-grond.

Feiten

Werkgeefster exploiteert een schoonheidssalon. Werkneemster is op 1 februari 2016 bij werkgeefster in dienst getreden op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, laatstelijk in de functie van bedrijfsleidster. Werkneemster is vanaf 29 december 2016 volledig arbeidsongeschikt. Het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen (UWV) heeft haar op 16 januari 2017 een ZW-uitkering toegekend ad € 702,65 bruto per week. Werkneemster is bij brief van 4 oktober 2017 van (de gemachtigde van) werkgeefster op staande voet ontslagen. Werkneemster heeft bij brief van haar gemachtigde van 23 oktober 2017 geprotesteerd tegen het ontslag en verzocht het ontslag in te trekken. Dit heeft werkgeefster niet gedaan. Werkneemster verzoekt de kantonrechter primair het gegeven ontslag op staande voet te vernietigen.

Geen rechtsgeldig gegeven ontslag op staande voet

Het ontslag is wel onverwijld gegeven, omdat het onderzoek naar de gedragingen van werkneemster is afgerond op 1 oktober 2017 en werkgeefster, na overleg met haar gemachtigde over de resultaten van dat onderzoek op 3 oktober 2017, het ontslag op 4 oktober 2017 en dus voldoende voortvarend heeft aangezegd. De dringende reden die aan het ontslag ten grondslag is gelegd, is echter niet komen vast te staan. Aan werkneemster wordt verweten dat zij zich schuldig heeft gemaakt aan diefstal en fraude door klanten te instrueren contant te betalen en de ontvangen gelden van de verschillende behandelingen niet dan wel niet geheel af te dragen aan werkgeefster. Daarnaast wordt haar verweten dat zij het digitale en administratiesysteem heeft gemanipuleerd om de diefstal te verbergen. Weliswaar geven de door werkgeefster

overgelegde verklaringen van klanten aanleiding om aan te nemen dat een deel van de betalingen contant werd gedaan en wekken de overgelegde uitdraaien uit het kassasysteem de suggestie dat niet alle betaalde bedragen in het systeem terecht zijn gekomen, maar dat dit aan manipulaties van werkneemster is te wijten en dat werkneemster zich het geld dat niet in het systeem terecht is gekomen heeft toegeëigend, althans het niet heeft afgedragen aan werkgeefster, is door werkgeefster niet aangetoond. Nu aan het ontslag geen dringende redenen grondslag ligt, is het primaire verzoek tot vernietiging van dat ontslag toewijsbaar. Dit betekent dat de arbeidsovereenkomst nog voortduurt. Subsidiair, voor het geval de arbeidsovereenkomst met ingang van 4 oktober 2017 niet rechtsgeldig is geëindigd, heeft werkgeefster verzocht de arbeidsovereenkomst tussen partijen te ontbinden. Werkneemster heeft verweer gevoerd tegen de tegenverzoeken. Wel erkent zij dat de arbeidsverhouding tussen partijen inmiddels dermate is verstoord, dat terugkeer naar de werkvloer, ook als zij op een gegeven moment weer arbeidsgeschikt zou zijn, niet in de rede ligt. Mede gelet op de verklaring van werkneemster ter zitting is de kantonrechter wel gebleken dat de arbeidsverhouding tussen partijen inmiddels zodanig is verstoord, dat van werkgeefster in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Herplaatsing van werkneemster ligt naar het oordeel van de kantonrechter niet in de rede.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 20-04-2018

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2018:3121

Zaaknummer:

Rechters: M.Y.H.G. Erkens

Advocaten: M.A. Woudenberg en T.G. Griffith

Wetsartikelen: 7:681 BW, 7:677 BW, 7:671b, 7:669 lid 3 sub e BW, 7:669 lid 3 sub g BW en 7:686a lid 3 BW

RECHTSPRAAK

werkgever/werknemer

Ontbindingsverzoek afgewezen op e-grond, toegewezen op g-grond. Het verstrekken van een (privé)lening door werknemer (een belastingadviseur) aan een cliënt zonder eerst te overleggen met werkgever is verwijtbaar, maar niet ernstig verwijtbaar. Dat geldt ook voor het niet opvolgen van aanwijzingen van werkgever en houding werknemer op de werkvloer. Tussenbeschikking voor wat betreft pensioenkwestie.

Feiten

Werknemer is op 1 juni 2011 voor onbepaalde tijd bij werkgever in dienst getreden als belastingadviseur. Bij brief van 27 juni 2017 heeft werkgever werknemer, voor zover thans van belang, bericht (kort samengevat) dat hij een schriftelijke waarschuwing heeft ontvangen. Aan werknemer is een verbetertraject overhandigd. Hieraan liggen enkele incidenten ten grondslag (periode februari – mei 2017) die kort gezegd betrekking hebben op: (1) de werkhouding, (2) het functioneren naar collega's toe, (3) de zeer omslachtige wijze van werken en (4) het niet juist registreren van de uren van en door werknemer. Werknemer is het niet eens met de inhoud van de brief. Partijen hebben daarna (o.a. over de brief) meermaals gecorrespondeerd. Werkgever verzoekt onder meer ontbinding van de arbeidsovereenkomst (e-grond of g-grond). Werknemer heeft verweer gevoerd en verzocht de ontbinding af te wijzen.

Oordeel

e-grond

Aldus is de kantonrechter van oordeel dat het verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst geen verband houdt met de ziekmelding van werknemer, zodat het opzegverbod tijdens ziekte niet aan het verzoek van werkgever in de weg staat. Vast staat dat werknemer in privé een lening van € 200.000 heeft verstrekt aan [naam klant], een klant van

werkgever. Werknemer betwist echter dat hij hiermee verwijtbaar heeft gehandeld. De kantonrechter overweegt in dit kader als volgt. Het aanhouden van een financieel belang in een cliënt wordt door het kwaliteitshandboek van Werkgever expliciet benoemd als een bedreiging van de fundamentele beginselen die door een accountant en diens medewerkers moeten worden nageleefd. Uit het kwaliteitshandboek volgt dan ook dat werknemer de lening aan [naam klant] (in ieder geval) met werkgever had moeten bespreken. Werknemer heeft aangevoerd dat hij duidelijk aan werkgever heeft aangegeven interesse te hebben in de investeringsmogelijkheid bij [naam klant] en dat hij aan werkgever heeft gevraagd of hij daarvan gebruik kon maken. Dit wordt door werkgever uitdrukkelijk betwist. Onder de omstandigheden acht de kantonrechter het niet aannemelijk dat werknemer de lening bewust buiten het zicht van werkgever heeft gehouden. Het voorgaande maakt niet dat werknemer ter zake van de lening niets kan worden verweten. Mede gelet op de inhoud van het beroepsuitoefeningsreglement dat op werknemer van toepassing is, had werknemer moeten begrijpen dat het hebben van een financieel belang in een cliënt, ook al is dat feitelijk een investering met voldoende zekerheden, op gespannen voet staat met de – ook zonder toepassing van het kwaliteitshandboek – in acht te nemen onafhankelijkheid. Naar het oordeel van de kantonrechter is het handelen van werknemer echter niet zodanig verwijtbaar, dat van werkgever op die grond in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren in de zin van artikel 7:669 lid 3 sub e BW.

g-grond

Werknemer ontkent en betwist alle kritiek die werkgever ter zake van zijn gedrag en functioneren heeft geuit. Wat daar inhoudelijk ook van zij, uit de correspondentie tussen werkgever en werknemer komt duidelijk naar voren dat werknemer niet openstaat voor aanwijzingen, verzoeken en verbeterpunten vanuit werkgever. Met zijn houding miskent werknemer de positie van werkgever als zijn werkgever. Daar komt bij dat werknemer gesprekken met zijn collega's opneemt en de uren/ productiviteit van alle collega's heeft bijgehouden, in welk kader hij urenlijsten met vertrouwelijke informatie over relaties van werkgever bij het verweerschrift heeft overgelegd. De kantonrechter is dan ook van oordeel dat werknemer met bedoeld gedrag het onderlinge vertrouwen tussen hem, zijn collega's en werkgever heeft geschonden. De kantonrechter is van oordeel dat de arbeidsverhouding tussen partijen, voor zover dit niet al het geval was, hiermee duurzaam verstoord is geraakt. Herplaatsing ligt naar het oordeel van de kantonrechter niet in de rede. Gelet op het voorgaande zal de kantonrechter de arbeidsovereenkomst tussen partijen ontbinden op grond van een verstoorde arbeidsverhouding.

Billijke vergoeding en transitievergoeding

Door werknemer is aangevoerd dat hij stelselmatig door zijn collega's is gepest. Werkgever heeft aangevoerd dat de gebeurtenissen die tussen werknemer en zijn collega's hebben plaatsgevonden, hun aanleiding hebben gevonden in het gedrag van werknemer. Hoewel de kantonrechter dit niet onmogelijk acht, lag het wel op de weg van werkgever om, als goed werkgever, onderzoek te doen naar het gestelde pestgedrag en de mogelijke maatregelen te treffen. Ook volgt de kantonrechter werknemer in zijn stelling dat werkgever de verhoudingen (enigszins) op scherp heeft gezet, door op bepaalde momenten weinig rekening te houden met de persoonlijke omstandigheden van werknemer. Een en ander leidt echter niet tot de conclusie dat werkgever ernstig verwijtbaar heeft gehandeld in de zin van artikel 7:671b lid 8 sub c BW. In dit kader is mede van belang dat werkgever verschillende keren mediation heeft aangeboden om de werksfeer tussen werknemer en zijn collega's te bevorderen. Aan werknemer zal op grond van het voorgaande dan ook geen billijke vergoeding worden toegekend. Anderzijds is de kantonrechter van oordeel dat van ernstige verwijtbaarheid aan de zijde van werknemer evenmin sprake is. De verwijten die werknemer worden gemaakt zijn naar het oordeel van de kantonrechter, alles overwegende, niet dermate ernstig dat hij daardoor het recht op een transitievergoeding zou moeten verliezen.

Pensioen

Ter zitting heeft de kantonrechter vastgesteld dat werkgever inderdaad wel premies (een werknemersafdracht) op het salaris van werknemer heeft ingehouden, maar niet heeft afgedragen aan enige pensioenverzekeraar. Dat er een probleem speelt met betrekking tot het pensioen van werknemer, staat hiermee wel vast. Op basis van de stellingen van partijen en de thans voorhanden gegevens is de kantonrechter echter niet in staat om de onder 4.1.VII. tot en met 4.1.IX. weergegeven verzoeken van werknemer te beoordelen. Werknemer dient deze verzoeken nader te onderbouwen, waarna werkgever in de gelegenheid zal worden gesteld om hierop te reageren. De procedure wordt hiervoor aangehouden.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 19-04-2018

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2018:3440

Zaaknummer: 6648039 VZ VERZ 18-2265

Rechters: A.J.L.M. van der Wildt

Advocaten: A.W.M. Roozeboom en M. Hofman-Kremer

Wetsartikelen: 7:671b lid 8 onder b BW, 7:669 lid 3 sub e BW, 7:669 lid 3 sub g en d BW, 7:673 lid 7 sub c BW en 7:671b lid 6 aanhef en onder a BW

RECHTSPRAAK

verzoekster/Healthy Entrepreneurs B.V. c.s.

Werkgever is aansprakelijk voor (een deel van de) schade, nadat werknemer door een hond wordt gebeten, met rabiës wordt besmet en komt te overlijden. Deels sprake van ‘eigen schuld’ van werknemer door niet (tijdig) ondergaan medische behandeling.

Oordeel

HE en NN hebben in hun akte de kantonrechter in de eerste plaats verzocht op de bindende eindbeslissing dat HE aansprakelijk is voor de uit de beet van de hond voorgekomen schade, zoals vermeld in de tussenbeschikking, terug te komen. In het daartoe door HE en NN aangevoerde wordt daarvoor echter geen aanleiding gezien. Het verzoek wordt dan ook afgewezen. Bij tussenbeschikking is verder bepaald dat sprake is van eigen schuld aan de zijde van slachtoffer. Verzoekster stelt dat zij zich niet kan verenigen met de in de tussenbeschikking aangehaalde omstandigheden, op grond waarvan geoordeeld is dat slachtoffer wist of had moeten weten dat hij toen hij ongevaccineerd werd gebeten door een hond in [land], zo snel mogelijk medisch behandeld diende te worden. In hetgeen zij hierover stelt, wordt echter geen reden gezien om van dit oordeel terug te komen. In de tussenbeschikking zijn partijen in de gelegenheid gesteld om zich bij akte uit te laten over wat precies in de eerste 48 uur na de hondenbeet is gebeurd, of behandeling in die 48 uur mogelijk was en hoe groot de kans van slagen was geweest als deze behandeling (ook ná 48 uur) had plaatsgevonden. Verzoekster heeft bij akte van 8 januari 2018 zo nauwkeurig mogelijk een beeld geschetst van hetgeen zich volgens haar heeft afgespeeld op 4 mei 2013 en de dagen erna. Op grond daarvan heeft zij vastgesteld dat behandeling met MARIG van slachtoffer in de eerste 48 uur na de beet als ook daarna, mogelijk was geweest. Verzoekster vindt echter dat HE zich hierachter niet kan verschuilen. Ook HE en NN hebben zich in hun antwoordakte van 19 februari 2018 uitgelaten over het feitelijk verloop en zich eveneens op het standpunt gesteld dat medische behandeling na de beet in de eerste 48 uur mogelijk was geweest. Op grond van het advies van [naam 2] wordt geconcludeerd dat slachtoffer binnen 48 uur behandeld had kunnen worden en als hij dat had laten doen en hem het juiste medicijn was toegediend, hij vrijwel zeker de beet had overleefd. Verder volgt uit het onbetwist gebleven advies en de

nadere e-mail dat ook behandeling met het juiste medicijn de dagen na de eerste 48 uur na de beet mogelijk zinvol zou zijn geweest, temeer omdat de symptomen van de ziekte zich (pas) na 46 dagen openbaarden. Zoals overwogen in de tussenbeschikking is onder die omstandigheden sprake van eigen schuld van slachtoffer. De uiteenlopende ernst van de door HE en slachtoffer gemaakte fouten noopt echter op grond van billijkheid tot een andere verdeling van de schade dan 15/85. Het is immers moeilijk voorstelbaar dat slachtoffer toen hij besloot om niet direct naar de dokter te gaan daadwerkelijk besepte dat dit zou leiden tot zijn (zeer spoedig) overlijden. Nu verder niemand slachtoffer hier expliciet op heeft gewezen, kan de omstandigheid dat hij dit niet heeft gedaan hem minder worden verweten. Daarbij komt dat de beetwond zelf voorspoedig genas, waardoor de wond op zichzelf geen aanleiding gaf om medische hulp in te schakelen. Verder geldt dat verzoekster ter zitting heeft uitgelegd dat wellicht de wens om een vast dienstverband te krijgen voor slachtoffer ook een rol heeft gespeeld in de keuze om geen arts te bezoeken. Nu verder het bijtincident niet tijdens zijn werk, in welk geval deze 'eigen schuld' wettelijk is uitgesloten, maar wel gedurende zijn verblijf in opdracht van zijn werkgever heeft plaatsgevonden, bestaat reden om een billijkheidscorrectie toe te passen en de verdeling tussen HE en verzoekster naar billijkheid te corrigeren naar 35/65, zodat HE 35% van de schade dient te vergoeden. Verzoekster heeft de urenspecificatie van haar gemachtigde overgelegd, die in totaal uitkomt op 181,5 uur ten bedrage van € 32.117 voor de gehele procedure. HE en NN hebben verweer gevoerd tegen de hoogte van deze kosten. HE is als aansprakelijk te houden partij gehouden tot vergoeding van alle redelijke kosten als bedoeld in artikel 6:96 lid 2 BW. Met HE en NN wordt geoordeeld dat een gemiddeld uurtarief van € 235 redelijk is. Nu echter hiervoor de mate van eigen schuld is vastgesteld op 65% en deze kosten schade betreffen, is HE gehouden tot vergoeding van 35% van deze kosten, te weten € 5.600 exclusief btw.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 10-04-2018

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2018:2223

Zaaknummer: EA 16-960

Rechters: L. van Berkum

Advocaten: M.R. Lauxtermann en A.K. Sjouw

RECHTSPRAAK

werknemer/GVB Exploitatie B.V.

Er is geen (rechts)regel die zich ertegen verzet dat een tijdens de looptijd van een cao door de cao-partijen overeengekomen afwijking van die cao blijft gelden nadat een nieuwe cao is overeengekomen, waarin de afwijking niet is vastgelegd en ook geen andersluidende regeling is opgenomen. Anders dan werknemer meent, is hij terecht ingeschaald op basis van het convenant en niet op basis van de (gewijzigde) cao.

Feiten

Werknemer is bij werkgeefster in dienst als personenvervoerder. Op de arbeidsovereenkomst is de ondernemings-cao van werkgeefster (hierna: cao) van toepassing. Naar aanleiding van een tekort aan personenvervoerders voor het verrichten van avonddiensten – oudere werknemers waren namelijk niet verplicht avonddiensten te verrichten (seniorenregeling) – wordt in overleg tussen werkgeefster, de vakbonden en de ondernemingsraad een convenant gesloten dat alle werknemers verplicht avonddiensten te verrichten. Tegenover deze wijziging (van de seniorenregeling) staat een structurele verhoging van het maximaal te behalen salaris. De maximale salarisschaal die een personenvervoerder tot 1 januari 2008 kon bereiken was schaal 5, trede 11. De nieuwe regeling houdt in dat een personenvervoerder (die, zoals werknemer, niet onder de overgangsregeling valt en niet heeft gekozen voor vrijstelling van avonddiensten) vijf jaar na het bereiken van schaal 5 trede 11 overgaat naar schaal 6, trede 10 en na weer vijf jaar naar schaal 6, trede 11. Werknemer heeft inmiddels laatstgenoemde loonschaal bereikt, maar stelt zich op het standpunt dat hij desbetreffende loonschaal reeds eerder heeft bereikt en stelt een loonvordering in. De kantonrechter heeft de vordering afgewezen.

Oordeel

Het geschil betreft in de kern het antwoord op de vraag wat moet prevaleren: de cao, waarin is bepaald dat werknemers jaarlijks in een hogere functieperiodiek worden ingedeeld

(standpunt werknemer) of het convenant, waarin is bepaald dat een werknemer, zoals werknemer, na het door middel van jaarlijkse stappen bereiken van salarisschaal 5, periodiek 11, na vijf jaar naar schaal 6 periodiek 10 gaat en na nog eens vijf jaar naar schaal 6 periodiek 11 (standpunt werkgeefster). Ook anders dan in absolute uitzonderingsgevallen is het mogelijk af te wijken van het in de cao bepaalde, nu de cao zelf expliciet regelt dat en wanneer afwijkingen zijn toegestaan. Het convenant heeft als de in de cao bedoelde dispensatie te gelden. Alle betrokken vakbonden hebben het convenant, waarin afgeweken wordt van bepalingen in de cao, ondertekend en daarmee hun toestemming voor de desbetreffende afwijking gegeven. Het convenant gaat waar het de regeling van periodieke salarisverhogingen betreft derhalve boven de cao. Personenvervoerders, zoals werknemer, hebben recht op jaarlijkse salarisverhogingen tot zij het maximum van schaal 5 hebben bereikt en dan na vijf en na tien jaar nog recht op telkens een trede van schaal 6. Het hof merkt in dit verband nog op dat het van tweeën één is: of de regeling van het convenant geldt (in welk geval werknemer pas na telkens vijf jaar in aanmerking komt voor een extra trede nadat hij het maximum van schaal 5 heeft bereikt) of de cao geldt (in welk geval hij na het bereiken van het maximum van schaal 5 geen aanspraak kan maken op verdere verhogingen (het recht daartoe is immers in het convenant toegekend)). Ook de stelling van werknemer dat het convenant in ieder geval is vervallen door de wijziging van de cao per 2013, gaat niet op. Er is namelijk geen (rechts)regel die zich ertegen verzet dat een tijdens de looptijd van een cao door de cao-partijen overeengekomen afwijking van die cao blijft gelden nadat een nieuwe cao is overeengekomen, waarin de afwijking niet is vastgelegd en ook geen andersluidende regeling is opgenomen. Ook werknemers standpunt dat een onderscheid naar leeftijd wordt gemaakt strandt. Niet de leeftijd van de betrokkene maar de duur van de arbeidsovereenkomst is bepalend voor het antwoord op de vraag of iemand onder de regeling van de cao of onder die in het convenant valt. Het gaat er immers om of iemand vóór 1 januari 2008 al in dienst was. Overigens zijn beide regelingen vooralsnog gelijkloidend. Er wordt dus geen onderscheid gemaakt, laat staan een onderscheid naar leeftijd. De slotsom is dat werknemer pas vanaf 1 september 2015 aanspraak kon maken op salarisschaal 6, trede 11, zoals ook het geval is.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 27-03-2018

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2018:1023

Zaaknummer: 200.210.137/01

Rechters: H.M.M. Steenberghe, A.M.A. Verscheure en D. Kingma

Advocaten: B. van Meurs en I.M.C.A. Reinders Folmer

RECHTSPRAAK

werknemer/TomTom Telematics Sales B.V.

Geen ernstig en duurzaam verstoorde arbeidsverhouding. Werkgever weigert mediation. Ontbindingsverzoek wordt afgewezen en werknemer ontvangt een billijke vergoeding.

Feiten

Werknemer is sinds 7 november 2011 in dienst van TomTom, laatstelijk in de functie van Senior Customer Support Representative. Op 7 januari 2016 zijn partijen een overeenkomst, genaamd assignment agreement, met elkaar aangegaan, uit hoofde waarvan werknemer met ingang van 1 februari 2016 voor de duur van twee jaar naar TomTom Inc. in de Verenigde Staten zou worden uitgezonden. Op 27 september 2016 is werknemer teruggegaan naar Europa, voor een vakantie, heeft hij aansluitend thuis gewerkt en heeft hij daarna, zoals was afgesproken, nogmaals vakantie genomen. Hoewel partijen hadden afgesproken dat werknemer 24 oktober 2016 weer terug in de Verenigde Staten zou zijn, verbleef hij op dat moment nog in Nederland. Op 31 oktober 2016 hebben werknemer en zijn leidinggevende Y telefonisch contact met elkaar gehad. In dit telefoongesprek gaf werknemer – kort weergegeven – aan dat hij twijfelde over terugkeer naar de Verenigde Staten, vanwege privéomstandigheden. Op 13 december 2016 hebben X en werknemer elkaar over de ontstane situatie gesproken. In de e-mail van 15 december 2016 heeft X het gesprek bevestigd en daarin aangegeven dat er twee vacatures binnen Customer Support, beide schaal 11, beschikbaar zijn en dat TomTom bereid is om een van de vacatures te wijzigen in schaal 12. Daarbij maakt TomTom aanspraak op terugbetaling van (een deel van) de kosten die zij heeft gemaakt in verband met de assignment. In zijn e-mail van 23 december 2016 heeft werknemer medegedeeld dat hij graag voor TomTom wil blijven werken maar dat hij het voorstel van TomTom niet acceptabel vindt. Werkgever heeft in eerste aanleg verzocht de arbeidsovereenkomst te ontbinden, primair op grond van verwijtbaar handelen en/of nalaten, subsidiair op grond van een verstoorde arbeidsverhouding en meer subsidiair op grond van andere omstandigheden. Bij beschikking van 9 mei 2017 heeft de kantonrechter geoordeeld dat sprake is van een duurzaam verstoorde arbeidsverhouding. Tegen dit oordeel keert werknemer zich in hoger beroep.

Oordeel

Tussen X en werknemer bestond een duurzaam verschil van inzicht over de hoogte van het loon na terugkeer van werknemer in Nederland en over de vraag of TomTom gerechtigd was een deel van de one-off settling in allowance van USD 5.000 en de housing allowance van USD 10.000 terug te vorderen van werknemer en zo ja, tot welk bedrag. Dat er een verschil van inzicht bestond tussen X en werknemer betekent niet dat de verhouding tussen werknemer en TomTom ernstig en duurzaam was verstoord. Door werknemer is verklaard – hetgeen niet door TomTom is betwist – dat het contact met de meeste van zijn collega's en leidinggevenden goed was en nog steeds is. Het verschil van inzicht betrof vooral een financiële kwestie. Daarbij was het meningsverschil niet diepgaand en hield dit geen verband met de manier waarop werknemer uitvoering gaf aan zijn werkzaamheden. TomTom is, nadat werknemer had kenbaar gemaakt niet meer te willen terugkeren naar de Verenigde Staten, in de onderhandelingen met werknemer blijven vasthouden aan de terugvordering van een deel van de one-off settling in allowance van USD 5.000 en de housing allowance van USD 10.000. Niet gebleken is dat omtrent de terugvordering van deze vergoedingen voorafgaand aan het sluiten van de assignment agreement afspraken zijn gemaakt. Doordat TomTom heeft vastgehouden aan de terugbetaling van in ieder geval een deel van voornoemde kosten en deze terugbetaling vervolgens telkens heeft gekoppeld aan het aanbod van een andere functie, heeft zij zelf een bijdrage geleverd aan het ontstaan van de impasse. TomTom heeft die koppeling nadien weliswaar ontkend, maar uit de schriftelijke voorstellen die zij werknemer heeft gedaan volgt dat TomTom destijds een en ander gekoppeld aan werknemer heeft voorgelegd. TomTom had de ontstane impasse mogelijk kunnen doorbreken door werknemer een onvoorwaardelijk en definitief aanbod voor een andere functie te doen dan wel hem de daarbij behorende werkzaamheden op te dragen, waarna zij consequenties had kunnen verbinden aan een eventuele weigering van werknemer om die werkzaamheden te verrichten. Nu TomTom dat niet heeft gedaan, is het gebleven bij een verschil van inzicht in de onderhandelingen, hetgeen in de omstandigheden van dit geval onvoldoende is om te concluderen tot een ernstig en duurzaam verstoorde arbeidsverhouding. Dat brengt mee dat er naar het oordeel van het hof geen sprake was van een verstoord arbeidsverhouding, zodanig dat van TomTom in redelijkheid niet gevergd kon worden de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Een en ander betekent dat het hof alsnog de overige gronden dient te beoordelen die TomTom in eerste aanleg heeft aangevoerd. TomTom heeft naast de verstoord arbeidsverhouding nog twee andere gronden voor ontbinding aangevoerd. Op grond van hetgeen hiervoor reeds is overwogen, is het hof van oordeel dat werknemer zich niet dusdanig onredelijk en onwelwillend heeft opgesteld in de onderhandelingen met TomTom dat sprake is van verwijtbaar handelen aan de zijde van werknemer. Ook ziet het hof geen aanleiding voor een ontbinding op grond van overige omstandigheden (de h-grond). TomTom heeft

hiervoor onvoldoende gronden aangevoerd. Derhalve komt het hof tot het oordeel dat zich geen grond voor ontbinding voordeed. Werknemer wordt een billijke vergoeding toegekend van € 7.500 bruto.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 27-03-2018

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2018:1026

Zaaknummer: 200.220.790/01

Rechters: H.T. van der Meer, R.J.F. Thiessen en F.J. Verbeek

Advocaten: A.M. den Hollander en M.P. Dickhoff

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

RECHTSPRAAK

Federatie Nederlandse Vakbeweging/werkgeefster

Uitleg CAO Bouwnijverheid. De ‘woning’ van een werknemer in de zin van artikel 55 lid 1 CAO kan een andere plaats zijn dan de gewone verblijfplaats van de werknemer.

Feiten

Werkgeefster is een uitzendonderneming. Zij stelt uitzendkrachten ter beschikking aan vooral bouwondernemingen. Werkgeefster werft haar werknemers in Nederland, maar ook onder meer in Polen en Duitsland. Aan werknemers afkomstig uit die landen stelt zij in Nederland huisvesting ter beschikking in de buurt van de (bouw)plaats waar zij moeten werken. Werkgeefster is lid van de Nederlandse Bond van Bemiddelings- en Uitzendondernemingen (NBBU). Op de uitzendovereenkomsten tussen werkgeefster en haar werknemers zijn de bepalingen van de CAO-NBBU 2014-2019 (hierna: CAO-NBBU) van toepassing. Volgens de CAO-NBBU moet werkgeefster de door haar uitgezonden bouwplaatswerknemers belonen conform de CAO Bouwnijverheid (hierna: de CAO). Partijen verschillen van mening over de uitleg van artikel 55 CAO. Zij hebben aan hun standpunten in deze procedure diverse vorderingen verbonden. FNV betoogt dat, in geval van arbeidsmigranten, met ‘woning’ (en ‘huiswaarts keren’) in artikel 55 lid 1 CAO is bedoeld (de reis naar) hun woonplaats in het land van herkomst. Daarom moet de werkgever of de kosten van huisvesting in Nederland vergoeden of huisvesting dichtbij het werk kosteloos ter beschikking stellen. Werkgeefster voert aan dat artikel 55 lid 1 CAO is geschreven om de werknemer te beschermen tegen een onredelijke reistijd van zijn woning naar zijn werk. Van een onredelijke reistijd is geen sprake, aldus werkgeefster, als een arbeidsmigrant in de omgeving van zijn werkplek is gehuisvest. In dat geval bestaat geen aanspraak op de in artikel 55 lid 1 bedoelde vergoeding. Werkgeefster meent dan ook niet gehouden te zijn om artikel 55 lid 1 CAO in dergelijke gevallen toe te passen. De kantonrechter heeft de vorderingen van FNV afgewezen en de vorderingen van werkgeefster deels toegewezen. Het hof heeft het vonnis van de kantonrechter bekrachtigd. Tegen dit oordeel keert FNV zich in hoger beroep.

Oordeel

De middelen klagen over de wijze waarop het hof het begrip ‘woning’ in artikel 55 lid 1 CAO heeft uitgelegd. Artikel 55 CAO is algemeen verbindend verklaard en bevat dus recht in de zin van artikel 79 Wet RO. De door het hof aan deze bepaling gegeven uitleg kan derhalve in cassatie op juistheid worden onderzocht.

Cao-norm

Anders dan het middel betoogt, kan bij de toepassing van de cao-norm geen betekenis worden toegekend aan andere stukken dan de tekst van de cao en de eventueel daarbij behorende toelichting. Dat wordt niet anders indien dergelijke andere stukken algemeen kenbaar zijn, afkomstig zijn van de gezamenlijke cao-partijen en bedoeld zijn om werkgevers en werknemers voor te lichten over de toepasselijke arbeidsvoorwaarden. Zij vormen ook dan immers geen deel van de uit te leggen rechtsbron (de tekst van de cao), en hebben evenmin de status van een bij die tekst behorende toelichting. Bij een andere opvatting zou voor degenen voor wie de cao geldt onvoldoende duidelijk zijn welke bronnen wel en welke niet bij de uitleg mogen worden betrokken. Gelet op de bestaansgrond van de cao-norm (zie het arrest FNV/Condor) kan dit niet worden aanvaard. Het middel faalt daarom.

Uitleg artikel 55 CAO

Gelet op de bewoordingen van artikel 55 CAO in het licht van de overige relevante bepalingen van de CAO, moet het begrip ‘woning’ in artikel 55 lid 1 CAO aldus worden begrepen dat het de plaats betreft waar de werknemer in de periode die het werk duurt, zijn reguliere verblijfplaats heeft. Dit kan de tijdelijke verblijfplaats zijn waarnaar de werknemer dagelijks na het werk terugkeert en waar hij slaapt, maar dit kan ook een verder van het werk gelegen woning of verblijfplaats zijn. Bij het bepalen welke van de verblijfplaatsen van de werknemer is aan te merken als ‘woning’ in de zin van artikel 55 lid 1 CAO komt het aan op alle omstandigheden van het geval, waarbij onder meer van belang is waar de werknemer tijdens de duur van het werk doorgaans in het weekeinde, of tijdens een daarmee gelijk te stellen wekelijkse werkonderbreking, verblijft, en welke reisafstand bestaat tussen het werk en de mogelijk als ‘woning’ in aanmerking te nemen plaatsen. Deze uitleg sluit aan bij de woorden ‘dat dagelijks huiswaarts keren van de werknemer onredelijk zou zijn’ in artikel 55 lid 1 CAO, bij de bepaling van artikel 51 CAO dat de werknemer recht heeft op een reisenvergoeding indien de reistijd tussen woning en werk meer dan zestig minuten bedraagt, en bij de bepaling in artikel 50 lid 5 CAO dat de werknemer bedoeld in artikel 55 lid 1, naast het reguliere woon-werkverkeer, het recht heeft tussendoor eenmaal per week op kosten van de werkgever naar huis te gaan. Deze bepalingen veronderstellen immers dat tussen het werk en het huis of de woning een in beginsel dagelijks, en in ieder geval wekelijks praktisch overbrugbare afstand bestaat. De ‘woning’ van een werknemer in de zin van artikel 55 lid 1 CAO kan daardoor,

anders dan het middel in de kern betoogt, een andere plaats zijn dan de gewone verblijfplaats van de werknemer. Bij dat laatste begrip gaat het immers om de plaats waar de werknemer het permanente centrum van zijn belangen heeft gevestigd met de bedoeling daaraan een vast karakter te geven. Niet van belang bij de toepassing van artikel 55 lid 1 CAO is of de gewone verblijfplaats van de werknemer al dan niet in Nederland is gelegen. Van ongelijke behandeling tussen Nederlandse werknemers en werknemers uit andere lidstaten van de EU is dan ook geen sprake.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 04-05-2018

ECLI: ECLI:NL:HR:2018:678

Zaaknummer: 17/00384

Rechters: A.H.T. Heisterkamp, C.E. du Perron, M.J. Kroeze, C.H. Sieburgh en H.M. Wattendorff

Advocaten: R.A.A. Duk en S.F. Sagel

Wetsartikelen: 55 CAO Bouwnijverheid

RECHTSPRAAK

werkgeefster/werknemer

Conclusie A-G. In geval zich diverse van elkaar losstaande niet ernstig verwijtbare gedragingen hebben voorgedaan, leveren deze bij elkaar opgeteld geen ernstig verwijtbare gedraging van de werknemer op. Artikel 81 Wet RO.

Feiten

Vervolg AR 2016-0591. Werknemer (geboren 1953) is op 14 augustus 1989 bij werkgeefster in dienst getreden in de functie van veerman. Werkgeefster heeft de kantonrechter verzocht de arbeidsovereenkomst te ontbinden op de d-, e- en g-grond, alsmede te oordelen dat sprake is van ernstig verwijtbaar handelen van de werknemer zodat de transitievergoeding niet verschuldigd is. Daartoe voert werkgeefster aan dat zij met name vanaf 2014 veel klachten van klanten en collega's over werknemer heeft ontvangen, die – kort samengevat – inhouden dat hij: weigert (potentiële) klanten over te varen indien zij niet gepast betalen; klanten schoffeert en intimideert; wisselgeld in auto's en/of de Maas smijt; weigert om klanten bonnetjes/betalingsafschriften te verstrekken en te weinig omzet afdraagt. De kantonrechter heeft het ontbindingsverzoek afgewezen. Het hof heeft de arbeidsovereenkomst op de e-grond ontbonden en werkgeefster – in verband met het gestelde ernstig verwijtbaar handelen – tot bewijslevering toegelaten van feiten en omstandigheden die kunnen leiden tot de conclusie dat werknemer structureel te weinig omzet heeft afgedragen. Het hof heeft geoordeeld dat werkgeefster niet in haar bewijsopdracht is geslaagd en heeft de door werkgeefster gevorderde verklaring voor recht dat ingevolge artikel 7:673 lid 7 sub c BW geen transitievergoeding verschuldigd is aan werknemer, afgewezen. Werkgeefster heeft cassatie ingesteld.

Conclusie A-G Timmerman

Voor zover de klacht tot uitgangspunt neemt dat de gedragingen gezamenlijk genomen ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van werknemer opleveren in de zin van artikel 7:673 lid 7 sub c BW, gaat de klacht uit van een onjuiste redenering en faalt deze. In geval zich diverse van elkaar losstaande niet ernstig verwijtbare gedragingen hebben voorgedaan, leveren deze bij elkaar opgeteld geen ernstig verwijtbare gedraging van de werknemer op. De werknemer is

dan steeds onder de hoge lat van ernstige verwijtbaarheid gebleven. Wat exact moet worden verstaan onder ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer is in de wetgeschiedenis van de Wwz niet nader omschreven. Uit de voorbeelden uit de memorie van toelichting en de jurisprudentie valt m.i. het volgende af te leiden. Voor bepaalde gedragingen van de werknemer geldt dat deze op zichzelf en eenmalig voldoende zijn om ernstige verwijtbaarheid aan de kant van de werknemer op te leveren. In dit verband wijs ik op het eerste voorbeeld uit de memorie van toelichting. Het betreft hier strafbare gedragingen van de werknemer zoals diefstal, verduistering, bedrog en andere misdrijven waardoor de werknemer het vertrouwen van de werkgever onwaardig wordt. Voor andere gedragingen van de werknemer geldt dat deze een meer structureel of repeterend karakter moeten hebben om tot het oordeel ernstig verwijtbaar te leiden, zo blijkt uit het derde en vierde voorbeeld uit de memorie van toelichting. Bij deze meer structurele gedragingen is tevens van belang dat de werknemer door de werkgever op zijn ongewenste gedrag is gewezen en de werknemer dit ongewenste gedrag toch voortzet. Het hof heeft de hoge lat die volgens de wetgever geldt voor het aannemen van ernstige verwijtbaarheid aan de kant van de werknemer erkend. Bij de toets of er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen door werknemer heeft het hof bovendien kenbaar aansluiting gezocht bij de voorbeelden van ernstig verwijtbaar handelen die de wetgever in de memorie van toelichting heeft opgenomen. De conclusie strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

Oordeel

De in het middel aangevoerde klachten kunnen niet tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien artikel 81 lid 1 Wet RO, geen nadere motivering nu de klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 04-05-2018

ECLI: ECLI:NL:HR:2018:687

Zaaknummer: 17/04341

Rechters: A.M.J. van Buchem-Spapens, A.H.T. Heisterkamp en C.E. du Perron

Advocaten: H.J.W. Alt en R.A.A. Duk

Wetsartikelen: 7:673 lid 7 sub c BW

RECHTSPRAAK

Geerts Metaalwaren B.V./werknemer

Verzoek ontbinding arbeidsovereenkomst op e- en g-grond afgewezen. Werknemer was kort ervoor DGA van het bedrijf waarvan hij later werknemer werd. Werkgever had hem de kans moeten geven zich te verbeteren i.p.v. opon-actiefstelling binnen een maand.

Feiten

Werknemer was in het verleden (indirect) DGA van Geerts Metaalwaren I. In verband met onder meer financiële problemen heeft Geerts Metaalwaren I de activa en onroerend goed in 2017 verkocht aan Bravilor, al tientallen jaren een afnemer van Geerts Metaalwaren I. Deze activa werden vervolgens op 28 augustus 2017 geleverd aan Geerts Metaalwaren, een door Bravilor opgerichte vennootschap. In het kader van deze overname is aan werknemer een arbeidsovereenkomst aangeboden. Hij trad per 1 september 2017 in dienst bij Geerts Metaalwaren. Bij indiensttreding is aan werknemer geen functieomschrijving verstrekt. Vóór de overname van Geerts Metaalwaren I was de firma Hoole jarenlang de afnemer van oud ijzer van Geerts Metaalwaren I. Na de overname is Geerts Metaalwaren overgestapt naar een andere afnemer. Op 28 september 2017 is werknemer door Geerts Metaalwaren op non-actief gesteld. Geerts Metaalwaren verzoekt onder meer ontbinding van de arbeidsovereenkomst op de e- en g-grond.

Oordeel

Geerts Metaalwaren voert aan dat de redelijke grond voor ontbinding is gelegen in de handelwijze van werknemer. Hij heeft tegen de uitdrukkelijke instructie van Geerts Metaalwaren in, en derhalve onbevoegd, restafval metaalwaren verkocht aan de firma Hoole. Naar het oordeel van de kantonrechter leveren de door Geerts Metaalwaren in dat verband naar voren gebrachte feiten en omstandigheden geen redelijke grond voor ontbinding op. De kantonrechter stelt bij de beoordeling van het geschil voorop dat werknemer jarenlang directeur/eigenaar is geweest van Geerts Metaalwaren I. In die hoedanigheid had hij alle bevoegdheden die bij die functie hoorden. De overgang van een dergelijke positie naar die van 'gewoon werknemer' is niet eenvoudig en vereist van beide partijen het nodige. Het had op de

weg van Geerts Metaalwaren gelegen een duidelijke functieomschrijving aan werknemer te verstrekken, zeker nu zij kennelijk zoveel waarde hecht aan de gestelde overschrijding van bevoegdheden door werknemer. Voorts staat vast dat bij/voor de overname van de activa er op het terrein van Geerts Metaalwaren bakken stonden, gevuld met restafval metaalwaren, welke eigendom waren van de firma Hoole. Vast staat dat Hoole die bakken diende weg te halen. Het feit dat werknemer in de ogen van Geerts Metaalwaren fouten heeft gemaakt door niet onmiddellijk voor de formele documentatie te zorgen en onbevoegd te verkopen maakt nog niet dat aannemelijk is dat werknemer de bedoeling heeft gehad zaken te verdoezelen of te verduisteren. Het moge zo zijn dat werknemer niet alle formaliteiten op de juiste wijze heeft vervuld, doch zulks is kennelijk een gevolg van zijn jarenlange gewoonte als directeur/eigenaar van Geerts Metaalwaren I. De kantonrechter acht het handelen van werknemer niet zo ernstig dat dit moet worden aangemerkt als verwijtbaar handelen of nalaten. Dit geldt temeer nu het de bedoeling van partijen is geweest een langjarig arbeidscontract te sluiten en werknemer pas een paar weken in dienst was. Aan hem had de gelegenheid dienen te worden gegeven zich aan de voor hem nieuwe situatie aan te passen. Geerts Metaalwaren heeft ten onrechte niet aan werknemer de mogelijkheid geboden zijn gestelde slechte functioneren te verbeteren. Dit had ook in de rede gelegen gelet op de voorgeschiedenis en het feit dat een concrete taakomschrijving voor werknemer ontbrak. Nu hiervoor is geoordeeld dat geen sprake is van zodanig verwijtbaar gedrag dat ontbinding van de arbeidsovereenkomst rechtvaardigt, is er ook geen grond om de arbeidsverhouding te ontbinden wegens een verstoorde relatie. De kantonrechter is verder van oordeel dat er geen reden is om te oordelen dat herplaatsing van werknemer binnen een redelijke termijn niet mogelijk is.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 25-04-2018

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2018:3261

Zaaknummer: 6740241 AO VERZ 18-28

Rechters: S.B. Rip

Advocaten: E.K.W. van Kampen, S. van Creij, M.A. Le Belle en E.A.Th. den Haan-van Wijk

Wetsartikelen: 7:611 BW, 7:669 lid 3 onderdeel e BW, 7:669 lid 3 onderdeel g BW, 7:671b BW, 7:677b lid 9 onderdeel c BW en 7:683a lid 3 BW

RECHTSPRAAK

Verpakkingsindustrie Velsen B.V./werknemer

Werknemer gebruikt meermalen verbaal geweld tegen collega's. Ontbindingsverzoek afgewezen nu ontslagredenen verband houden met de ziekte. Ontbinding ook niet in belang van werknemer.

Feiten

Werknemer is op 15 augustus 1988 in dienst getreden bij Flexoplast. Sinds 2016 vertoont werknemer afwijkend gedrag, in die zin dat hij zich agressief en intimiderend ten opzichte van zijn collega's gedraagt. Op 10 november 2016 heeft de bedrijfsarts contact opgenomen met de huisarts van werknemer. Werknemer had aangegeven dat hij op het werk vergiftigd zou zijn en wenste een bloedonderzoek. Bij e-mail van 10 november 2016 heeft de bedrijfsarts werknemer arbeidsongeschikt verklaard. Op 17 januari 2017 hebben partijen afgesproken dat werknemer zijn werkzaamheden zou hervatten in een andere ploeg, te weten de B-ploeg. Op 9 februari 2017 heeft zich een incident voorgedaan waarbij werknemer verbaal geweld tegen twee collega's heeft gebruikt. Naar aanleiding van dit incident is werknemer twee dagen geschorst. Flexoplast heeft aangegeven dat het op een dreigende manier aanspreken van collega's niet getolereerd wordt en een volgende overtreding arbeidsrechtelijke consequenties zal hebben. Bij brief van 15 februari 2017 heeft Flexoplast werknemer een officiële waarschuwing gegeven. Op 18 oktober 2017 heeft zich wederom een incident voorgedaan. Werknemer heeft zich woedend uitgelaten richting een collega van de A-ploeg. Op 28 november 2017 heeft werknemer een collega met de dood bedreigd. Naar aanleiding van dit incident is werknemer een dag geschorst. Bij brief van 29 november 2017 heeft werknemer van Flexoplast een tweede officiële waarschuwing gekregen. Werknemer heeft van 4 december 2017 tot en met 15 januari 2018 vakantie genoten en is vervolgens vrijgesteld van het verrichten van werkzaamheden. Eind januari 2018 heeft de gemachtigde van werknemer hem ziekgemeld. De bedrijfsarts heeft vastgesteld dat werknemer arbeidsongeschikt is en heeft de arbeidsongeschiktheid per 28 november 2017 in laten gaan. Flexoplast verzoekt de arbeidsovereenkomst met werknemer te ontbinden op de e-, g- en h-grond. Flexoplast doet daarnaast uitdrukkelijk een beroep op artikel 7:671b lid 6 BW.

Oordeel

De kantonrechter stelt vast dat sprake is van een opzegverbod, omdat werknemer ongeschikt is tot het verrichten van zijn arbeid wegens ziekte. De kantonrechter is van oordeel dat sprake is van een zodanig verband tussen enerzijds de ziekte en arbeidsongeschiktheid van werknemer en anderzijds de door Flexoplast ter onderbouwing van de gestelde ontslaggronden aangevoerde feiten en omstandigheden dat voor een ontbinding van de arbeidsovereenkomst geen plaats is. Daartoe wordt het volgende overwogen. Volgens het verslag van de bedrijfsarts van 21 februari 2018 bestaat de problematiek van werknemer al langer, spelen gebeurtenissen op het werk een grote rol in de beleving van werknemer en wantrouwt hij collega's. Mede gezien de aard van zijn medische problemen is het aannemelijk dat de ziekte en arbeidsongeschiktheid van werknemer een relatie hebben met de incidenten. De manier waarop werknemer zich tijdens die conflicten heeft geuit past bij de psychische klachten die hij heeft. Derhalve moet ervan worden uitgegaan dat die incidenten (mede) zijn veroorzaakt door de ziekte van werknemer. Dat betekent dat er een verband is tussen het ontbindingsverzoek en de ziekte van werknemer, zodat het verzoek niet kan worden ingewilligd. Flexoplast heeft nog aangevoerd dat het opzegverbod niet aan ontbinding van de arbeidsovereenkomst in de weg staat, omdat ontbinding in het belang is van werknemer zelf. De kantonrechter oordeelt evenwel dat ontbinding van de arbeidsovereenkomst niet in het belang van werknemer is. De kantonrechter neemt hierbij in aanmerking dat werknemer behandeling volgt om zijn stoornis onder controle te krijgen. Uit de probleemanalyse van de bedrijfsarts volgt bovendien dat samenwerking 'nu' niet mogelijk is, dat er *'nu geen benutbare mogelijkheden'* zijn en dat *'de toekomst (...) nog onduidelijk'* is. De kantonrechter vindt het dan ook te voorbarig om bij deze stand van zaken te concluderen dat werknemer zijn functie van Extrudeur A in de toekomst niet meer zou kunnen uitoefenen en dat hij om die reden gebaat zou zijn bij een ontbinding van zijn arbeidsovereenkomst.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 23-04-2018

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2018:3655

Zaaknummer: 6581076 \ AO VERZ 18-4 (PA)

Rechters: I.H. Lips

Advocaten: E.W. Kingma en I. Kuiper-Bisscheroux

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

RECHTSPRAAK

**werknemer/Vereniging tot behoud van
Natuurmonumenten in Nederland**

***Ontbinding arbeidsovereenkomst boswachter op de e-grond terecht na
ongewenst gedrag jegens collega in 2014/2015. Ondanks instructie
bezoekt werknemer in 2017 collega onaangekondigd op haar werk.
Geen verwatering afspraken/instructies door tijdsverloop of feitelijke
situatie.***

Feiten

Werknemer is op 1 december 1980 in dienst getreden bij Natuurmonumenten in de functie van boswachter. Vanaf omstreeks 2012 heeft werknemer ten opzichte van zijn collega ongewenst gedrag vertoond (aangegeven dat hij verliefd op haar was, vulgaire berichten naar haar gestuurd, haar herhaaldelijk (ook 's nachts) gebeld, vervalsen van haar handtekening en gebruiken van haar betaalgegevens enz.). Dit heeft op 1 september 2014 geleid tot schorsing van werknemer. Zijn collega heeft op haar beurt professionele hulp ingeschakeld om de uitlatingen en gedragingen van werknemer een plek te geven. Bij brief van 7 oktober 2014 heeft Natuurmonumenten aan werknemer een laatste formele waarschuwing gegeven. Bij brief van 6 november 2014 deelt Natuurmonumenten aan werknemer mede dat hij voor een jaar wordt gedetacheerd bij bedrijf X en dat het uitgangspunt is dat hij niet terugkeert. Op 1 maart 2015 schrijft werknemer onder meer aan zijn collega dat hij er spijt van heeft. Op 24 maart 2015 heeft een gesprek plaatsgevonden tussen de toenmalige leidinggevende en werknemer. Werknemer heeft aangegeven dat de overplaatsing hem zwaar valt en dat zijn sociale leven een behoorlijke deuk heeft opgelopen in de kleine gemeenschap. Hij hoopt dat terugkeer mogelijk is. Zijn leidinggevende heeft werknemer tevens aangegeven dat het niet de afspraak was dat werknemer contact met zijn collega zou opnemen. Op 24 maart 2017 is werknemer op eigen initiatief en zonder vooraankondiging naar zijn collega gegaan en heeft hij haar op haar werkplek bezocht. Naar aanleiding hiervan is werknemer op 24 maart 2017 geschorst. Natuurmonumenten heeft de kantonrechter verzocht de arbeidsovereenkomst tussen partijen te ontbinden op de e-grond dan wel g-grond. De kantonrechter de

arbeidsovereenkomst tussen partijen met ingang van 1 juli 2017 ontbonden zonder toekenning van de transitievergoeding.

Oordeel

Het hof neemt tot uitgangspunt dat het gedrag van werknemer, in samenhang gezien, zonder meer als grensoverschrijdend en ontoelaatbaar jegens zijn collega moet worden aangemerkt. Voorts staat vast dat Natuurmonumenten eind 2014 voornemens is geweest om werknemer op basis van deze feiten op staande voet te ontslaan, maar dat zij uiteindelijk gevolg heeft gegeven aan het verzoek van werknemer om hem een tweede kans te geven en dat zij het dienstverband heeft voortgezet onder een aantal voorwaarden. Aan werknemer is door Natuurmonumenten zeer indringend kenbaar gemaakt dat zijn gedrag intolerabel was en dat hij werd overgeplaatst en hij geen contact met zijn collega meer mocht hebben. Hij is daarbij gewaarschuwd dat ongewenst gedrag niet meer getolereerd zou worden en dat wanneer hij niet van onbesproken gedrag zou zijn alsmede ingeval hij het door Natuurmonumenten in hem gestelde vertrouwen wederom mocht beschamen, hij rekening diende te houden met ontslag. Op 24 maart 2017 is werknemer op eigen initiatief en zonder vooraankondiging naar zijn collega gegaan. Deze omstandigheden brengen met zich dat niet alleen sprake is van een verstoorde verhouding, zodanig dat van Natuurmonumenten als werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst met werknemer te laten voortduren mede omdat (nieuwe) overplaatsing geen optie meer was, maar ook dat werknemer verwijtbaar heeft gehandeld, zodanig dat van Natuurmonumenten als werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst met werknemer te laten voortduren. Het hof is van oordeel dat de kantonrechter terecht het verzoek om ontbinding van de arbeidsovereenkomst heeft toegewezen. Wat betreft het verzoek om de transitievergoeding overweegt het hof als volgt. Of werknemer *ernstig* verwijtbaar heeft gehandeld hangt af van alle omstandigheden van het geval. Natuurmonumenten heeft gesteld dat de leidinggevende werknemer in het telefoongesprek van begin maart 2017 heeft gezegd dat hij niet naar zijn collega/de plaats waar zij werkt mocht komen. Werknemer heeft dit stellig betwist. Het hof zal daarom Natuurmonumenten in de gelegenheid stellen om deze feitelijke omstandigheid te bewijzen. Mocht Natuurmonumenten in dit bewijs slagen, dan is het hof van oordeel dat in dat geval in elk geval sprake is van ernstig verwijtbaar handelen aan de zijde van werknemer waardoor in beginsel geen aanspraak bestaat op de transitievergoeding.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 28-03-2018

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2018:4162

Zaaknummer: 200.224.064

Rechters: M.F.J.N. van Osch, C. Hoogland en R. de Vries

Advocaten: J. van Overdam en C.B.G. Derks

Wetsartikelen: 7:669 lid 3 onderdeel e BW, 7:671b lid 8 BW, 7:673 lid 8 BW en 7:683 lid 3 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/maatschap MB c.s.

Ontslag op staande voet ten onrechte gegeven. Toekenning transitievergoeding en volledige vergoeding ex artikel 7:672 lid 10 BW echter naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar, omdat de arbeidsovereenkomst toch al zou eindigen.

Feiten

In 2009 is werknemer in dienst getreden van MB (maatschap waarin een accountants- en belastingadviesbureau wordt gedreven). In zijn arbeidsovereenkomst is bepaald dat het werknemer verboden is om zonder toestemming van MB na het einde van de dienstbetrekking werkzaamheden te verrichten voor een cliënt voor wie hij bij MB werkzaam is geweest en/of te gaan samenwerken met een van de werknemers met wie hij tijdens de werkzaamheden heeft samengewerkt. Vanaf 1 januari 2017 bestond de maatschap uit twee maten, te weten Caami B.V. (betrokkene 1) en Okkie Noordwijk B.V. (betrokkene 2). In 2017 is onenigheid ontstaan tussen betrokkene 1 en betrokkene 2 en besloten zij hun samenwerking te beëindigen. Betrokkene 1 heeft begin oktober 2017 aan betrokkene 2 meegedeeld dat hij samen met o.m. werknemer verder wilde gaan bij GBA. Betrokkene 2 heeft daartegen geen bezwaar gemaakt. Nadien hebben betrokkene 1 en betrokkene 2 besloten dat Okkie de onderneming van MB per 31 december 2017 zou voortzetten en dat Caami met o.a. werknemer haar praktijk elders zou voortzetten. Op 28 november 2017 heeft MB werknemer op non-actief gesteld en hiervan mededeling gedaan aan haar werknemers. Op 1 december 2017 heeft MB bij een door haar advocaat verzonden e-mail aan werknemer bericht dat hij op staande voet is ontslagen wegens geconstateerde overtredingen van interne voorschriften, bestaande uit het onbevoegd ondertekenen en versturen van een vijftal jaarrekeningen en het op briefpapier van GBA, een rechtstreekse concurrent van MB, uitbrengen van offertes aan klanten van MB. In het bericht staat ook dat MB aanspraak maakt op de contractueel overeengekomen boete. Werknemer is per 1 januari 2018 in dienst getreden van GBA. Werknemer verzoekt onder meer zowel MB, Okkie als Caami hoofdelijk te veroordelen tot betaling van een billijke vergoeding, achterstallig loon en de transitievergoeding.

Oordeel

Ter zitting heeft werknemer erkend dat hij vijf jaarrekeningen heeft getekend terwijl hij van MB geen toestemming had gekregen om jaarrekeningen te tekenen. Het uitbrengen van eerdergenoemde offertes tijdens werktijd zonder toestemming van MB is door werknemer niet weersproken. Daarmee staat naar het oordeel van de kantonrechter vast dat werknemer verwijtbaar heeft gehandeld. De aard en de ernst van deze handelingen acht de kantonrechter echter niet van dien aard dat van MB redelijkerwijze niet gevergd kon worden de arbeidsovereenkomst te laten voortduren, als de navolgende omstandigheden in aanmerking worden genomen. Gedurende zijn dienstverband heeft werknemer altijd goed gefunctioneerd; als Registeraccountant is werknemer formeel bevoegd tot het tekenen van jaarstukken; gesteld noch gebleken is dat het tekenen van de betreffende jaarstukken tot schade voor MB heeft geleid; de door werknemer uitgebrachte offertes waren gericht aan klanten van MB die mee zouden gaan naar GBA en de betreffende offertes zijn uitgebracht met instemming van betrokkene 1; werknemer had betrokkene 2 daarvoor weliswaar geen toestemming gevraagd, maar laatstgenoemde had werknemer ook geen instructies gegeven over de wijze waarop die klanten mochten of (niet) moesten worden geïnformeerd; het feit dat werknemer deze offertes tijdens werktijd heeft opgesteld is laakbaar, maar MB had de daarmee gemoeide tijd op het loon van werknemer kunnen inhouden of zij had werknemer kunnen vragen die tijd in te halen. Bij gebrek aan een dringende reden is de arbeidsovereenkomst op 1 december 2017 opgezegd tegen een eerdere dag dan tussen partijen geldt, zodat werknemer aanspraak kan maken op de vergoeding van artikel 7:672 lid 10 BW. In deze zaak staat vast dat, als werknemer niet per 1 december 2017 was ontslagen, de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden was geëindigd per 31 december 2017. Naar het oordeel van de kantonrechter zou het daarom naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn om aan werknemer een vergoeding toe te kennen over de periode na 31 december 2017. De kantonrechter ziet geen aanleiding om werknemer op grond van artikel 7:681 lid 1 BW ten laste van MB een billijke vergoeding toe te kennen. Daartoe is redengevend dat werknemer zich niet als een goed werknemer heeft gedragen en dat de arbeidsovereenkomst zonder het ontslag per 31 december 2017 zou zijn geëindigd. Uit artikel 7: 673 BW vloeit voort dat MB een transitievergoeding aan werknemer is verschuldigd. Naar het oordeel van de kantonrechter is het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid echter onaanvaardbaar om de transitievergoeding toe te kennen. Als opzegging door MB achterwege was gebleven dan zou de arbeidsovereenkomst immers door ontslagname of op verzoek van werknemer met wederzijds goedvinden enkele weken later zijn geëindigd. In dat geval zou werknemer geen aanspraak op een transitievergoeding hebben.

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 14-03-2018

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2018:3011

Zaaknummer: 6549808/17-50715

Rechters: E. Weiss

Advocaten: M.J. Aantjes en L.M. Baeten

Wetsartikelen: 7:672 lid 10 BW, 7:673 BW, 7:677 BW, 7:678 BW en 7:681 BW

RECHTSPRAAK

Van Iperen B.V./werknemer

Werknemer wil/kan zich niet conformeren aan nieuwe structuur en werkwijze werkgever na jarenlang dienstverband. Ontbinding wegens verstoorde verhouding. (Neven)verzoek tot instellen OR afgewezen wegens onvoldoende connexiteit en belang.

Feiten

Werknemer is op 1 juli 1988 bij Van Iperen in dienst getreden. Vanaf 2010 zijn er in toenemende mate discussies ontstaan tussen werknemer en het management van Van Iperen over verschillende zaken. Tussen werknemer en D (nieuwe algemeen directeur) hebben meerdere gesprekken plaatsgevonden over zaken binnen Van Iperen waar werknemer het niet mee eens was. Op 10 maart 2016 is werknemer voor 50% uitgevallen voor zijn werk, wegens spanningsklachten. Per november 2016 is hij volledig arbeidsongeschikt geraakt. In de periode december 2016 tot en met oktober 2017 heeft mediation plaatsgevonden. De bedrijfsarts heeft op 10 oktober 2017 geadviseerd tot re-integratie in de eigen functie en om ook een tweede spoor re-integratietraject op te starten. Op 21 november 2017 is aan werknemer medegedeeld dat hij kan re-integreren in zijn oude functie, mits hij zich conformeert aan de bestaande procedures, hiërarchie/structuur, herindeling van taken en het sectorplan, alsmede afscheid neemt van zijn rol als 'ombudsman'. Op 7 december 2017 heeft werknemer een 23 pagina's en 7 bijlagen tellend conceptmemo gestuurd en nogmaals op papier gezet wat er volgens hem in het verleden is voorgevallen en heeft hij nogmaals zijn onvrede geuit over tal van zaken. Werknemer heeft tevens gemeld dat het vertrouwen zoek is en dat hij de indruk heeft gekregen te zijn weggepest. D (de algemeen directeur) heeft werknemer bij brief van 15 december 2017 geantwoord dat uit hetgeen hij in zijn memo heeft aangevoerd volgt dat nu volledig moet worden ingezet op het tweede spoor re-integratietraject. Vanaf 5 februari 2018 is werknemer niet langer arbeidsongeschikt is. Van Iperen heeft verzocht de arbeidsovereenkomst te ontbinden op basis van de g- dan wel h-grond. Werknemer verzoekt onder meer toekenning van een billijke vergoeding, transitievergoeding en schadevergoeding. Werknemer verzoekt tevens Van Iperen te gelasten een OR in te stellen en in stand te houden.

Oordeel

Instellen OR

Van een met het einde van de arbeidsovereenkomst samenhangende vordering is in het onderhavige geval echter geen sprake. Het verzoek zal dan ook worden afgewezen. Dit neemt niet weg dat Van Iperen, gelet op het aantal werknemers dat inmiddels bij haar in dienst is, wettelijk verplicht is een OR in te stellen.

Verstoorde arbeidsrelatie

Het beeld dat uit de overgelegde stukken en de standpunten van beide partijen naar voren komt, is dat werknemer gedurende vele jaren naar tevredenheid van Van Iperen zijn werkzaamheden heeft uitgevoerd en dat hij is aan te merken als een zeer betrokken en kritische werknemer. Voorts komt ook naar voren dat werknemer bij herhaling verschillende kritiekpunten bij zijn leidinggevendenden naar voren heeft gebracht en dat tussen hem en Van Iperen in de loop van de jaren een toenemend verschil van inzicht is ontstaan over de koers, de structuur, de hiërarchie en de werkwijze van Van Iperen. In het gesprek van 21 november 2017 heeft Van Iperen werknemer opnieuw de mogelijkheid geboden zijn oude werkzaamheden weer te gaan uitvoeren, op de locatie in Westmaas, mits werknemer zich zou kunnen conformeren aan onder meer de bestaande procedures en hiërarchie/structuur. Tijdens dit gesprek heeft werknemer zich wederom kritisch uitgelaten, ook over de nieuwe leidinggevende onder wie hij dan zou komen te werken en heeft hij nog niet willen antwoorden op de vraag of hij wilde re-integreren in zijn eigen functie. Als klap op de vuurpijl heeft werknemer het memo van 7 december 2012 gestuurd. Dit memo toont op geen enkele wijze aan dat werknemer bereid was het verleden achter zich te laten en op constructieve wijze te gaan werken aan zijn re-integratie bij Van Iperen. Uit de hiervoor genoemde gang van zaken volgt naar het oordeel van de kantonrechter dat inmiddels sprake is van een zodanig verstoorde arbeidsverhouding dat van Van Iperen niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Het verzoek wordt dan ook toegewezen op basis van de g-grond. Partijen zijn het erover eens dat werknemer de transitievergoeding toekomt.

Billijke vergoeding/schadevergoeding

Tijdens de (gedeeltelijke) arbeidsongeschiktheid van werknemer is een aantal zaken voorgevallen die niet de schoonheidsprijs verdienen, zoals het aanspreken van werknemer op het niet verschijnen op vergaderingen en het toepassen van een – op zichzelf toelaatbare – korting van 30% op het doorbetalen van het salaris na 21 maanden arbeidsongeschiktheid. Dit is echter niet aan te merken als ernstig verwijtbaar handelen van Van Iperen. Ook het voornemen tot overplaatsing is niet aan te merken als ernstig verwijtbaar handelen, gelet op

de context waarin dit besluit is genomen en de gesprekken die hierover hebben plaatsgevonden. Gelet op het voorgaande ziet de kantonrechter geen aanleiding om een billijke vergoeding dan wel schadevergoeding toe te kennen.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 26-04-2018

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2018:3490

Zaaknummer: 6687116 HA VERZ 18-23

Rechters: G.A.F.M. Wouters

Advocaten: S.O. Voogt en S.J. Nauta

Wetsartikelen: 7:611 BW, 7:669 lid 3 onderdeel g BW, 7:671 lid 8 BW, 7:671c BW, 7:673 BW, 7:677 BW, 7:686 BW en 7:686a lid 3 BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/Blinck Schoon B.V.

Werkneemster heeft ernstig verwijtbaar gehandeld dan wel nagelaten door geen gehoor te geven aan herhaalde oproepen tot het nakomen van haar re-integratieverplichtingen. Dat in het plan van aanpak is opgenomen dat zowel zij als werkgeefster van oordeel is dat zij niet in staat is werkzaamheden te verrichten, kan werkneemster niet baten.

Feiten

Werkneemster treedt op 27 mei 2013 in dienst bij werkgeefster. Op 15 juni 2017 meldt werkneemster zich ziek wegens psychische klachten. Kort daarna vindt op 20 juni 2017 een gesprek plaats tussen werkneemster en werkgeefster. Werkneemster bezoekt vervolgens op 29 juni 2017 de bedrijfsarts, die haar niet in staat acht haar eigen werk of aangepast werk uit te voeren. De bedrijfsarts stelt op of omstreeks 6 juli 2017 voor te komen tot overleg betreffende een einde van het dienstverband, omdat hij op langere termijn geen herstel verwacht. Dit overleg vindt vervolgens op 17 juli 2017 plaats. In het overleg geeft werkneemster aan te willen streven naar beëindiging van het dienstverband. Uit de probleemanalyse van de bedrijfsarts van 25 juli 2017 volgt dat er voor werkneemster benutbare mogelijkheden zijn: afhankelijk van de mate en snelheid van afname van haar beperkingen is zij weer inzetbaar. Tijdens een gesprek op 7 augustus 2017 wordt een plan van aanpak opgesteld. Hierin staat vermeld dat werkneemster in de visie van werkneemster en werkgeefster niet inzetbaar is voor werk. Werkgeefster stelt vervolgens op 28 augustus 2017 toch aan de bedrijfsarts voor werkneemster langzaam te laten starten met de eigen werkzaamheden, omdat er volgens de probleemanalyse benutbare mogelijkheden zijn. De bedrijfsarts stemt hiermee in. Werkgeefster bericht werkneemster meermaals dat zij dient te starten met haar re-integratie. Reactie blijft uit, totdat werkgeefster dreigt met een loonstop. Werkneemster stelt zich in haar reactie op het standpunt dat zij niet verplicht is re-integratiewerkzaamheden uit te voeren, omdat mondelinge afspraken zijn gemaakt over het einde van het dienstverband en het verrichten van re-integratiewerkzaamheden niet volgt uit het plan van aanpak. Werkgeefster betwist dat concrete afspraken zijn gemaakt en gaat over tot de loonstop. Werkgeefster vraagt een deskundigenoordeel aan, waaruit volgt dat de re-integratie-inspanningen van werkneemster

niet voldoende zijn. Werkgeefster wendt zich met een ontbindingsverzoek op de e-grond (subsidiar g-grond) tot de kantonrechter.

Oordeel

De kantonrechter stelt voorop dat aan de vereisten van artikel 7:671b lid 5 BW is voldaan. Naar het oordeel van de kantonrechter leveren de feiten en omstandigheden een redelijke grond voor ontbinding op de e-grond op. Werkneemster heeft namelijk geen gehoor gegeven aan de herhaalde oproepen van werkgeefster om haar re-integratieverplichtingen na te komen. De omstandigheid dat in het plan van aanpak is vermeld dat werkneemster niet inzetbaar is voor werk kan haar niet baten, omdat de bedrijfsarts nadien heeft geadviseerd een aanvang te maken met de re-integratie. Overigens is niet gebleken dat dit voor werkneemster niet mogelijk was. Voor zover werkneemster bedoelt te stellen dat zij niet tot re-integratie gehouden was omdat zij met werkgeefster afspraken heeft gemaakt over beëindiging van de arbeidsovereenkomst, is dat door werkgeefster uitdrukkelijk betwist. Ook dit kan werkneemster dus niet baten. Voornoemd handelen en nalaten is zodanig verwijtbaar, dat van werkgeefster in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Herplaatsing binnen een redelijke termijn ligt niet in de rede. Het opzegverbod tijdens ziekte staat niet aan ontbinding van de arbeidsovereenkomst in de weg, omdat dat opzegverbod niet van toepassing is indien de werknemer zonder deugdelijke grond de re-integratieverplichtingen weigert na te komen en de werkgever de werknemer schriftelijk tot nakoming heeft gemaand of om die reden de loonbetaling heeft gestaakt. Aan die vereisten is in het onderhavige geval voldaan. De kantonrechter is van oordeel dat het handelen of nalaten van werkneemster niet alleen als verwijtbaar, maar ook als ernstig verwijtbaar kan worden aangemerkt. Dit is in overeenstemming met de wetsgeschiedenis, waaruit blijkt dat het bij ernstig verwijtbaar handelen of nalaten gaat om onder meer de situatie waarin de werknemer controlevoorschriften bij ziekte herhaaldelijk, ook na toepassing van loonopschorting, niet naleeft en hiervoor geen gegronde reden bestaat. Nu sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten zal de arbeidsovereenkomst per direct worden ontbonden. Werkgeefster is geen transitievergoeding verschuldigd.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 25-04-2018

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2018:3440

Zaaknummer: 6544306

Rechters: J. Candido

Advocaten: E.J. van Os

Wetsartikelen: 7:629 BW, 7:629a BW, 7:669 lid 3 sub e BW, 7:670 lid 1 BW, 7:671b BW en 7:673 lid 7

BW

RECHTSPRAAK

werknemer/AEG Power Solutions B.V.

Werknemer heeft geen recht op bonus omdat hij vóór het ‘closen’ van het ‘performance-jaar’ bij werkgever uit dienst is getreden.

Feiten

Werknemer treedt op 18 november 2013 in dienst bij werkgever in de functie van Global Sales Director Large Projects. In de arbeidsovereenkomst van werknemer is een bepaling opgenomen die inhoudt dat hij een bonus verdient op het moment dat bepaalde targets zijn gehaald. Mocht werknemer echter vóór het ‘closen’ van het ‘performance’-jaar uit dienst treden, dan verliest hij zijn recht op een bonus, zelfs als hij dat gehele jaar heeft gewerkt of als hij de targets heeft gehaald. Op 1 september 2014 komt de functie van werknemer te vervallen. Hij wordt vervolgens, met een nieuwe arbeidsovereenkomst en andere werkgever dan zijn werkgever op dat moment (namelijk: werkgever ‘Power Solutions (Branch) Dubai’), overgeplaatst in een andere functie te Dubai. Deze nieuwe arbeidsovereenkomst wordt per 31 maart 2015 opgezegd. De kantonrechter ontbindt de arbeidsovereenkomst met ingang van 30 april 2015, met toekenning aan werknemer van een vergoeding van € 30.000 als aanvulling op een uitkering op grond van een socialeverzekeringswet of een lager inkomen uit arbeid. De kantonrechter wijst de vordering van werknemer tot betaling van een ‘target-bonus’ af. Volgens de kantonrechter was werknemer namelijk niet meer bij werkgever in dienst toen de bonus werd of zou worden uitgekeerd. De kantonrechter merkt overigens op dat de ontbindingsprocedure niet in de weg staat aan een afzonderlijke procedure als onderhavige (die is gericht op betaling van de ‘target-bonus’); er is met andere woorden geen strijd met de Baijingsleer. Werknemer volhardt in hoger beroep in zijn standpunt dat hij recht heeft op betaling van de ‘target-bonus’.

Oordeel

Werknemer heeft zich op het standpunt gesteld dat de arbeidsovereenkomst met werkgever weliswaar ontbonden is met ingang van 30 april 2015, maar dat de ‘Dubai-arbeidsovereenkomst’ pas op 11 mei 2016 formeel is ontbonden. Bovendien zijn de jaarcijfers over 2014 gepubliceerd op 4 april 2015 en was het gebruikelijk dat de bonus direct na

publicatie van de jaarcijfers werd uitbetaald. Werkgever heeft een en ander gemotiveerd betwist. Het hof is met werkgever van oordeel dat de 'Dubai-arbeidsovereenkomst' met werkgever 'Power Solutions (Branch) Dubai' niet van belang is voor de beoordeling van de bonusaanspraak jegens werkgever, omdat de bonusregeling alleen overeengekomen is in het kader van de arbeidsovereenkomst met werkgever. Omdat werkgever, door werknemer onweersproken, heeft gesteld dat over 2014 (80% van) de doelstellingen niet zijn behaald, bestond voor de medewerkers, onder wie werknemer, gelet op de tekst van de bonusregeling geen aanspraak op een bonus over 2014. Dat over 2014 geen bonus zou worden uitgekeerd, is bij brief van 10 juli 2015 aan de medewerkers bericht. Werknemer heeft over 2015 ook geen aanspraak op een bonus die mogelijk beschikbaar is voor de gehele groep waar werkgever deel van uitmaakt, omdat hij ten tijde van de vaststelling van de jaarrekening van de groep van werkgever over het jaar 2015 (op 7 april 2016), de deponering daarvan (op 16 juni 2016) en de uitbetaling van de bonus die daarna heeft plaatsgevonden niet meer in dienst was van een (andere) werkgever die deel uitmaakte van de groep van werkgever.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 24-04-2018

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2018:1477

Zaaknummer: 200.212.618/01

Rechters: H.M.M. Steenberghe, F.J. Verbeek en A. van Zanten-Baris

Advocaten: M.J. Meijer en M.A. de Jager

RECHTSPRAAK

werknemer/BK Corporate International B.V.

Werknemer van trustkantoor laat zich in strijd met de voor hem geldende regels benoemen tot bestuurder van vijf vennootschappen waarmee de werkgever geen relatie wenst aan te gaan. Ontslag op staande voet terecht gegeven.

Feiten

BK beheert voor haar internationale cliëntèle verschillende in Nederland gevestigde vennootschappen. Werknemer is op 1 september 2015 in dienst getreden bij BK. Op 11 november 2016 heeft X, managing director van BK, gesproken met D. Lamberti. Lamberti is een Argentijnse belastingadviseur, die optrad namens zijn cliënte MRT. BK verrichtte eveneens diensten voor MRT. Lamberti verrichtte (onder meer) voor vijf Nederlandse vennootschappen advieswerkzaamheden en trad namens die vijf vennootschappen op als vertegenwoordigingsbevoegde. Op een gegeven moment is werknemer voorgesteld aan Lamberti. Werknemer is vervolgens op vakantie gegaan naar Argentinië. Tijdens zijn verblijf in Argentinië heeft hij contact gehad met Lamberti die hem gevraagd heeft bestuurder te worden van de vijf bedoelde vennootschappen. Werknemer heeft hiermee ingestemd. BK is er op 2 januari 2017 achter gekomen dat werknemer van plan was om zich als bestuurder van de vijf vennootschappen in te laten schrijven bij de KvK. Werknemer heeft toegelicht dat het om een vriendendienst voor Lamberti ging, waarop BK heeft uitgelegd dat de inschrijving een integriteitsrisico kon opleveren voor BK en de aandacht van DNB of de media zou kunnen trekken. Bij e-mail van 4 januari 2017 heeft BK werknemer geschorst omdat hij zich als bestuurder van de vennootschappen had ingeschreven, langer vakantie had genomen dan was toegestaan en op zijn LinkedInprofiel had vermeld dat hij was benoemd tot Advisory board member. BK heeft werknemer na een gesprek op 9 januari 2017 op staande voet ontslagen en dit ontslag bij brief van dezelfde dag bevestigd. Bij de bestreden beschikking heeft de kantonrechter geoordeeld dat BK werknemer terecht op staande voet heeft ontslagen en het verzoek van werknemer tot betaling van een billijke vergoeding afgewezen. Werknemer komt hiertegen in hoger beroep.

Oordeel

Het hof overweegt als volgt. Tussen partijen staat als niet weersproken vast dat integriteit voor een onderneming als die van BK van het grootste belang is. Trustkantoren kunnen alleen bestaan wanneer zij – en hun werknemers – aan de opgelegde verplichtingen voldoen en van onbesproken gedrag zijn. BK heeft daarvoor regels opgesteld en werknemer heeft niet weersproken dat hij deze regels – waarvan de naleving gelet op zijn functie van legal affairs manager zonder meer van hem verwacht mocht worden – kende en de scholing en opleidingen die daarop zien heeft gevolgd. Verder is in artikel 8 van de arbeidsovereenkomst een verbod op nevenwerkzaamheden opgenomen. De Compliance Procedure Manual en het personeelshandboek bevatten soortgelijke bepalingen. Werknemer heeft aangevoerd dat het verbod op nevenwerkzaamheden niet van toepassing is, omdat zijn inschrijving als bestuurder van de vijf vennootschappen een vriendendienst betreft en hij daarvoor geen vergoeding ontvangt. Een redelijke uitleg van de aangehaalde bepalingen brengt – gelet op het belang van integriteit dat deze bepalingen beogen te beschermen – naar het oordeel van het hof mee dat deze bepalingen ook van toepassing zijn in situaties waarin zaken onbezoldigd worden gedaan. Ondanks dringend verzoek en waarschuwing heeft werknemer geweigerd de instructies van BK op te volgen. Deze gedragingen van werknemer zijn ernstig verwijtbaar en vormen op zichzelf reeds een objectief dringende reden voor ontslag op staande voet. Naar het oordeel van het hof is ook sprake geweest van een subjectief dringende reden. Werknemer was ten tijde van het ontslag pas zestien maanden in dienst van BK. Gezien zijn leeftijd en opleiding zullen de gevolgen van het ontslag op staande voet voor werknemer niet onoverkomelijk hoeven te zijn.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 24-04-2018

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2018:1393

Zaaknummer: 200.222.169/01

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

Advocaten: L.B. de Graaf (onttrokken) en B. Vleer

Wetsartikelen: 7:677 BW en 7:678 BW

ANNOTATIE

Bewijzen in de ontbindingsprocedure

prof. mr. dr. F.G. Laagland

1 Inleiding

In het civiele procesrecht geldt de negende afdeling van titel 2 van het Wetboek van Rechtsvordering (Rv): de titel inzake het bewijsrecht. Als hoofdregel geldt dat de rechter krachtens artikel 149 Rv de feiten vaststelt op basis van hetgeen partijen over en weer hebben gesteld en betwist. Voorts kan de rechter bij het voldoen aan de wederzijdse stel- en betwistplichten de partij die de bewijslast draagt en die een daartoe strekkend ter zake dienend en voldoende gespecificeerd bewijsaanbod doet, tot bewijs van zijn stellingen toelaten. Dit volgt uit artikel 150 Rv. De titel inzake het bewijsrecht is van overeenkomstige toepassing op de verzoekschriftprocedure, tenzij de aard van de zaak zich hiertegen verzet (art. 248 lid 1 Rv). Niet alleen de aard van de zaak maar ook de aard van de procedure kan tot uitsluiting van het bewijsrecht nopen. Dit gold voor de ontbindingsprocedure op grond van artikel 7:685 BW (oud). Als argument gold dat de procedure was gericht op een snelle beslissing over het voortbestaan van de arbeidsovereenkomst. Doordat het bewijsrecht buiten toepassing bleef, was voldoende als uit de feiten aannemelijk werd dat sprake was van gewichtige redenen. De Wvz heeft in deze benadering verandering gebracht. Hoewel de wetsgeschiedenis tegenstrijdige opmerkingen bevat, valt die kritiek de Hoge Raad niet ten deel. In de *Mediant*-beschikking oordeelde de Hoge Raad dat de uitzondering onder oud recht niet langer opgaat omdat tegen de ontbindingsbeschikking thans hoger beroep en cassatie openstaan (HR 23 december 2016, AR 2016-1482).

De *Mediant*-beschikking maakte duidelijk dat uitsluiting van het bewijsrecht en de daaraan verbonden aannemelijkheidsmaatstaf niet langer zijn te rechtvaardigen met het argument snelheid. De beschikking leidde ook tot nieuwe vragen. Een van de vragen was of toepassing van het bewijsrecht inhoudt dat de redelijke grond onomstotelijk moet komen vast te staan of dat ook onder de Wvz ruimte bestaat voor de maatstaf aannemelijk maken. Op deze vraag kwam op 16 februari 2018 meer duidelijkheid met twee beschikkingen van de Hoge Raad (AR 2018-0214 inzake Decor Handelsmaatschappij en AR 2018-0216). Deze beschikkingen zijn het

onderwerp van deze annotatie. Centraal staat de vraag welke maatstaf de rechter dient te hanteren bij de beoordeling van de redelijke grond inzake disfunctioneren (d-grond) en een verstoorde arbeidsrelatie (g-grond) en, in het verlengde daarvan, welke eisen worden gesteld aan het bewijs van de relevante feiten. Ook wordt besproken of de beschikkingen analoog van toepassing zijn op de andere (persoonlijke) ontslaggronden en of binnen de ontbindingsprocedure nog situaties denkbaar zijn waarin het bewijsrecht wel buiten toepassing blijft. De annotatie beperkt zich tot het onderwerp bewijs. De overige onderwerpen uit de twee beschikkingen van de Hoge Raad blijven buiten beschouwing.

2 De beschikking van de Hoge Raad

In de eerste zaak (AR 2018-0214) verzocht de werkgever de kantonrechter de arbeidsovereenkomst te ontbinden primair wegens disfunctioneren. Nadat het ontbindingsverzoek in eerste aanleg is afgewezen, bepaalt het hof in hoger beroep het einde van de arbeidsovereenkomst op 15 november 2016. Volgens het hof heeft werkgever voldoende aannemelijk gemaakt dat sprake is van disfunctioneren en is werknemer voldoende in de gelegenheid gesteld zich te verbeteren terwijl herplaatsing niet meer in de rede ligt. Het eerste middel in cassatie stelt aan de orde dat het hof is uitgegaan van een marginale toetsing en daarmee heeft miskend dat op de ontbindingsprocedure het bewijsrecht vol van toepassing is. Het tweede middel borduurt hierop voort en benoemt dat voor zover het hof meent dat de criteria uit het Ontslagbesluit (oud) hun werking hebben behouden daarmee niet is gezegd dat op grond van de Wwz de ontslaggrond disfunctioneren slechts aannemelijk hoeft te worden gemaakt. In de tweede zaak speelt een soortgelijke discussie met betrekking tot een verstoorde arbeidsrelatie (g-grond). Ook ditmaal is het verzoek tot ontbinding in eerste aanleg afgewezen. Het hof bepaalt in hoger beroep het einde van de arbeidsovereenkomst op 1 april 2017. Het hof oordeelt dat voldoende aannemelijk is gemaakt dat de samenwerking met zowel collega's als leidinggevende en de directie in de loop van de tijd zodanig is verslechterd dat sprake is van een arbeidsverhouding die ernstig en duurzaam is verstoord terwijl herplaatsing niet in de rede ligt. Wederom richt een van de cassatiemiddelen zich op de bewijsmaatstaf.

De Hoge Raad verwerpt de cassatiemiddelen in beide zaken. De Hoge Raad overweegt dat voor bewijs in het burgerlijk procesrecht niet steeds is vereist dat de te bewijzen feiten en omstandigheden onomstotelijk komen vast te staan. De toepassing van het bewijsrecht moet volgens de Hoge Raad echter worden onderscheiden van de vraag of is voldaan aan de maatstaf van artikel 7:669 lid 3 onder d dan wel onder g BW. Bij zowel disfunctioneren als een verstoorde arbeidsrelatie dient de rechter na te gaan of de ontslaggrond in redelijkheid is komen vast te staan, uitgaande van de feiten en omstandigheden die – zo nodig na bewijslevering – zijn komen vast te staan. Dat de hoven bij beide ontslaggronden de aannemelijkheidsmaatstaf hebben gehanteerd, getuigt dan ook niet van een onjuiste

rechtsopvatting.

3 Commentaar

3.1 Vaststellen van relevante feiten

De rechterlijke oordeelsvorming bestaat uit verschillende fases. De feiten vormen het beginpunt. Hier bevinden we ons in het bewijsrecht. Het bewijsrecht is gericht op de vaststelling van feiten die relevant zijn voor de rechterlijke beslissing. Er is geen probleem als partijen het met elkaar eens zijn. In dat geval neemt de rechter het feit als vaststaand aan. Het wordt anders indien tussen partijen discussie bestaat. Als een feit voldoende gemotiveerd wordt betwist, dient de partij op wie de bewijslast rust het feit te bewijzen (art. 149 lid 1 Rv). Het is uiteindelijk de rechter die beoordeelt of het bewijs van een feit al dan niet is geleverd (art. 152 lid 2 Rv). Anders dan in het strafrecht (zie art. 338 Sv), bestaat in het civiele recht geen wettelijke bewijswaarderingsmaatstaf. Hiermee hangt samen het beginsel van vrije bewijskracht. Partijen zijn vrij in hun keuze van bewijsmiddelen; er zijn geen bewijsmiddelen wettelijk uitgesloten. In het verlengde daarvan is de hoofdregel dat de rechter vrij is het resultaat van de bewijslevering zelfstandig en naar eigen bevinden te waarderen (mits goed gemotiveerd). Hierop bestaat een aantal beperkingen. Zo schrijft de wet voor bepaalde bewijsmiddelen de bewijskracht en gevolgtrekking voor. Denk aan de regel dat een akte dwingend bewijs oplevert (art. 157 lid 2 Rv), zodat de rechter, behoudens tegenbewijs, moet uitgaan van de juistheid daarvan. Of aan de regel dat de verklaring van de partijgetuige slechts beperkte bewijskracht heeft voor zover die betrekking heeft op de door die partij te bewijzen feiten (art. 164 lid 2 Rv).

Absolute zekerheid dat een feit waar is, heeft een rechter niet nodig om een feit bewezen te achten. Het recht zou in feite tot stilstand komen als een rechter steeds honderd procent zeker moet zijn van een feit. Voldoende is dat de rechter een redelijke mate van zekerheid verkrijgt (vgl. Asser Procesrecht/Asser 3 2017/264). Maar hoeveel zekerheid is vereist? En wat is in dat verband het verschil tussen een redelijke mate van zekerheid en het voldoende aannemelijk maken van een feit? Het verschil lijkt te duiden op de mate van overtuiging die een rechter dient te hebben dat het betreffende feit zich heeft voorgedaan. Kortom: een feit met een redelijke mate van zekerheid vereist een betere onderbouwing dan een feit dat voldoende aannemelijk moet worden gemaakt.

In beide beschikkingen van de Hoge Raad stond kort gezegd de vraag centraal of toepassing van het bewijsrecht betekent dat feiten altijd met een redelijke mate van zekerheid moeten komen vast te staan. Bij beide beschikkingen heeft A-G De Bock een conclusie gewezen. Het onderwerp is haar op het lijf geschreven. In 2011 promoveerde zij in Tilburg cum laude op een

proefschrift met de titel *'Tussen waarheid en onzekerheid: over het vaststellen van feiten in de civiele procedure'* (Deventer: Kluwer 2011). In haar proefschrift verdedigt De Bock dat binnen het bewijsrecht ruimte bestaat voor het aannemelijk maken van feiten. Het verbaast niet dat De Bock haar conclusies bij de beschikkingen in dezelfde sleutel plaatst. Zij betoogt dat aannemelijk maken aan de orde is indien de feiten naar hun aard niet kunnen worden bewezen. In haar conclusie bij de Decor-beschikking stelt zij dat hiervan sprake is bij de ontslaggrond disfunctioneren (art. 7:669 lid 3 onder d BW). De A-G hanteert een ruime betekenis van het begrip 'feit' en neemt aan dat ook de inhoudelijk beoordeling van het disfunctioneren als feit te gelden heeft. Doordat disfunctioneren sterk verweven is met interpretaties en het karakter heeft van een conclusie of gevolgtrekking betoogt de A-G dat niet kan worden geëist dat de ongeschiktheid zeker is of buiten alle discussie verheven is. Daarmee hangt samen dat het feit disfunctioneren enkel kan worden bewezen door andere feiten te bewijzen waaruit deze conclusie kan worden afgeleid. Aannemelijk maken is daarom het maximaal haalbare. Hetzelfde geldt voor een verstoorde arbeidsrelatie waardoor redelijkerwijs niet van de werkgever kan worden verwacht de arbeidsovereenkomst voort te zetten (art. 7:669 lid 3 onder g BW). Ook in deze situatie heeft het feit meer het karakter van een gevolgtrekking, waardoor onontkoombaar is dat daarover discussie en onzekerheid kan blijven bestaan, aldus de A-G.

De Hoge Raad bevestigt in beide beschikkingen dat binnen het bewijsrecht ruimte bestaat bij het waarden en vaststellen van de relevante feiten. De Hoge Raad overweegt in rechtsoverweging 3.4.3. van beide beschikkingen: '(...) Daarbij verdient opmerking dat voor bewijs in het burgerlijk procesrecht *niet steeds* is vereist dat de te bewijzen feiten en omstandigheden onomstotelijk komen vast te staan, maar kan volstaan dat deze voldoende aannemelijk worden' [cursivering: FL]. Het valt op dat de Hoge Raad de maatstaf voldoende aannemelijk maken afzet tegen de maatstaf onomstotelijk komen vast te staan. Onomstotelijk komen vast te staan duidt op honderd procent zekerheid terwijl uit de literatuur blijkt dat een dergelijke mate van zekerheid niet haalbaar is in het civiele recht. Ik meen ook niet dat de Hoge Raad onomstotelijk maken als basismaatstaf heeft willen stellen. Naar mijn mening moet de zinsnede zo worden verstaan dat de maatstaf voldoende aannemelijk maken onder omstandigheden de conclusie rechtvaardigt dat een feit bewezen is. Niet meer dan dat. Tot zover volgt de Hoge Raad zijn A-G. Er is echter een belangrijk verschil. De Hoge Raad motiveert het aannemelijk maken van disfunctioneren dan wel een verstoorde arbeidsrelatie namelijk niet in het licht van het type feit zoals de A-G dat doet. De Hoge Raad plaatst de cassatiemiddelen in de sleutel van de materiële rechtsregel die de werkgever aan zijn verzoek tot ontbinding ten grondslag legt. Dat brengt mij tot de tweede stap in de rechterlijke oordeelsvorming: het juridisch kwalificeren van de vastgestelde feiten.

3.2 Juridisch kwalificeren van feiten

Feiten krijgen in het recht pas betekenis in de context van de toepasselijke rechtsregels. Bij deze tweede stap in zijn oordeelsvorming bepaalt de rechter als het ware de juridische betekenis van de bewezen feiten. Doorgaans past een rechter een abstract geformuleerde rechtsregel toe. Uit het toepassen van deze algemene begrippen en generalisaties op de feiten vloeit vervolgens de rechterlijke beslissing voort. Denk bijvoorbeeld aan de onrechtmatige daad. De rechter beoordeelt of de vaststaande en dus bewezen feiten onder het bereik van onrechtmatig handelen vallen zoals die regel in abstracto is bedoeld. Met andere woorden: de vaststaande feiten moeten de rechtsgrond en dus de vordering dan wel het verzoek kunnen dragen. Hiermee is niet gezegd dat de rechterlijke beslissing logisch-dwingend voortvloeit uit de vaststelling van de feiten en de toepassing van de betreffende rechtsregel. De literatuur gaat ervan uit dat de rechterlijke beslissing niet enkel het resultaat is van toepassing van het recht op de feiten. Er is – zoals Scholten reeds in 1974 stelde – sprake van een ‘sprong’: een ongrijpbaar moment waar de rechter naar de beslissing springt. Het recht moet altijd worden uitgelegd en de rechter dient zich in dat verband steeds af te vragen wat de reikwijdte van de rechtsregel is in een concreet geval. Ook hier is sprake van een bepaalde waardering door de rechter. De rechter bepaalt immers of de vastgestelde feiten voldoende zijn in het licht van de toepasselijke rechtsregels. Zoals De Bock op p. 7 van haar proefschrift opmerkt: ‘De feiten van het geval zijn daarmee medebepalend voor de uitleg en reikwijdte van de rechtsregels. Het recht wordt gefactualiseerd door de feiten.’

Hoewel het vaststellen en juridisch kwalificeren van de feiten nauw met elkaar zijn verbonden, hanteert de Hoge Raad in beide beschikkingen een duidelijk onderscheid. De Hoge Raad overweegt in rechtsoverweging 3.4.4. van de beschikking AR 2018-0216: ‘De hiervoor in 3.4.2-3.4.3 bedoelde toepasselijkheid van de wettelijke bewijsregels moet worden onderscheiden van de vraag of is voldaan aan de maatstaf van art. 7:669 lid 3, onder g, BW dat sprake is van een verstoorde arbeidsverhouding, zodanig dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. De rechter zal moeten onderzoeken of, uitgaande van de feiten en omstandigheden die – zo nodig na bewijslevering – zijn komen vast te staan, in redelijkheid kan worden geoordeeld dat sprake is van deze door de werkgever aangevoerde ontslaggrond (...).’ Een soortgelijke formulering valt te lezen in de Decor Handelsmaatschappij-beschikking. Vervolgens overweegt de Hoge Raad dat de hoven in beide zaken uit de vaststaande feiten mochten afleiden dat het disfunctioneren dan wel de verstoorde arbeidsrelatie voldoende aannemelijk was gemaakt. Ter onderbouwing verwijst de Hoge Raad bij disfunctioneren naar de parlementaire geschiedenis waaruit blijkt dat het aan de werkgever is om te beoordelen of een werknemer voldoet aan de eisen die inherent aan de functie zijn zolang hij in redelijkheid tot zijn besluit heeft kunnen komen. Voor de verstoorde

arbeidsrelatie noemt de wettekst dat relevant is dat ‘in redelijkheid niet van de werkgever kan worden gevergd de arbeidsrelatie in stand te houden’.

Begrijp ik het goed, dan schrijft de materiële rechtsregel voor beide ontslaggronden een marginale toetsing voor (anders naar het lijkt: J.M. van Slooten in *Ondernemingsrecht* 2018/50, par. 3.4.). Beide rechtsregels gaan uit van een redelijkheidsoordeel en kennen in de ogen van de Hoge Raad aan de werkgever een zekere beoordelingsvrijheid toe. De rechter oordeelt daarmee dus niet over de inhoudelijke beoordeling maar dient na te gaan of het besluit op de juiste wijze, met inachtneming van de procedureregels, tot stand is gekomen. Het is daarmee het redelijkheidsoordeel bij de tweede stap dat maakt dat uit de vastgestelde feiten voldoende aannemelijk moet zijn dat sprake is van disfunctioneren dan wel een verstoorde arbeidsrelatie.

Hoewel de Hoge Raad de aannemelijkheid plaatst in het licht van de materiële rechtsregel, zijn – zoals gezegd – het vaststellen van de relevante feiten en het toepassen van de rechtsregels op die feiten niet los van elkaar te zien. In de werkelijkheid is geen sprake van twee elkaar netjes opvolgende stappen. Een marginale toetsing bij het kwalificeren van de feiten drukt uit wat van de feiten wordt verwacht. In mijn optiek geeft de Hoge Raad met de twee beschikkingen een duidelijk signaal af dat het niet de bedoeling is dat de rechter op de stoel van de werkgever plaatsneemt waar het de inhoudelijke beoordeling betreft. Een marginale toetsing maakt duidelijk dat de feiten die bewezen moeten worden betrekking hebben op de procedureregels. Deze feiten moeten met een redelijke mate van zekerheid komen vast te staan. Voor een geslaagd beroep op de d-grond moet de werknemer op zijn functioneren zijn aangesproken, een reële kans hebben gehad zich te verbeteren en herplaatsing in een andere functie niet mogelijk zijn of in de rede liggen. Dat de werkgever aan de vaststaande feiten de conclusie verbindt dat de werknemer disfunctioneert (de inhoudelijke beoordeling) is niet aan het bewijsrecht onderhevig (is geen feit). Dat oordeel is aan de werkgever zolang hij bewijst – en dus met een zekere mate van zekerheid aantoon – dat de procedure regels in acht zijn genomen. Eenzelfde benadering geldt bij de g-grond.

3.3 Overige persoonlijke gronden, met name verwijtbaar handelen

De motivering van de Hoge Raad wijkt af van de conclusie van de A-G. De A-G koppelde de aannemelijkheid aan het type feit dat een subjectief element omvat. Zij betoogde expliciet dat de bewijswaarderingsmaatstaf niets van doen had met een marginale toetsing (punt 3.40). Waar de A-G ervan uitgaat dat de ontslaggrond als feit niet *kan* worden bewezen, lijkt de Hoge Raad met de verwijzing naar de redelijkheid voor te staan dat dit niet *hoeft* voor zover het de inhoudelijke beoordeling betreft. Voor de uitkomst in beide zaken maakt het geen verschil. Zowel de A-G als de Hoge Raad oordeelde tot een verwerping van de cassatiemiddelen op dit

punt.

Waar de afwijkende benadering eventueel een verschil maakt, is bij de ontslaggrond verwijtbaar handelen (e-grond). In het licht van de redenering van de A-G zou ik menen dat een rechter in staat is verwijtbaar handelen met een redelijke mate van zekerheid vast te stellen. Verwijtbaar handelen is veel minder dan disfunctioneren en een verstoorde arbeidsrelatie gerelateerd aan een subjectieve interpretatie. De redenering van de Hoge Raad duidt in een andere richting. Bij de e-grond spreekt de wettekst van een redelijkheidsoordeel. De tekst kent eenzelfde opbouw en wijze van formuleren als de g-grond. Bovendien benoemt de parlementaire geschiedenis in lijn met disfunctioneren dat aan de werkgever bij verwijtbaar handelen een zekere mate van beoordelingsvrijheid toekomt (*Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 44-45). Dit zijn sterke indicaties die wijzen in de richting van een analoge toepassing van de beschikkingen op de e-grond. Resultaat zou zijn dat rechters slechts marginaal (en dus terughoudend) dienen na te gaan of het handelen van de werknemer als verwijtbaar handelen kwalificeert. Een dergelijke terughoudende toetsing is in de huidige rechtspraak niet zichtbaar.

Toch kan ik me lastig voorstellen dat de Hoge Raad bij verwijtbaar handelen uit zal gaan van een marginale toetsing. Ik baseer me hierbij op de rechtspraak inzake een ontslag op staande voet. Ook bij de dringende reden inzake een ontslag op staande voet spreekt de wettekst van redelijkheid. Artikel 7:678 BW luidt 'die ten gevolge hebben dat van de werkgever redelijkerwijs niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst in stand te houden'. Deze aanduiding wordt in de rechtspraak niet als marginale toetsing geduid maar als eis dat de dringende reden ook als zodanig kwalificeert in het licht van de cultuur van het bedrijf, de aard en duur van de dienstbetrekking en de overige bijzondere omstandigheden van het geval. De redelijkheid drukt in dit verband een belangenafweging uit en die belangenafweging wordt vol door de rechter getoetst. Er valt iets voor te zeggen dat de redelijkheid bij de e-grond in dezelfde lijn moet worden geplaatst. Een dringende reden en verwijtbaar handelen zijn qua aard dezelfde typen rechtsgronden. Het gaat in beide gevallen om een concreet objectieve term die binnen een specifieke context invulling krijgt. De redelijkheid bij de e-grond betekent in dat geval dat de rechter bij de beoordeling van verwijtbaar handelen niet voorbij mag gaan aan de bijzondere omstandigheden van het geval. Het drukt aldus niet (althans in mindere mate) uit dat aan de werkgever beoordelingsvrijheid toekomt bij wat als verwijtbaar handelen te gelden heeft, zoals wel het geval is bij disfunctioneren en een verstoorde arbeidsrelatie. De term redelijkheid kent aldus verschillende gradaties en krijgt inkleuring op basis van het type ontslaggrond.

3.4 *Buiten toepassing stellen bewijsrecht: zijn er nog situaties denkbaar?*

Zoals gezegd gold voor 1 juli 2015 de regel dat het bewijsrecht niet van toepassing was in ontbindingsprocedures. Dat de Hoge Raad door deze benadering een streep haalde in de *Mediant*-beschikking betekent niet dat het bewijsrecht in ontbindingsprocedures altijd geldt. De Hoge Raad formuleerde in rechtsoverweging 3.19 een uitzondering op de hoofdregel. De Raad overwoog dat 'indien de rechter, na afweging van de belangen van beide partijen, aanleiding ziet om in de ontbindingsprocedure eerder te oordelen dan in de – gelijktijdig aanhangige – ontslagprocedure, hij ook naar geldend recht bevoegd is om de wettelijke bewijsregels buiten toepassing te laten'. De rechter dient dat oordeel te motiveren. Ik vind de formulering enigszins ongelukkig. De beslissing om in de ontbindingsprocedure eerder te oordelen hangt juist vaak samen met de idee dat de rechter nadere bewijslevering in de ontbindingsprocedure niet, en in de vernietigingsprocedure wel nodig acht. Deze situatie bespreekt de Hoge Raad in rechtsoverweging 3.9.2 en heeft weinig van doen met het buiten toepassing laten van het bewijsrecht. Bovendien overwoog de Hoge Raad eerder dat snelheid (het eerder moeten oordelen) als motivering niet voldoet om het bewijsrecht buiten toepassing te stellen. Rechtsoverweging 3.19 doet vermoeden dat snelheid nog steeds als argument kan gelden. Dit lijkt mij voor een rechter echter onmogelijk te motiveren vanwege de mogelijkheid tot hoger beroep en cassatie.

Het is lastig zich voor te stellen welke situatie de Hoge Raad in de *Mediant*-beschikking precies op het oog had. Duidelijk is wel dat de ontbindingsprocedure als zodanig niet langer een uitzondering op het bewijsrecht rechtvaardigt. Uit de beschikkingen van 16 februari 2018 blijkt dat de uitzondering niet opgaat bij disfunctioneren (d-grond) en een verstoorde arbeidsrelatie (g-grond). Hoewel in deze situaties een aannemelijkheidsmaatstaf geldt, is het bewijsrecht vol van toepassing en zijn bewijsincidenten toegestaan. Ook bij de gronden kortdurende ziekte (c-grond), verwijtbaar handelen (e-grond) en de restgrond (h-grond) zie ik geen argumenten voor de stelling dat het bewijsrecht buiten toepassing blijft. Maar hoe zit het met een ontbindingsprocedure vanwege bedrijfseconomische redenen (a-grond) en langdurige ziekte (b-grond)? Verschil met de hiervoor besproken persoonlijke gronden is dat aan het ontbindingsverzoek een procedure bij het UWV is voorafgegaan. Hetzelfde geldt voor de herstelprocedure in de spiegelbeeldige situatie (art. 7:682 BW). Interessant is de vraag of de voorafgaande procedure bij het UWV argumenten biedt om het bewijsrecht buiten toepassing te stellen vanwege de aard van de zaak (art. 248 lid 1 Rv).

Het UWV is een administratieve instantie waarop het civiele procesrecht – en dus ook het bewijsrecht – niet van toepassing is. De besluitvorming van het UWV is onderworpen aan de Algemene wet bestuursrecht (Awb) en daarin zijn geen regels inzake bewijsmiddelen, bewijslastverdeling en bewijswaardering terug te lezen. Het bewijs kan in beginsel door alle middelen worden geleverd, er bestaat geen hiërarchie tussen de bewijsmiddelen en de

bestuursrechter is vrij in zijn beslissing of hij de middelen in een procedure toestaat. Bij de totstandkoming van de Awb is gesproken over invoering van bewijsregels. De Raad van State adviseerde dat de civiele bewijsafdeling van overeenkomstige toepassing moest worden verklaard. De wetgever heeft hiervoor niet gekozen omdat toepassing van het civiele bewijsrecht niet paste bij de ongelijkwaardige positie van de procespartijen in een administratieve procedure (overheid-burger). Deze redenering gaat echter niet op wanneer een ontbindingsverzoek op de a- of b-grond aan de kantonrechter wordt voorgelegd. Hier wordt immers niet de beslissing van het UWV maar een geschil tussen twee civiele partijen aan de civiele rechter voorgelegd. Er lijkt in dat opzicht weinig op tegen dat de civiele rechter zich bedient van de bewijsregels uit afdeling 9, titel 2 Rv. Eventueel kan worden gesteld dat de bewijsmogelijkheden ruimer worden nu het UWV geen getuigen- en deskundigenverhoor toestaat, maar een dergelijke uitbreiding van bewijsmiddelen komt de waarheidsvinding slechts ten goede. Dat de procedure hierdoor vertraging oploopt, is sinds de *Mediant*-beschikking geen relevant argument meer.

Een ander aspect is dat het UWV een aanvraag tot een ontslagvergunning op basis van aannemelijkheid beoordeelt. Hoewel de kantonrechter een zelfstandig oordeel velt over de redelijke grond zou het vreemd zijn als de kantonrechter bij die beoordeling een andere bewijsmaatstaf hanteert en de bewijslast voor de werkgever na afwijzing van de ontslagaanvraag door het UWV opeens een stuk hoger komt te liggen. Hiermee zeg ik niet dat de kantonrechter is gebonden aan de Uitvoeringsregels 2016. De Uitvoeringsregels zijn regels opgesteld door het UWV, die duidelijk maken op welke wijze het UWV invulling geeft aan artikel 7:669 lid 3 (a en b) BW en de Ontslagregeling. Voor een gebondenheid van de rechter ontbreekt enige wettelijke grondslag. Wel meen ik dat ook in de civiele ontbindingsprocedure een aannemelijkheidsmaatstaf dient te gelden. Hiervoor hoeft het bewijsrecht echter niet opzij te worden gezet. Bij langdurige ziekte blijkt deze maatstaf expliciet uit de wet. De werkgever dient aannemelijk te maken dat binnen een periode van 26 weken geen herstel zal optreden en evenmin een passende functie voorhanden zal zijn. Hier hangt de aannemelijkheid samen met het hypothetische karakter van het feit; dat is in de procedure bij het UWV niet anders. De aannemelijkheidsmaatstaf bij zowel het UWV als de civiele rechter kent daarmee een zelfde basis en de bewijswaarderingsmaatstaf is daarmee in beide procedures gelijk. De aannemelijkheid bij een bedrijfseconomisch ontslag heeft van doen met een marginale toetsing. Ook hier doen zich geen problemen voor in de civiele procedure. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat ook voor de civiele rechter een marginale toetsing geldt (*Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 44-45). Bovendien is thans duidelijk dat deze wijze van toetsen niet aan toepassing van het bewijsrecht in de weg staat. Zowel het UWV als de civiele rechter dient terughoudend te toetsen waar het gaat om de inhoud van het besluit en vol te toetsen op de procedureregels, zoals de uitwisselbaarheid en het

afspiegelingsbeginsel.

Op grond van het bovenstaande zie ik geen reden om het bewijsrecht buiten toepassing te stellen enkel omdat aan de civiele procedure een administratief oordeel is voorafgegaan. Een laatste argument ontleen ik aan de twee beschikkingen van de Hoge Raad die in deze annotatie centraal staan. De Hoge Raad overweegt in rechtsoverweging 3.4.2 expliciet dat het bewijsrecht op de ontbindingsprocedure geldt waarop hij vervolgt: 'Daarop is *alleen* een uitzondering aanvaard voor het in rov. 3.19 van die oordelen dan in de – gelijktijdig aanhangige – ontslagprocedure' [cursivering FL]. Deze zinssnede biedt weinig ruimte om in andere situaties het bewijsrecht buiten toepassing te stellen.

4 Afsluiting: oude wijn in nieuwe zakken

De conclusie luidt dat onder de Wwz weinig (wellicht zelfs geen) ruimte bestaat om het bewijsrecht buiten toepassing te stellen in de ontbindingsprocedure. Dat brengt mij tot een laatste vraag: maakt dit praktisch beschouwd nu zoveel uit? Wat is het verschil tussen de oude en de huidige benadering ten aanzien van disfunctioneren en een verstoorde arbeidsrelatie?

De reden voor de aannemelijkheidsmaatstaf in de ontbindingsprocedure oude stijl was dat het bewijsrecht niet gold. De rechter moest het doen met het direct door partijen in de procedure ingebrachte bewijsmateriaal; nadere bewijsmiddelen, zoals getuigenverklaringen of deskundigenberichten, konden niet via een bewijsincident worden verkregen. De bewijspositie van de partij die de bewijslast droeg was hierdoor in omvang beperkt, hetgeen niet in zijn nadeel werkte omdat bij de juridische kwalificatie voldoende was als uit de feiten aannemelijk werd dat sprake was van gewichtige redenen. De aannemelijkheid onder de Wwz is gerelateerd aan het redelijkheidsoordeel dat aan de materiële rechtsregel ten grondslag ligt. Ook nu is bij de juridische kwalificatie voldoende als uit de feiten aannemelijk wordt dat de ontslaggrond zich voordoet. Het verschil is gelegen in de wijze waarop de feiten worden vastgesteld. Daarop is het bewijsrecht van toepassing. Een aanbod tot getuigenbewijs kan daarom niet meer zonder nadere motivering door de rechter terzijde worden geschoven. Of het verschil met de situatie onder oud recht daadwerkelijk zo groot is, valt te bezien. Het aanbod tot getuigenbewijs moet namelijk ter zake dienend zijn (art. 166 Rv). In de *Decor Handelsmaatschappij*-zaak was een cassatiemiddel gericht tegen het passeren van het bewijsaanbod door de werknemer. De werknemer had aangeboden via het horen van getuigen tegenbewijs te kunnen leveren van de stelling dat hij disfunctioneerde. De A-G concludeert tot verwerping van het cassatiemiddel. Ook nu acht zij relevant dat disfunctioneren sterk verweven is met een appreciatie van de feiten zodat moeilijk kan worden aangenomen dat een werknemer moet worden toegelaten tot het horen van getuigen indien hij betwist dat hiervan sprake is (zie punt 4.26). De Hoge Raad doet dit cassatiemiddel af onder verwijzing naar

artikel 81 Wet RO.

Ik zou menen dat – zeker nu de Hoge Raad uitgaat van een marginale toetsing – de werknemer van goeden huize moet komen om tot getuigenbewijs te worden toegelaten voor zover het om de inhoudelijke gevolgtrekking gaat dat sprake is van disfunctioneren dan wel een verstoorde arbeidsrelatie. Die beoordeling ligt bij de werkgever en de rechter zal over het algemeen tot ontbinding overgaan als de werkgever de procedureregels correct heeft toegepast. Het bewijsaanbod van de werknemer zal daarom snel niet ter zake dienend zijn. Bovendien gold ook onder oud recht dat de kantonrechter hoge (bewijs)eisen stelde aan de naleving van de procedureregels. In die zin is evenmin weinig veranderd. Kortom: het valt te betwijfelen of toepassing van het bewijsrecht praktisch tot een andere benadering leidt. Er werden onder de Wwz al weinig bewijsopdrachten gegeven en dit aantal zal in het licht van de twee beschikkingen van de Hoge Raad zeker niet toenemen.

F.G. Laagland

ANNOTATIE

Bewijzen in de ontbindingsprocedure

prof. mr. dr. F.G. Laagland

1 Inleiding

In het civiele procesrecht geldt de negende afdeling van titel 2 van het Wetboek van Rechtsvordering (Rv): de titel inzake het bewijsrecht. Als hoofdregel geldt dat de rechter krachtens artikel 149 Rv de feiten vaststelt op basis van hetgeen partijen over en weer hebben gesteld en betwist. Voorts kan de rechter bij het voldoen aan de wederzijdse stel- en betwistplichten de partij die de bewijslast draagt en die een daartoe strekkend ter zake dienend en voldoende gespecificeerd bewijsaanbod doet, tot bewijs van zijn stellingen toelaten. Dit volgt uit artikel 150 Rv. De titel inzake het bewijsrecht is van overeenkomstige toepassing op de verzoekschriftprocedure, tenzij de aard van de zaak zich hiertegen verzet (art. 248 lid 1 Rv). Niet alleen de aard van de zaak maar ook de aard van de procedure kan tot uitsluiting van het bewijsrecht nopen. Dit gold voor de ontbindingsprocedure op grond van artikel 7:685 BW (oud). Als argument gold dat de procedure was gericht op een snelle beslissing over het voortbestaan van de arbeidsovereenkomst. Doordat het bewijsrecht buiten toepassing bleef, was voldoende als uit de feiten aannemelijk werd dat sprake was van gewichtige redenen. De Wvz heeft in deze benadering verandering gebracht. Hoewel de wetsgeschiedenis tegenstrijdige opmerkingen bevat, valt die kritiek de Hoge Raad niet ten deel. In de *Mediant*-beschikking oordeelde de Hoge Raad dat de uitzondering onder oud recht niet langer opgaat omdat tegen de ontbindingsbeschikking thans hoger beroep en cassatie openstaan (HR 23 december 2016, AR 2016-1482).

De *Mediant*-beschikking maakte duidelijk dat uitsluiting van het bewijsrecht en de daaraan verbonden aannemelijkheidsmaatstaf niet langer zijn te rechtvaardigen met het argument snelheid. De beschikking leidde ook tot nieuwe vragen. Een van de vragen was of toepassing van het bewijsrecht inhoudt dat de redelijke grond onomstotelijk moet komen vast te staan of dat ook onder de Wvz ruimte bestaat voor de maatstaf aannemelijk maken. Op deze vraag kwam op 16 februari 2018 meer duidelijkheid met twee beschikkingen van de Hoge Raad (AR 2018-0214 inzake Decor Handelsmaatschappij en AR 2018-0216). Deze beschikkingen zijn het

onderwerp van deze annotatie. Centraal staat de vraag welke maatstaf de rechter dient te hanteren bij de beoordeling van de redelijke grond inzake disfunctioneren (d-grond) en een verstoorde arbeidsrelatie (g-grond) en, in het verlengde daarvan, welke eisen worden gesteld aan het bewijs van de relevante feiten. Ook wordt besproken of de beschikkingen analoog van toepassing zijn op de andere (persoonlijke) ontslaggronden en of binnen de ontbindingsprocedure nog situaties denkbaar zijn waarin het bewijsrecht wel buiten toepassing blijft. De annotatie beperkt zich tot het onderwerp bewijs. De overige onderwerpen uit de twee beschikkingen van de Hoge Raad blijven buiten beschouwing.

2 De beschikkingen van de Hoge Raad

In de eerste zaak (AR 2018-0214) verzocht de werkgever de kantonrechter de arbeidsovereenkomst te ontbinden primair wegens disfunctioneren. Nadat het ontbindingsverzoek in eerste aanleg is afgewezen, bepaalt het hof in hoger beroep het einde van de arbeidsovereenkomst op 15 november 2016. Volgens het hof heeft werkgever voldoende aannemelijk gemaakt dat sprake is van disfunctioneren en is werknemer voldoende in de gelegenheid gesteld zich te verbeteren terwijl herplaatsing niet meer in de rede ligt. Het eerste middel in cassatie stelt aan de orde dat het hof is uitgegaan van een marginale toetsing en daarmee heeft miskend dat op de ontbindingsprocedure het bewijsrecht vol van toepassing is. Het tweede middel borduurt hierop voort en benoemt dat voor zover het hof meent dat de criteria uit het Ontslagbesluit (oud) hun werking hebben behouden daarmee niet is gezegd dat op grond van de Wwz de ontslaggrond disfunctioneren slechts aannemelijk hoeft te worden gemaakt. In de tweede zaak speelt een soortgelijke discussie met betrekking tot een verstoorde arbeidsrelatie (g-grond). Ook ditmaal is het verzoek tot ontbinding in eerste aanleg afgewezen. Het hof bepaalt in hoger beroep het einde van de arbeidsovereenkomst op 1 april 2017. Het hof oordeelt dat voldoende aannemelijk is gemaakt dat de samenwerking met zowel collega's als leidinggevende en de directie in de loop van de tijd zodanig is verslechterd dat sprake is van een arbeidsverhouding die ernstig en duurzaam is verstoord terwijl herplaatsing niet in de rede ligt. Wederom richt een van de cassatiemiddelen zich op de bewijsmaatstaf.

De Hoge Raad verwerpt de cassatiemiddelen in beide zaken. De Hoge Raad overweegt dat voor bewijs in het burgerlijk procesrecht niet steeds is vereist dat de te bewijzen feiten en omstandigheden onomstotelijk komen vast te staan. De toepassing van het bewijsrecht moet volgens de Hoge Raad echter worden onderscheiden van de vraag of is voldaan aan de maatstaf van artikel 7:669 lid 3 onder d dan wel onder g BW. Bij zowel disfunctioneren als een verstoorde arbeidsrelatie dient de rechter na te gaan of de ontslaggrond in redelijkheid is komen vast te staan, uitgaande van de feiten en omstandigheden die – zo nodig na bewijslevering – zijn komen vast te staan. Dat de hoven bij beide ontslaggronden de aannemelijkheidsmaatstaf hebben gehanteerd, getuigt dan ook niet van een onjuiste

rechtsopvatting.

3 Commentaar

3.1 Vaststellen van relevante feiten

De rechterlijke oordeelsvorming bestaat uit verschillende fases. De feiten vormen het beginpunt. Hier bevinden we ons in het bewijsrecht. Het bewijsrecht is gericht op de vaststelling van feiten die relevant zijn voor de rechterlijke beslissing. Er is geen probleem als partijen het met elkaar eens zijn. In dat geval neemt de rechter het feit als vaststaand aan. Het wordt anders indien tussen partijen discussie bestaat. Als een feit voldoende gemotiveerd wordt betwist, dient de partij op wie de bewijslast rust het feit te bewijzen (art. 149 lid 1 Rv). Het is uiteindelijk de rechter die beoordeelt of het bewijs van een feit al dan niet is geleverd (art. 152 lid 2 Rv). Anders dan in het strafrecht (zie art. 338 Sv), bestaat in het civiele recht geen wettelijke bewijswaarderingsmaatstaf. Hiermee hangt samen het beginsel van vrije bewijskracht. Partijen zijn vrij in hun keuze van bewijsmiddelen; er zijn geen bewijsmiddelen wettelijk uitgesloten. In het verlengde daarvan is de hoofdregel dat de rechter vrij is het resultaat van de bewijslevering zelfstandig en naar eigen bevinden te waarderen (mits goed gemotiveerd). Hierop bestaat een aantal beperkingen. Zo schrijft de wet voor bepaalde bewijsmiddelen de bewijskracht en gevolgtrekking voor. Denk aan de regel dat een akte dwingend bewijs oplevert (art. 157 lid 2 Rv), zodat de rechter, behoudens tegenbewijs, moet uitgaan van de juistheid daarvan. Of aan de regel dat de verklaring van de partijgetuige slechts beperkte bewijskracht heeft voor zover die betrekking heeft op de door die partij te bewijzen feiten (art. 164 lid 2 Rv).

Absolute zekerheid dat een feit waar is, heeft een rechter niet nodig om een feit bewezen te achten. Het recht zou in feite tot stilstand komen als een rechter steeds honderd procent zeker moet zijn van een feit. Voldoende is dat de rechter een redelijke mate van zekerheid verkrijgt (vgl. Asser Procesrecht/Asser 3 2017/264). Maar hoeveel zekerheid is vereist? En wat is in dat verband het verschil tussen een redelijke mate van zekerheid en het voldoende aannemelijk maken van een feit? Het verschil lijkt te duiden op de mate van overtuiging die een rechter dient te hebben dat het betreffende feit zich heeft voorgedaan. Kortom: een feit met een redelijke mate van zekerheid vereist een betere onderbouwing dan een feit dat voldoende aannemelijk moet worden gemaakt.

In beide beschikkingen van de Hoge Raad stond kort gezegd de vraag centraal of toepassing van het bewijsrecht betekent dat feiten altijd met een redelijke mate van zekerheid moeten komen vast te staan. Bij beide beschikkingen heeft A-G De Bock een conclusie gewezen. Het onderwerp is haar op het lijf geschreven. In 2011 promoveerde zij in Tilburg cum laude op een

proefschrift met de titel *'Tussen waarheid en onzekerheid: over het vaststellen van feiten in de civiele procedure'* (Deventer: Kluwer 2011). In haar proefschrift verdedigt De Bock dat binnen het bewijsrecht ruimte bestaat voor het aannemelijk maken van feiten. Het verbaast niet dat De Bock haar conclusies bij de beschikkingen in dezelfde sleutel plaatst. Zij betoogt dat aannemelijk maken aan de orde is indien de feiten naar hun aard niet kunnen worden bewezen. In haar conclusie bij de Decor-beschikking stelt zij dat hiervan sprake is bij de ontslaggrond disfunctioneren (art. 7:669 lid 3 onder d BW). De A-G hanteert een ruime betekenis van het begrip 'feit' en neemt aan dat ook de inhoudelijk beoordeling van het disfunctioneren als feit te gelden heeft. Doordat disfunctioneren sterk verweven is met interpretaties en het karakter heeft van een conclusie of gevolgtrekking betoogt de A-G dat niet kan worden geëist dat de ongeschiktheid zeker is of buiten alle discussie verheven is. Daarmee hangt samen dat het feit disfunctioneren enkel kan worden bewezen door andere feiten te bewijzen waaruit deze conclusie kan worden afgeleid. Aannemelijk maken is daarom het maximaal haalbare. Hetzelfde geldt voor een verstoorde arbeidsrelatie waardoor redelijkerwijs niet van de werkgever kan worden verwacht de arbeidsovereenkomst voort te zetten (art. 7:669 lid 3 onder g BW). Ook in deze situatie heeft het feit meer het karakter van een gevolgtrekking, waardoor onontkoombaar is dat daarover discussie en onzekerheid kan blijven bestaan, aldus de A-G.

De Hoge Raad bevestigt in beide beschikkingen dat binnen het bewijsrecht ruimte bestaat bij het waarden en vaststellen van de relevante feiten. De Hoge Raad overweegt in rechtsoverweging 3.4.3. van beide beschikkingen: '(...) Daarbij verdient opmerking dat voor bewijs in het burgerlijk procesrecht *niet steeds* is vereist dat de te bewijzen feiten en omstandigheden onomstotelijk komen vast te staan, maar kan volstaan dat deze voldoende aannemelijk worden' [cursivering: FL]. Het valt op dat de Hoge Raad de maatstaf voldoende aannemelijk maken afzet tegen de maatstaf onomstotelijk komen vast te staan. Onomstotelijk komen vast te staan duidt op honderd procent zekerheid terwijl uit de literatuur blijkt dat een dergelijke mate van zekerheid niet haalbaar is in het civiele recht. Ik meen ook niet dat de Hoge Raad onomstotelijk maken als basismaatstaf heeft willen stellen. Naar mijn mening moet de zinsnede zo worden verstaan dat de maatstaf voldoende aannemelijk maken onder omstandigheden de conclusie rechtvaardigt dat een feit bewezen is. Niet meer dan dat. Tot zover volgt de Hoge Raad zijn A-G. Er is echter een belangrijk verschil. De Hoge Raad motiveert het aannemelijk maken van disfunctioneren dan wel een verstoorde arbeidsrelatie namelijk niet in het licht van het type feit zoals de A-G dat doet. De Hoge Raad plaatst de cassatiemiddelen in de sleutel van de materiële rechtsregel die de werkgever aan zijn verzoek tot ontbinding ten grondslag legt. Dat brengt mij tot de tweede stap in de rechterlijke oordeelsvorming: het juridisch kwalificeren van de vastgestelde feiten.

3.2 Juridisch kwalificeren van feiten

Feiten krijgen in het recht pas betekenis in de context van de toepasselijke rechtsregels. Bij deze tweede stap in zijn oordeelsvorming bepaalt de rechter als het ware de juridische betekenis van de bewezen feiten. Doorgaans past een rechter een abstract geformuleerde rechtsregel toe. Uit het toepassen van deze algemene begrippen en generalisaties op de feiten vloeit vervolgens de rechterlijke beslissing voort. Denk bijvoorbeeld aan de onrechtmatige daad. De rechter beoordeelt of de vaststaande en dus bewezen feiten onder het bereik van onrechtmatig handelen vallen zoals die regel in abstracto is bedoeld. Met andere woorden: de vaststaande feiten moeten de rechtsgrond en dus de vordering dan wel het verzoek kunnen dragen. Hiermee is niet gezegd dat de rechterlijke beslissing logisch-dwingend voortvloeit uit de vaststelling van de feiten en de toepassing van de betreffende rechtsregel. De literatuur gaat ervan uit dat de rechterlijke beslissing niet enkel het resultaat is van toepassing van het recht op de feiten. Er is – zoals Scholten reeds in 1974 stelde – sprake van een ‘sprong’: een ongrijpbaar moment waar de rechter naar de beslissing springt. Het recht moet altijd worden uitgelegd en de rechter dient zich in dat verband steeds af te vragen wat de reikwijdte van de rechtsregel is in een concreet geval. Ook hier is sprake van een bepaalde waardering door de rechter. De rechter bepaalt immers of de vastgestelde feiten voldoende zijn in het licht van de toepasselijke rechtsregels. Zoals De Bock op p. 7 van haar proefschrift opmerkt: ‘De feiten van het geval zijn daarmee medebepalend voor de uitleg en reikwijdte van de rechtsregels. Het recht wordt gefactualiseerd door de feiten.’

Hoewel het vaststellen en juridisch kwalificeren van de feiten nauw met elkaar zijn verbonden, hanteert de Hoge Raad in beide beschikkingen een duidelijk onderscheid. De Hoge Raad overweegt in rechtsoverweging 3.4.4. van de beschikking AR 2018-0216: ‘De hiervoor in 3.4.2-3.4.3 bedoelde toepasselijkheid van de wettelijke bewijsregels moet worden onderscheiden van de vraag of is voldaan aan de maatstaf van art. 7:669 lid 3, onder g, BW dat sprake is van een verstoorde arbeidsverhouding, zodanig dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. De rechter zal moeten onderzoeken of, uitgaande van de feiten en omstandigheden die – zo nodig na bewijslevering – zijn komen vast te staan, in redelijkheid kan worden geoordeeld dat sprake is van deze door de werkgever aangevoerde ontslaggrond (...).’ Een soortgelijke formulering valt te lezen in de Decor Handelsmaatschappij-beschikking. Vervolgens overweegt de Hoge Raad dat de hoven in beide zaken uit de vaststaande feiten mochten afleiden dat het disfunctioneren dan wel de verstoorde arbeidsrelatie voldoende aannemelijk was gemaakt. Ter onderbouwing verwijst de Hoge Raad bij disfunctioneren naar de parlementaire geschiedenis waaruit blijkt dat het aan de werkgever is om te beoordelen of een werknemer voldoet aan de eisen die inherent aan de functie zijn zolang hij in redelijkheid tot zijn besluit heeft kunnen komen. Voor de verstoorde

arbeidsrelatie noemt de wettekst dat relevant is dat ‘in redelijkheid niet van de werkgever kan worden gevergd de arbeidsrelatie in stand te houden’.

Begrijp ik het goed, dan schrijft de materiële rechtsregel voor beide ontslaggronden een marginale toetsing voor (anders naar het lijkt: J.M. van Slooten in *Ondernemingsrecht* 2018/50, par. 3.4.). Beide rechtsregels gaan uit van een redelijkheidsoordeel en kennen in de ogen van de Hoge Raad aan de werkgever een zekere beoordelingsvrijheid toe. De rechter oordeelt daarmee dus niet over de inhoudelijke beoordeling maar dient na te gaan of het besluit op de juiste wijze, met inachtneming van de procedureregels, tot stand is gekomen. Het is daarmee het redelijkheidsoordeel bij de tweede stap dat maakt dat uit de vastgestelde feiten voldoende aannemelijk moet zijn dat sprake is van disfunctioneren dan wel een verstoorde arbeidsrelatie.

Hoewel de Hoge Raad de aannemelijkheid plaatst in het licht van de materiële rechtsregel, zijn – zoals gezegd – het vaststellen van de relevante feiten en het toepassen van de rechtsregels op die feiten niet los van elkaar te zien. In de werkelijkheid is geen sprake van twee elkaar netjes opvolgende stappen. Een marginale toetsing bij het kwalificeren van de feiten drukt uit wat van de feiten wordt verwacht. In mijn optiek geeft de Hoge Raad met de twee beschikkingen een duidelijk signaal af dat het niet de bedoeling is dat de rechter op de stoel van de werkgever plaatsneemt waar het de inhoudelijke beoordeling betreft. Een marginale toetsing maakt duidelijk dat de feiten die bewezen moeten worden betrekking hebben op de procedureregels. Deze feiten moeten met een redelijke mate van zekerheid komen vast te staan. Voor een geslaagd beroep op de d-grond moet de werknemer op zijn functioneren zijn aangesproken, een reële kans hebben gehad zich te verbeteren en herplaatsing in een andere functie niet mogelijk zijn of in de rede liggen. Dat de werkgever aan de vaststaande feiten de conclusie verbindt dat de werknemer disfunctioneert (de inhoudelijke beoordeling) is niet aan het bewijsrecht onderhevig (is geen feit). Dat oordeel is aan de werkgever zolang hij bewijst – en dus met een zekere mate van zekerheid aantoon – dat de procedure regels in acht zijn genomen. Eenzelfde benadering geldt bij de g-grond.

3.3 Overige persoonlijke gronden, met name verwijtbaar handelen

De motivering van de Hoge Raad wijkt af van de conclusie van de A-G. De A-G koppelde de aannemelijkheid aan het type feit dat een subjectief element omvat. Zij betoogde expliciet dat de bewijswaarderingsmaatstaf niets van doen had met een marginale toetsing (punt 3.40). Waar de A-G ervan uitgaat dat de ontslaggrond als feit niet *kan* worden bewezen, lijkt de Hoge Raad met de verwijzing naar de redelijkheid voor te staan dat dit niet *hoeft* voor zover het de inhoudelijke beoordeling betreft. Voor de uitkomst in beide zaken maakt het geen verschil. Zowel de A-G als de Hoge Raad oordeelde tot een verwerping van de cassatiemiddelen op dit

punt.

Waar de afwijkende benadering eventueel een verschil maakt, is bij de ontslaggrond verwijtbaar handelen (e-grond). In het licht van de redenering van de A-G zou ik menen dat een rechter in staat is verwijtbaar handelen met een redelijke mate van zekerheid vast te stellen. Verwijtbaar handelen is veel minder dan disfunctioneren en een verstoorde arbeidsrelatie gerelateerd aan een subjectieve interpretatie. De redenering van de Hoge Raad duidt in een andere richting. Bij de e-grond spreekt de wettekst van een redelijkheidsoordeel. De tekst kent eenzelfde opbouw en wijze van formuleren als de g-grond. Bovendien benoemt de parlementaire geschiedenis in lijn met disfunctioneren dat aan de werkgever bij verwijtbaar handelen een zekere mate van beoordelingsvrijheid toekomt (*Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 44-45). Dit zijn sterke indicaties die wijzen in de richting van een analoge toepassing van de beschikkingen op de e-grond. Resultaat zou zijn dat rechters slechts marginaal (en dus terughoudend) dienen na te gaan of het handelen van de werknemer als verwijtbaar handelen kwalificeert. Een dergelijke terughoudende toetsing is in de huidige rechtspraak niet zichtbaar.

Toch kan ik me lastig voorstellen dat de Hoge Raad bij verwijtbaar handelen uit zal gaan van een marginale toetsing. Ik baseer me hierbij op de rechtspraak inzake een ontslag op staande voet. Ook bij de dringende reden inzake een ontslag op staande voet spreekt de wettekst van redelijkheid. Artikel 7:678 BW luidt 'die ten gevolge hebben dat van de werkgever redelijkerwijs niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst in stand te houden'. Deze aanduiding wordt in de rechtspraak niet als marginale toetsing geduid maar als eis dat de dringende reden ook als zodanig kwalificeert in het licht van de cultuur van het bedrijf, de aard en duur van de dienstbetrekking en de overige bijzondere omstandigheden van het geval. De redelijkheid drukt in dit verband een belangenafweging uit en die belangenafweging wordt vol door de rechter getoetst. Er valt iets voor te zeggen dat de redelijkheid bij de e-grond in dezelfde lijn moet worden geplaatst. Een dringende reden en verwijtbaar handelen zijn qua aard dezelfde typen rechtsgronden. Het gaat in beide gevallen om een concreet objectieve term die binnen een specifieke context invulling krijgt. De redelijkheid bij de e-grond betekent in dat geval dat de rechter bij de beoordeling van verwijtbaar handelen niet voorbij mag gaan aan de bijzondere omstandigheden van het geval. Het drukt aldus niet (althans in mindere mate) uit dat aan de werkgever beoordelingsvrijheid toekomt bij wat als verwijtbaar handelen te gelden heeft, zoals wel het geval is bij disfunctioneren en een verstoorde arbeidsrelatie. De term redelijkheid kent aldus verschillende gradaties en krijgt inkleuring op basis van het type ontslaggrond.

3.4 *Buiten toepassing stellen bewijsrecht: zijn er nog situaties denkbaar?*

Zoals gezegd gold voor 1 juli 2015 de regel dat het bewijsrecht niet van toepassing was in ontbindingsprocedures. Dat de Hoge Raad door deze benadering een streep haalde in de *Mediant*-beschikking betekent niet dat het bewijsrecht in ontbindingsprocedures altijd geldt. De Hoge Raad formuleerde in rechtsoverweging 3.19 een uitzondering op de hoofdregel. De Raad overwoog dat 'indien de rechter, na afweging van de belangen van beide partijen, aanleiding ziet om in de ontbindingsprocedure eerder te oordelen dan in de – gelijktijdig aanhangige – ontslagprocedure, hij ook naar geldend recht bevoegd is om de wettelijke bewijsregels buiten toepassing te laten'. De rechter dient dat oordeel te motiveren. Ik vind de formulering enigszins ongelukkig. De beslissing om in de ontbindingsprocedure eerder te oordelen hangt juist vaak samen met de idee dat de rechter nadere bewijslevering in de ontbindingsprocedure niet, en in de vernietigingsprocedure wel nodig acht. Deze situatie bespreekt de Hoge Raad in rechtsoverweging 3.9.2 en heeft weinig van doen met het buiten toepassing laten van het bewijsrecht. Bovendien overwoog de Hoge Raad eerder dat snelheid (het eerder moeten oordelen) als motivering niet voldoet om het bewijsrecht buiten toepassing te stellen. Rechtsoverweging 3.19 doet vermoeden dat snelheid nog steeds als argument kan gelden. Dit lijkt mij voor een rechter echter onmogelijk te motiveren vanwege de mogelijkheid tot hoger beroep en cassatie.

Het is lastig zich voor te stellen welke situatie de Hoge Raad in de *Mediant*-beschikking precies op het oog had. Duidelijk is wel dat de ontbindingsprocedure als zodanig niet langer een uitzondering op het bewijsrecht rechtvaardigt. Uit de beschikkingen van 16 februari 2018 blijkt dat de uitzondering niet opgaat bij disfunctioneren (d-grond) en een verstoorde arbeidsrelatie (g-grond). Hoewel in deze situaties een aannemelijkheidsmaatstaf geldt, is het bewijsrecht vol van toepassing en zijn bewijsincidenten toegestaan. Ook bij de gronden kortdurende ziekte (c-grond), verwijtbaar handelen (e-grond) en de restgrond (h-grond) zie ik geen argumenten voor de stelling dat het bewijsrecht buiten toepassing blijft. Maar hoe zit het met een ontbindingsprocedure vanwege bedrijfseconomische redenen (a-grond) en langdurige ziekte (b-grond)? Verschil met de hiervoor besproken persoonlijke gronden is dat aan het ontbindingsverzoek een procedure bij het UWV is voorafgegaan. Hetzelfde geldt voor de herstelprocedure in de spiegelbeeldige situatie (art. 7:682 BW). Interessant is de vraag of de voorafgaande procedure bij het UWV argumenten biedt om het bewijsrecht buiten toepassing te stellen vanwege de aard van de zaak (art. 248 lid 1 Rv).

Het UWV is een administratieve instantie waarop het civiele procesrecht – en dus ook het bewijsrecht – niet van toepassing is. De besluitvorming van het UWV is onderworpen aan de Algemene wet bestuursrecht (Awb) en daarin zijn geen regels inzake bewijsmiddelen, bewijslastverdeling en bewijswaardering terug te lezen. Het bewijs kan in beginsel door alle middelen worden geleverd, er bestaat geen hiërarchie tussen de bewijsmiddelen en de

bestuursrechter is vrij in zijn beslissing of hij de middelen in een procedure toestaat. Bij de totstandkoming van de Awb is gesproken over invoering van bewijsregels. De Raad van State adviseerde dat de civiele bewijsafdeling van overeenkomstige toepassing moest worden verklaard. De wetgever heeft hiervoor niet gekozen omdat toepassing van het civiele bewijsrecht niet paste bij de ongelijkwaardige positie van de procespartijen in een administratieve procedure (overheid-burger). Deze redenering gaat echter niet op wanneer een ontbindingsverzoek op de a- of b-grond aan de kantonrechter wordt voorgelegd. Hier wordt immers niet de beslissing van het UWV maar een geschil tussen twee civiele partijen aan de civiele rechter voorgelegd. Er lijkt in dat opzicht weinig op tegen dat de civiele rechter zich bedient van de bewijsregels uit afdeling 9, titel 2 Rv. Eventueel kan worden gesteld dat de bewijsmogelijkheden ruimer worden nu het UWV geen getuigen- en deskundigenverhoor toestaat, maar een dergelijke uitbreiding van bewijsmiddelen komt de waarheidsvinding slechts ten goede. Dat de procedure hierdoor vertraging oploopt, is sinds de *Mediant*-beschikking geen relevant argument meer.

Een ander aspect is dat het UWV een aanvraag tot een ontslagvergunning op basis van aannemelijkheid beoordeelt. Hoewel de kantonrechter een zelfstandig oordeel velt over de redelijke grond zou het vreemd zijn als de kantonrechter bij die beoordeling een andere bewijsmaatstaf hanteert en de bewijslast voor de werkgever na afwijzing van de ontslagaanvraag door het UWV opeens een stuk hoger komt te liggen. Hiermee zeg ik niet dat de kantonrechter is gebonden aan de Uitvoeringsregels 2016. De Uitvoeringsregels zijn regels opgesteld door het UWV, die duidelijk maken op welke wijze het UWV invulling geeft aan artikel 7:669 lid 3 (a en b) BW en de Ontslagregeling. Voor een gebondenheid van de rechter ontbreekt enige wettelijke grondslag. Wel meen ik dat ook in de civiele ontbindingsprocedure een aannemelijkheidsmaatstaf dient te gelden. Hiervoor hoeft het bewijsrecht echter niet opzij te worden gezet. Bij langdurige ziekte blijkt deze maatstaf expliciet uit de wet. De werkgever dient aannemelijk te maken dat binnen een periode van 26 weken geen herstel zal optreden en evenmin een passende functie voorhanden zal zijn. Hier hangt de aannemelijkheid samen met het hypothetische karakter van het feit; dat is in de procedure bij het UWV niet anders. De aannemelijkheidsmaatstaf bij zowel het UWV als de civiele rechter kent daarmee een zelfde basis en de bewijswaarderingsmaatstaf is daarmee in beide procedures gelijk. De aannemelijkheid bij een bedrijfseconomisch ontslag heeft van doen met een marginale toetsing. Ook hier doen zich geen problemen voor in de civiele procedure. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat ook voor de civiele rechter een marginale toetsing geldt (*Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 44-45). Bovendien is thans duidelijk dat deze wijze van toetsen niet aan toepassing van het bewijsrecht in de weg staat. Zowel het UWV als de civiele rechter dient terughoudend te toetsen waar het gaat om de inhoud van het besluit en vol te toetsen op de procedureregels, zoals de uitwisselbaarheid en het

afspiegelingsbeginsel.

Op grond van het bovenstaande zie ik geen reden om het bewijsrecht buiten toepassing te stellen enkel omdat aan de civiele procedure een administratief oordeel is voorafgegaan. Een laatste argument ontleen ik aan de twee beschikkingen van de Hoge Raad die in deze annotatie centraal staan. De Hoge Raad overweegt in rechtsoverweging 3.4.2 expliciet dat het bewijsrecht op de ontbindingsprocedure geldt waarop hij vervolgt: 'Daarop is *alleen* een uitzondering aanvaard voor het in rov. 3.19 van die oordelen dan in de – gelijktijdig aanhangige – ontslagprocedure' [cursivering FL]. Deze zinssnede biedt weinig ruimte om in andere situaties het bewijsrecht buiten toepassing te stellen.

4 Afsluiting: oude wijn in nieuwe zakken

De conclusie luidt dat onder de Wwz weinig (wellicht zelfs geen) ruimte bestaat om het bewijsrecht buiten toepassing te stellen in de ontbindingsprocedure. Dat brengt mij tot een laatste vraag: maakt dit praktisch beschouwd nu zoveel uit? Wat is het verschil tussen de oude en de huidige benadering ten aanzien van disfunctioneren en een verstoorde arbeidsrelatie?

De reden voor de aannemelijkheidsmaatstaf in de ontbindingsprocedure oude stijl was dat het bewijsrecht niet gold. De rechter moest het doen met het direct door partijen in de procedure ingebrachte bewijsmateriaal; nadere bewijsmiddelen, zoals getuigenverklaringen of deskundigenberichten, konden niet via een bewijsincident worden verkregen. De bewijspositie van de partij die de bewijslast droeg was hierdoor in omvang beperkt, hetgeen niet in zijn nadeel werkte omdat bij de juridische kwalificatie voldoende was als uit de feiten aannemelijk werd dat sprake was van gewichtige redenen. De aannemelijkheid onder de Wwz is gerelateerd aan het redelijkheidsoordeel dat aan de materiële rechtsregel ten grondslag ligt. Ook nu is bij de juridische kwalificatie voldoende als uit de feiten aannemelijk wordt dat de ontslaggrond zich voordoet. Het verschil is gelegen in de wijze waarop de feiten worden vastgesteld. Daarop is het bewijsrecht van toepassing. Een aanbod tot getuigenbewijs kan daarom niet meer zonder nadere motivering door de rechter terzijde worden geschoven. Of het verschil met de situatie onder oud recht daadwerkelijk zo groot is, valt te bezien. Het aanbod tot getuigenbewijs moet namelijk ter zake dienend zijn (art. 166 Rv). In de *Decor Handelsmaatschappij*-zaak was een cassatiemiddel gericht tegen het passeren van het bewijsaanbod door de werknemer. De werknemer had aangeboden via het horen van getuigen tegenbewijs te kunnen leveren van de stelling dat hij disfunctioneerde. De A-G concludeert tot verwerping van het cassatiemiddel. Ook nu acht zij relevant dat disfunctioneren sterk verweven is met een appreciatie van de feiten zodat moeilijk kan worden aangenomen dat een werknemer moet worden toegelaten tot het horen van getuigen indien hij betwist dat hiervan sprake is (zie punt 4.26). De Hoge Raad doet dit cassatiemiddel af onder verwijzing naar

artikel 81 Wet RO.

Ik zou menen dat – zeker nu de Hoge Raad uitgaat van een marginale toetsing – de werknemer van goeden huize moet komen om tot getuigenbewijs te worden toegelaten voor zover het om de inhoudelijke gevolgtrekking gaat dat sprake is van disfunctioneren dan wel een verstoorde arbeidsrelatie. Die beoordeling ligt bij de werkgever en de rechter zal over het algemeen tot ontbinding overgaan als de werkgever de procedureregels correct heeft toegepast. Het bewijsaanbod van de werknemer zal daarom snel niet ter zake dienend zijn. Bovendien gold ook onder oud recht dat de kantonrechter hoge (bewijs)eisen stelde aan de naleving van de procedureregels. In die zin is evenmin weinig veranderd. Kortom: het valt te betwijfelen of toepassing van het bewijsrecht praktisch tot een andere benadering leidt. Er werden onder de Wwz al weinig bewijsopdrachten gegeven en dit aantal zal in het licht van de twee beschikkingen van de Hoge Raad zeker niet toenemen.

F.G. Laagland