

Nieuwsbrief AR Updates - Nummer 39, 2018

Nummer 39, 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

Hof van Justitie van de Europese Unie

Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2018:758 20-09-2018

Chiara Motter/Provincia autonoma di Trento

Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2018:736 19-09-2018

Isabel González Castro/Mutua Umivale, Prosegur España SL en Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS)

Hof

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2018:3925 20-09-2018

werknemster/Stichting Vivent

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2018:3932 20-09-2018

werknemer/Stichting Fontys

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2018:8322 18-09-2018

werkgeefster/Stichting Bedrijfstakpensioenfondsen voor het beroepsvervoer over de weg

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2018:8326 18-09-2018

Werkgeefster/werknemer

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2018:8323 18-09-2018

Weernekens Supermarkten Almere Waterwijk B.V./werknemster

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2018:8312 18-09-2018

Hollands Glorie/werknemer

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2018:8278 17-09-2018

Oranje Nutrition B.V./werknemer

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2018:3842 13-09-2018

werknemer/werkgeefster

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2018:8170 12-09-2018

werknemer/Bil Tankstations B.V.

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2018:3326 11-09-2018

werknemer/Stichting CREA

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2018:8329 11-09-2018

werknemer/Wensink Automotive B.V.

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2018:3325 11-09-2018

werknemer/War Child

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2018:7965 04-09-2018

werknemer/werkgeefster

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2018:7740 29-08-2018

SAA Verzekeringen B.V./werknemer

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2018:3033 21-08-2018

Hago Nederland B.V./werknemer

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2018:7351 14-08-2018

Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor de Houthandel/werknemer

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2018:7348 14-08-2018

Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor de Houthandel/werknemer

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2018:7350 14-08-2018

Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor de Houthandel/werknemer

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2018:7010 31-07-2018

werknemer/werkgeefster

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2018:6275 10-07-2018

werknemer/Koninklijke BDU Grafisch Bedrijf B.V.

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2018:5978 26-06-2018

werknemster/werkgever

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2018:1787 08-05-2018

werknemer/Stichting CREA

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2018:251 23-01-2018

Woondroomzorg B.V./werknemster

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2017:1810 04-05-2017

de ondernemingsraad van Rhenus Air B.V./Rhenus Air B.V.

Rechtbank

Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2018:4461 19-09-2018

Werknemer c.s./Y.

Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2018:4443 19-09-2018

werkgeefster/werkneemster

Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2018:3455 19-09-2018

werknemer/Enrichment Technology Nederland B.V.

Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2018:7958 19-09-2018

werknemster/werkgeefster

Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2018:8709 13-09-2018

werknemer/Makura B.V.

Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2018:4438 13-09-2018

werknemer/Mebin B.V.

Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2018:4409 13-09-2018

werkgeefster/werknemer

Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2018:8708 13-09-2018

werknemer/Janshen-Hahnrahts Exploitatie B.V.

Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2018:4521 12-09-2018

werknemer c.s./werkgever

Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2018:7644 12-09-2018

werknemer/Medrepair Nederland

Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2018:7645 12-09-2018

Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2018:3371 31-08-2018

Stichting Bureau Sociaal Raadsliden Harderberg/werknemer

Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2018:7074 28-08-2018

werknemer/SBM Schiedam B.V.

Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2018:656 02-02-2018

Ropana B.V./werknemer

Uitspraken zonder ECLI

Rechtbank Oost-Brabant 18-09-2018

werkgeefster/werknemer

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Annotatie

Pro rata transitievergoeding bij gedeeltelijke beëindiging arbeidsovereenkomst.

Eén vraag beantwoord. Nieuwe vragen te beantwoorden.

J.P.M. van Zijl

RECHTSPRAAK

Isabel González Castro/Mutua Umivale, Prosegur España SL en Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS)

<p>Gelijke behandeling man/vrouw: lactatieverlof. Internationale superdienst valt ook onder (bescherming tegen) 'nachtarbeid'. Werkplekonderzoek moet specifiek en op de persoon zijn gericht. Bij gebrek aan dergelijk onderzoek, omkering bewijslast.</p>

Feiten

Isabel González Castro arbeidiseerde als veiligheidsagente bij Prosegur. Op 8 november 2014 beviel zij van enkele zonen, aan wie zij borstvoeding gaf. Sinds maart 2015 verricht zij haar taken in een winkelcentrum, volgens een systeem van variabele ploegen met werkdagen van acht uur. De bewakingstaak verricht zij op de werkplek in de regel samen met een andere veiligheidsagent. González Castro heeft een uitkering aangevraagd in verband met risico's verbonden aan de werkvloer tijdens de lactatieperiode. Zij stelt daartoe onder meer dat het verrichten van ploegendienst een gezondheidsrisico met zich brengt en zij daarvan moet worden vrijgesteld en overeenkomst een uitkering moet krijgen. Haar verzekeringsmaatschappij heeft geweigerd een attest uit te voeren om te bezien of de werkvloer onveilig is. De verwijzende rechter vraagt of de regels van de omkering van de bewijslast moeten worden toegepast in een situatie waarin een werkneemster aan wie werd geweigerd een medisch attest te verstrekken waarin wordt bevestigd dat haar arbeidsplaats een risico voor de lactatie inhoudt, en aan wie bijgevolg de uitkering wegens risico's tijdens de lactatie werd geweigerd, bij de nationale rechter of enige andere bevoegde nationale instantie van de betrokken lidstaat opkomt tegen de evaluatie van de met haar arbeidsplaats verbonden risico's. Zo ja, vraagt de verwijzende rechter hoe deze bepaling moet worden toegepast, met name met betrekking tot de vraag of de betrokken werkneemster dan wel de verwerende partij, ongeacht of dit de werkgever is of het orgaan dat verantwoordelijk is voor de betaling van de uitkering wegens risico's tijdens de lactatie, dient te bewijzen dat aanpassing van de arbeidsomstandigheden of overplaatsing van de betrokken werkneemster technisch of

objectief niet mogelijk is of redelijkerwijs niet kan worden verlangd.

Oordeel

Het Hof van Justitie EU oordeelt als volgt.

Ploegendienst valt ook onder nachtarbeid

Artikel 2, punt 4, van Richtlijn 2003/88/EG omschrijft 'nachtarbeider' als 'een werknemer die normaal gedurende ten minste drie uren van zijn dagelijkse arbeidstijd werkzaam is binnen de nachttijd' en 'een werknemer die gedurende een bepaald gedeelte van zijn jaarlijkse arbeidstijd binnen de nachttijd werkzaam kan zijn'. Voorts preciseert artikel 2, punt 3, dat het begrip 'nachttijd' moet worden begrepen als 'een tijdvak van ten minste zeven uren, als vastgesteld bij de nationale wetgeving, dat in ieder geval de periode tussen vierentwintig uur en vijf uur omvat'. Uit de tekst van deze bepaling, en met name uit het gebruik van de uitdrukkingen 'een tijdvak', 'ten minste drie uren van zijn dagelijkse arbeidstijd' en 'een bepaald gedeelte van zijn (...) arbeidstijd', vloeit voort dat een werkneemster die, zoals in het hoofdgeding, in ploegendienst werkt in het kader waarvan zij slechts een gedeelte van haar taken gedurende de nacht verricht, moet worden beschouwd arbeid te verrichten tijdens de 'nachttijd' en derhalve moet worden aangemerkt als 'nachtarbeider' in de zin van Richtlijn 2003/88/EG. Vastgesteld moet worden dat, aangezien het in het belang is van werkneemsters tijdens de zwangerschap, na de bevalling en tijdens de lactatie, op hen overeenkomstig overweging 14 van Richtlijn 2003/88/EG de specifieke voorschriften van Richtlijn 92/85/EEG met betrekking tot nachtarbeid worden toegepast, met name teneinde de bescherming die zij in dit opzicht genieten, te versterken, en dat deze specifieke voorschriften niet minder gunstig mogen worden uitgelegd dan de algemene voorschriften van Richtlijn 2003/88/EG, die van toepassing zijn op de andere categorieën werknemers.

Bewijslastverdeling

Met betrekking tot de wijze van toepassing van artikel 7 van Richtlijn 92/85/EEG moet in herinnering worden gebracht dat de daarin vervatte bewijsregels niet gelden op het tijdstip waarop de betrokken werkneemster verzoekt om aanpassing van haar arbeidsomstandigheden of – zoals in het hoofdgeding – om een financiële uitkering wegens een risico tijdens de lactatie, en dat de met haar arbeidsplaats verbonden risico's derhalve moeten worden beoordeeld overeenkomstig artikel 4, lid 1, of in voorkomend geval artikel 7, van Richtlijn 92/85/EEG. Het is pas in een later stadium, wanneer de betrokken werkneemster voor een rechter of enige andere bevoegde instantie opkomt tegen deze risicobeoordeling, dat deze bewijsregels toepassing vinden (zie in die zin arrest van 19 oktober 2017, Otero Ramos, C-531/15, ECLI:EU:C:2017:789, punt 67). Gelet op al het voorgaande dient op de tweede tot en

met de vierde vraag te worden geantwoord dat artikel 19, lid 1, van Richtlijn 2006/54/EG aldus moet worden uitgelegd dat het van toepassing is in een situatie als aan de orde in het hoofdgeding, waarin een werkneemster aan wie is geweigerd een medisch attest te verstrekken waarin wordt bevestigd dat haar arbeidsplaats een risico voor de lactatie inhoudt, en aan wie bijgevolg de uitkering wegens risico's tijdens de lactatie werd geweigerd, bij de nationale rechter of enige andere bevoegde nationale instantie van de betrokken lidstaat opkomt tegen de evaluatie van de met haar arbeidsplaats verbonden risico's, wanneer deze werkneemster feiten aandraagt die kunnen suggereren dat deze evaluatie geen specifiek onderzoek heeft omvat waarin rekening is gehouden met haar individuele situatie, en dus kan worden aangenomen dat sprake is van directe discriminatie op grond van geslacht in de zin van Richtlijn 2006/54/EG, hetgeen de verwijzende rechter dient na te gaan. Het staat dan aan de verwerende partij om het bewijs te leveren dat die risico-evaluatie wel een dergelijk concreet onderzoek heeft omvat en dat het discriminatieverbod bijgevolg niet is geschonden.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 19-09-2018

ECLI: ECLI:EU:C:2018:736

Zaaknummer:

Rechters: A. Borg Barthet, E. Levits, J.L. da Cruz Vilaça, M. Berger en F. Biltgen

Wetsartikelen: Richtlijn 92/85/EEG

RECHTSPRAAK

werkneemster/werkgeefster

Werkneemster die na ziekmelding, in opdracht van werkgeefster, door een niet-gecertificeerd bureau gedurende 7 dagen wordt gevolgd, is ten onrechte op staande voet ontslagen. Nevenwerkzaamheden tijdens ziekte zijn niet vast komen te staan. Privacyschending meegenomen in hoogte billijke vergoeding (€ 2.500).

Feiten

Werkneemster is op 1 april 2016 in dienst getreden bij werkgeefster in de functie van Assistente/Verkoopster. In haar arbeidsovereenkomst is een verbod op nevenwerkzaamheden opgenomen. Op 31 mei 2018 heeft werkneemster zich ziek gemeld. Werkgeefster heeft werkneemster naar aanleiding van deze ziekmelding van 1 tot en met 7 juni 2018 laten volgen. Op 7 juni 2018 heeft werkgeefster werkneemster uitgenodigd om, in het kader van de re-integratie, op 8 juni 2018 een kopje koffie te komen drinken. Diezelfde dag reageerde werkneemster dat zij op advies van de huisarts rust moet nemen en ontspanning moet zoeken en dat zij de door werkgeefster voorgestelde afspraak niet aankan. Uit de bevindingen van de observator die werkneemster enige tijd heeft gevolgd blijkt dat werkneemster op 7 juni 2018 werkzaamheden heeft verricht op een externe locatie. Werkneemster heeft op 9 juni 2018, na een oproep daartoe, wederom geweigerd zich te melden bij werkgeefster, omdat zij eerst een Arbo-arts wilde zien. Op 9 juni 2018 is werkneemster door werkgeefster op staande voet ontslagen. Uit de ontslagbrief volgt dat aan het ontslag op staande voet – kort gezegd – ten grondslag ligt dat werkneemster zonder toestemming van werkgeefster tijdens ziekte werkzaamheden heeft verricht ten behoeve van een derde op een tijdstip dat werkneemster bij werkgeefster had moeten werken, zodat werkneemster zich kennelijk niet houdt aan het advies van haar huisarts en zij aanwijzingen van werkgeefster structureel negeert. Het gaat in deze zaak onder meer om de vraag of aan werkneemster een billijke vergoeding, een vergoeding wegens onregelmatige opzegging en een transitievergoeding dienen te worden toegekend.

Oordeel

Ontslag op staande voet niet rechtsgeldig

Ten aanzien van de bevindingen van het door werkgeefster ingeschakelde onderzoeksbureau overweegt de kantonrechter het volgende. De bijzondere en ten dele persoonlijke aard van een arbeidsverhouding, waarin onderling vertrouwen een element is waarop beide partijen moeten kunnen rekenen, brengt in beginsel mee dat de controle op de wandelgangen van de werknemer in beginsel door de werkgever zelf moet plaatsvinden. Bij normale verhoudingen begint een onderzoek naar aanleiding van klachten bij een gesprek met de werknemer zelf. Het doen controleren van een werknemer buiten diens weten om is slechts aanvaardbaar onder zeer bijzondere omstandigheden, waarin tegen de werknemer concrete ernstige verdenkingen zijn gerezen ter zake van ernstige overtredingen. Van zulke omstandigheden is in het voorliggende geval geen sprake. Werkgeefster had een arbodienst opdracht kunnen (en moeten) geven het verzuim van werkneemster te begeleiden. Een en ander betekent evenwel niet dat het 'rapport' helemaal niet zou mogen worden gebruikt. De bevindingen moeten echter wel met enige terughoudendheid worden beschouwd. Gelet op de gemotiveerde betwisting van werkneemster over hetgeen is voorgevallen op 7 juni 2018 (zij heeft aangegeven als vriendendienst brandnetels uit de tuin van een zieke vriendin te hebben gehaald) kan uit de rapportage niet worden afgeleid dat werkneemster nevenwerkzaamheden heeft verricht. Ook al was hiervan wel sprake, dan nog zou dit een ontslag op staande voet niet rechtvaardigen. In een dergelijk geval is het aan een bedrijfsarts of arbodienst om te beoordelen of de re-integratie wordt belemmerd of gefrustreerd door de nevenactiviteiten en indien hiervan sprake is, heeft de werkgever in eerste instantie de wettelijke sanctie van loonopschorting toe te passen. Een en ander leidt ertoe dat het ontslag op staande voet niet rechtsgeldig is gegeven. Volgt toewijzing van de verklaring voor recht.

Vergoedingen

Nu het ontslag op staande voet niet rechtsgeldig is, moet het verzoek om toekenning van een billijke vergoeding worden toegewezen. De kantonrechter stelt de billijke vergoeding vast op een bedrag van € 2.500 bruto. Daarbij neemt de kantonrechter in aanmerking dat verwacht kan worden dat werkneemster binnen afzienbare tijd een nieuwe baan zal kunnen vinden, alsmede de lengte van het dienstverband, de leeftijd van werkneemster, de hoogte van haar salaris en het gegeven dat werkgeefster op onrechtmatige wijze inbreuk heeft gemaakt op de privacy van werkneemster door haar te laten volgen. Ook de transitievergoeding – van ernstig verwijtbaar handelen van werkneemster is geen sprake – en de vergoeding wegens onregelmatige opzegging worden toegewezen.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 19-09-2018

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2018:7958

Zaaknummer: 7125938

Rechters: W. Aardenburg

Advocaten: R. Schepers en M.C. Rosier

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

RECHTSPRAAK

werknemer/Stichting Fontys

Beroep op uitzondering ketenregeling in CAO HBO (voor uitzend- en detacheringsovereenkomsten) is niet naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar. Einde van rechtswege.

Feiten

Werknemer heeft met ingang van november 2011 meerdere malen incidenteel werkzaamheden bij Fontys verricht als surveillant bij tentamens. Met ingang van 19 januari 2015 heeft werknemer via Start People BV werkzaamheden bij Fontys verricht als administratief medewerker en vanaf 14 april 2015 als roostermaker (assistent). Gedurende de periode van 1 september 2015 tot en met 31 augustus 2016 heeft werknemer op basis van een arbeidsovereenkomst met Stichting Onderzoek- en Ontwikkelingsdiensten (hierna: St. OOET) werkzaamheden bij Fontys als roosteraar/planner verricht. Gedurende de periode van 1 september 2016 tot en met 31 augustus 2017 heeft werknemer op basis van een arbeidsovereenkomst met Fontys voor bepaalde tijd werkzaamheden als roosteraar/planner verricht. Op 8 juni 2017 heeft Fontys aan werknemer mondeling meegedeeld dat de arbeidsovereenkomst per 31 augustus 2017 eindigt. Bij brief van 13 juni 2017 heeft Fontys dit bevestigd. Op de arbeidsovereenkomst is de CAO HBO van toepassing. Kern van het geschil betreft de vraag of tussen werknemer en Fontys een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd geldt. De kantonrechter heeft geoordeeld dat (onder verwijzing naar art. D-5 van de CAO HBO waarin overeenkomstig art. 7:668a lid 6 BW is afgeweken van het bepaalde in art. 7:668a, lid 2, BW met betrekking tot het opvolgend werkgeverschap in die zin dat uitzend- en detacheringsovereenkomsten worden uitgezonderd) geen sprake is van opvolgend werkgeverschap en geen arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is ontstaan. Tegen dit oordeel keert werknemer zich in hoger beroep.

Oordeel

Werknemer meent dat het beroep van Fontys op het bepaalde in artikel D-5 van de CAO-HBO naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Hij stelt dat Fontys doelbewust de ketenregeling heeft omzeild door hem eerst via Start People BV en St. OOET te

werk te stellen. Zijn betoog strekt ertoe dat zijn arbeidsovereenkomst met Fontys niet op 31 augustus 2017 van rechtswege is geëindigd en dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Het hof stelt vast dat in de CAO-HBO een relatief beperkte uitzondering op de ketenregeling is opgenomen, namelijk alleen voor uitzend- en detacheringsovereenkomsten. Fontys heeft toegelicht dat zij flexibiliteit nodig heeft als werkgever, niet alleen wat betreft onderwijzend personeel, waar het gaat om niet-structurele vacatures. In dit geval is werknemer aangenomen op een niet-structurele vacature, namelijk de gecreëerde functie van assistent-roosteraar/planner. Zijdens Fontys is naar voren gebracht dat er twee onzekerheden waren, ten eerste of X daadwerkelijk zou overstappen naar het docentschap en ten tweede of werknemer geschikt was voor de functie van roosteraar/planner. Fontys heeft aangegeven dat er naast X als roosteraar/planner geen formatieruimte was voor werknemer als roosteraar/planner. Na afloop van de detacheringsovereenkomst met Start People BV is werknemer daarom via St. OOET – dat gelieerd is aan Fontys – te werk gesteld. Nadat X was overgestapt naar het docentschap, in maart 2016, is Fontys zelf de daaropvolgende arbeidsovereenkomst met werknemer aangegaan. Naar het oordeel van het hof had Fontys aldus legitieme redenen om niet van meet af aan zelf arbeidsovereenkomsten met werknemer aan te gaan. In de gegeven omstandigheden acht het hof het beroep van Fontys op het bepaalde in artikel D-5 van de cao-hbo naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar. De bestreden beschikking wordt bekrachtigd.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 20-09-2018

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2018:3932

Zaaknummer: 200.237.263/01

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

Advocaten: M.E. Sträter en W. van ter Horst Delden

Wetsartikelen: 7:668a BW en D-5 CAO HBO

RECHTSPRAAK

werkneemster/Stichting Vivent

Fysiotherapeute onterecht op staande voet ontslagen wegens onrechtmatig handelen, onterecht declareren en frauduleuze handelingen. Werkneemster heeft onzorgvuldig gehandeld, maar werkgever maakt werkneemster een te zwaar verwijt. Toekenning billijke vergoeding.

Feiten

Werkneemster is op 18 mei 2015 in dienst getreden van Stichting Vivent (hierna: 'Vivent') in de functie van fysiotherapeut. Op 12 oktober 2017 heeft er een gesprek plaatsgevonden tussen werkneemster, de divisiemanager en een personeelsadviseur. In dat gesprek heeft de divisiemanager werkneemster gevraagd te verklaren over registraties door werkneemster in ONS en Cadans voor verleende zorg op dagen dat zij niet aanwezig was. Vivent heeft in de door werkneemster tijdens dat gesprek gegeven verklaring aanleiding gezien haar op non-actief te stellen en aanvullend onderzoek te doen. In het vervolggесprek op 18 oktober 2018 heeft de divisiemanager aan werkneemster meegedeeld dat haar arbeidsovereenkomst met onmiddellijke ingang wordt opgezegd. Werkneemster heeft de kantonrechter primair verzocht het ontslag op staande voet te vernietigen en Vivent te veroordelen tot doorbetaling van het loon. Subsidiair verzoekt werkneemster Vivent te veroordelen tot betaling van een billijke vergoeding. In de bestreden beschikking heeft de kantonrechter de verzoeken van werkneemster afgewezen. Tegen dit oordeel keert werkneemster zich in hoger beroep.

Oordeel

Het hof is van oordeel dat werkneemster weliswaar onzorgvuldig is geweest, maar dat Vivent haar in verband met de gestelde onjuiste registraties een te zwaar verwijt heeft gemaakt. Dat zij heeft getracht met haar handelen (financieel) voordeel te behalen, met voorbijgaan aan het belang bij een juiste registratie van Vivent, is niet gebleken. Vivent verwijt werkneemster ook dat zij niet van meet af aan openheid van zaken heeft gegeven over de aan de orde zijnde registraties. Dat werkneemster volhield dat haar administratie verder juist is, althans – gezien

de ontslagbrief – dat zij net zo registreert als haar collega's, rechtvaardigt naar het oordeel van het hof echter geen ontslag op staande voet. Vivent heeft te kennen gegeven naar die situatie gehandeld te hebben toen het ontslag op staande voet werd gegeven. Dat de feiten anders blijken te liggen dan waarvan Vivent is uitgegaan – Vivent dacht aanvankelijk aan frauduleuze handelingen – komt voor risico van Vivent. Vivent heeft zich ook beroepen op de voorgeschiedenis, die erin bestaat dat de divisiemanager gesprekken met werkneemster heeft gevoerd over werkafspraken, uren en juist administreren. Het had werkneemster daardoor duidelijk moeten zijn welk belang Vivent hechtte aan een juiste administratie, aldus Vivent. Het hof stelt vast dat Vivent deze voorgeschiedenis ook bij het ontslag op staande voet heeft betrokken. Naar het oordeel van het hof komt aan deze voorgeschiedenis echter een andere betekenis toe dan die daaraan door Vivent wordt gehecht. Gelet op deze voorgeschiedenis had van Vivent mogen worden verwacht dat een volgende keer dat zij aanwijzingen had dat er fouten in de urenregistratie van werkneemster waren, zij de nodige behoedzaamheid in acht zou nemen. Eerder had de urenverantwoording van de zijde van werkneemster immers geleid tot de conclusie dat haar administratie wel juist was. In plaats daarvan heeft Vivent werkneemster op staande voet ontslagen. Ten slotte neemt het hof in het bijzonder de volgende persoonlijke omstandigheden van werkneemster in aanmerking. Werkneemster kampte in de maanden voorafgaand aan het ontslag reeds met psychische klachten. Dit terwijl zij onder druk stond doordat Vivent – achteraf onterecht – controleerde of zij haar (over)uren juist registreerde en zij zich daaromtrent herhaaldelijk moest verantwoorden. Het ontslag op staande voet heeft, doordat zij geen inkomen meer had, tevens aanzienlijke financiële gevolgen voor haar gehad. Ook heeft zij mede gelet op het verslag van haar functioneringsgesprek van februari 2017 altijd goed gefunctioneerd als fysiotherapeut. Alles overwegende is hetgeen Vivent daaraan ten grondslag heeft gelegd onvoldoende voor een rechtsgeldig ontslag op staande voet. Werkneemster heeft uitgelegd dat zij, anders dan in eerste aanleg, niet meer wenst terug te keren op de werkvloer. Zij ziet daarom af van herstel van de arbeidsovereenkomst en verzoekt in plaats daarvan een billijke vergoeding toe te kennen. In de gegeven omstandigheden acht het hof herstel van het dienstverband inderdaad niet opportuun. Nu aan de voorwaarden voor een billijke vergoeding is voldaan, is het verzoek daartoe toewijsbaar. Het hof acht een vergoeding van € 25.000 billijk.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 20-09-2018

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2018:3925

Zaaknummer: 200.239.298_01

Rechters: J.P. de Haan, H.E. HAE Uniken Venema en D.J.B. de Wolff

Advocaten: L. Proenings en P.R. Bakker

Wetsartikelen: 7:681 lid 1 BW, 7:672 lid 9 BW, 7:673 BW, 7:670a lid 2 sub c BW, 7:683 lid 3 BW, 7:678 lid 1 BW, 7:670 lid 1 BW, 7:672 BW, 7:686a lid 1 BW, 7:625 BW, 7:673 lid 7 sub c BW en 6:119 BW

RECHTSPRAAK

Chiara Motter/Provincia autonoma di Trento

Raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd verzet zich niet tegen een nationale regeling krachtens welke bij de aanwerving van een werknemer als statutair ambtenaar op de grondslag van schriftelijke bewijsstukken, met het oog op diens indeling in een salarisgroep de diensttijdvakken die zijn vervuld op grond van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd tot en met het vierde jaar volledig, en na het vierde jaar gedeeltelijk in aanmerking worden genomen.

Feiten

Chiara Motter werd in de loop van 2003 aangeworven door de autonome provincie Trento op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd als docent secundair onderwijs voor het schooljaar 2003-2004. Zij heeft die activiteit nadien zonder onderbreking voortgezet, door middel van zeven andere, opeenvolgende overeenkomsten, telkens voor een bepaalde duur welke overeenkwam met die van het schooljaar. Sinds 1 september 2011 heeft Motter een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Op 1 september 2012 is zij aangesteld in vaste dienst. Op 8 september 2014 heeft de autonome provincie Trento de loopbaan van Motter gereconstrueerd met het oog op haar indeling in rang krachtens een regeling die vanaf 1 januari 2012 van toepassing was. Overeenkomstig artikel 485, lid 1, van Decreto legislativo nr. 297 van 16 april 1994, werd aan Motter een anciënniteit toegekend van 80 maanden over de 96 feitelijk gewerkte maanden. De eerste vier jaar werden volledig in aanmerking genomen en de volgende vier in een verhouding die beperkt was tot twee derde, dat wil zeggen tot 32 maanden van de 48. Zij werd ingedeeld in de eerste rang. De verwijzende rechter wenst te vernemen of clause 4 van de raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd aldus moet worden uitgelegd dat hij zich verzet tegen een nationale wettelijke regeling als die in het hoofdgeding, krachtens welke bij de aanwerving van een werknemer als statutair ambtenaar op de grondslag van schriftelijke bewijsstukken, met het oog op diens indeling in een salarisgroep de diensttijdvakken die zijn vervuld op grond van

arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd tot en met het vierde jaar volledig, en na het vierde jaar gedeeltelijk, dat wil zeggen voor twee derde, in aanmerking worden genomen.

Oordeel

Onderscheid

Vastgesteld moet worden dat het feit dat werkneemster geen geslaagde was van een administratief vergelijkend onderzoek, niet kan impliceren dat haar positie ten tijde van haar aanstelling voor onbepaalde tijd niet vergelijkbaar was met die van statutaire ambtenaren, aangezien de voorwaarden van de nationale procedure van aanwerving op de grondslag van schriftelijke bewijsstukken er juist op zijn gericht dat werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd met een beroepservaring die het mogelijk maakt hun situatie gelijk te stellen met die van de statutaire ambtenaren, worden toegelaten tot het permanente kader van de openbare dienst (zie in die zin HvJ EU 18 oktober 2012, Valenza e.a., gevoegde zaken C-302/11–C-305/11, ECLI:EU:C:2012:646, punt 45). Nagegaan moet worden of er een objectieve reden bestaat om bij de indeling in salarisgroep van ambtenaren in het secundair onderwijs die zijn aangeworven op de grondslag van schriftelijke bewijsstukken, de in het kader van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd vervulde diensttijdvakken die de vier jaar overschrijden, niet volledig in aanmerking te nemen.

Objectieve rechtvaardiging

De door de Italiaanse regering aangevoerde doelstellingen, bestaande in enerzijds het in acht nemen van de verschillen in beroepsuitoefening tussen de twee betrokken categorieën werknemers, en anderzijds het voorkomen van omgekeerde discriminatie jegens statutaire ambtenaren die zijn aangeworven na te zijn geslaagd voor een algemeen vergelijkend onderzoek, kunnen worden beschouwd als een 'objectieve reden' in de zin van clause 4, punten 1 en/of 4, van de raamovereenkomst, voor zover zij voorzien in een werkelijke behoefte, geschikt zijn om de nagestreefde doelstelling te bereiken en daartoe noodzakelijk zijn (zie in die zin HvJ EU 18 oktober 2012, Valenza e.a., gevoegde zaken C-302/11–C-305/11, ECLI:EU:C:2012:646, punt 62). Onder voorbehoud van verificaties die uitsluitend onder de bevoegdheid van de verwijzende rechter vallen, moet worden aanvaard dat de doelstellingen die de Italiaanse regering in casu aanvoert op goede gronden kunnen worden geacht te zijn bedoeld om te voorzien in een werkelijke behoefte. Uit de opmerkingen van die regering blijkt immers dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde nationale regeling gedeeltelijk is bedoeld om de verschillen te reflecteren tussen de ervaring die is opgedaan door docenten die zijn aangeworven door middel van een vergelijkend onderzoek en de ervaring die is opgedaan door degenen die op de grondslag van schriftelijke bewijsstukken zijn aangeworven, vanwege

de diversiteit van de onderwerpen en de voorwaarden waaronder en tijdschema's waarbinnen zij, met name in het kader van de vervanging van andere docenten, onderwijs moeten geven. De Italiaanse regering stelt dat de prestaties van docenten met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd gedurende een periode die kan oplopen tot 180 dagen per jaar, dat wil zeggen ongeveer twee derde van een schooljaar, vanwege de heterogeniteit van deze situaties door de nationale regeling worden gelijkgesteld met een dienst van een volledig schooljaar. Onder voorbehoud van verificatie van deze elementen door de verwijzende rechter, lijkt een dergelijke doelstelling verenigbaar te zijn met het pro-rata-temporisbeginsel, waarnaar punt 2 van clause 4 van de raamovereenkomst uitdrukkelijk verwijst. Een nationale regeling als die in het hoofdgeding, die de inaanmerkingneming van een anciënniteit van meer dan vier jaar die is opgebouwd op basis van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, verhoudingsgewijs beperkt tot twee derde, kan niet worden geacht verder te gaan dan wat nodig is om de eerder onderzochte doelstellingen te bereiken en om een evenwicht te vinden tussen de legitieme belangen van werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd en die van werknemers met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, met inachtneming van de meritocratische waarden en overwegingen van onpartijdigheid en doelmatigheid van de administratie waarop de aanwerving door middel van een vergelijkend onderzoek berust.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 20-09-2018

ECLI: ECLI:EU:C:2018:758

Zaaknummer: C-466/17

Rechters: C.G. Fernlund, S. Rodin en E. Regan

Wetsartikelen: Clause 4 Raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd

RECHTSPRAAK

werkgeefster/werkneemster

Geschil tussen advocatenkantoor en ex-werkneemster/advocaat. Advocatenkantoor heeft door de Raad voor de Rechtsbijstand ontvangen bedragen ten onrechte ontvangen en moet dit aan ex-werkneemster afdragen. Ongerechtvaardigde verrijking.

Feiten

De kantonrechter heeft in het tussenvonnis in conventie beslist dat werkneemster (advocaat) onder meer met betrekking tot het meenemen van cliënten aan werkgeefster € 17.845,12 dient te voldoen. In reconventie heeft de kantonrechter de loonvorderingen van werkneemster in beginsel toegewezen. Nu resteert nog de beoordeling van de vraag of en zo ja, in hoeverre werkneemster recht heeft op betaling van de door de Raad voor de Rechtsbijstand (hierna: RvR) op de rekening-courant van werkgeefster gestorte toevoegingsvergoedingen, die door de RvR van werkneemster zijn teruggevorderd en door haar via verrekening aan de RvR zijn terugbetaald. Het betreft een bedrag van € 16.331,84.

Oordeel

De kantonrechter stelt ten eerste vast dat werkgeefster niet betwist dat zij de vergoedingen van in totaal € 16.331,84, heeft ontvangen op haar rekening-courant bij de RvR. Het eerste verweer van werkgeefster komt, samengevat, erop neer dat er geen sprake is van ongerechtvaardigde verrijking ten koste van een verarming van werkneemster. Met betrekking tot dit verweer overweegt de kantonrechter het volgende. Het staat vast dat werkgeefster de vergoedingen op deze toevoegingen heeft ontvangen. Het staat ook vast dat werkneemster de vordering van de RvR van € 16.331,84 aan de RvR door middel van verrekening heeft betaald. Voorts staat vast dat werkneemster de door werkgeefster ontvangen bedragen niet onder zich heeft gekregen. Het staat tevens vast dat de door werkgeefster ontvangen bedragen achteraf bezien ten onrechte door de RvR zijn betaald op de rekening-courant van werkgeefster. Hierdoor staat vast dat werkgeefster € 16.331,84 onder zich heeft, welk bedrag zij niet had mogen ontvangen, terwijl werkneemster dat bedrag aan de RvR heeft moeten terugbetalen. Daarmee is sprake van een ongerechtvaardigde (want onjuist gebleken) verrijking van

werkgeefster en van een verarming voor hetzelfde bedrag van werknemster. De kantonrechter overweegt dat de verarming van werknemster door werkgeefster ongedaan gemaakt moet worden. Dat is ook redelijk. Werkgeefster had immers geen recht op dat geld dat zij wel heeft ontvangen en onder zich heeft, terwijl werknemster genoemd bedrag heeft afgedragen (of zij nu wilde of niet) uit haar eigen vermogen, zonder dat werkgeefster haar daarvoor compenseert. Werknemster is dan ook gerechtigd haar betalingsverplichting jegens werkgeefster tot het bedrag van € 16.331,84 te verrekenen. Het door partijen gevoerde debat over de vraag of er sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid (dat zou moeten worden geplaast in het licht van art. 7:661 BW) doet niet ter zake.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 19-09-2018

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2018:4443

Zaaknummer: 6614702 UC EXPL 18-1023

Rechters: A.S. Penders

Advocaten: M. Vissers

Wetsartikelen: 6:212 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Enrichment Technology Nederland B.V.

De kortgedingrechter oordeelt dat ETNL geen voorschot van 50.000 euro op een schadevergoeding aan een oud-medewerker hoeft te betalen nu onvoldoende aannemelijk is dat de tenniselleboog dan wel de schouderklachten het gevolg zijn van het voorval in maart 2013.

Feiten

Werknemer vordert in kort geding onder meer veroordeling van ETNL tot betaling van € 50.000, ten titel van voorschot op schadevergoeding. Aan het gevorderde heeft werknemer het volgende ten grondslag gelegd. Door het voorval in maart 2013 heeft werknemer blijvend letsel met gevolgen opgelopen. Zijn bewegingsapparaat heeft grote beperkingen opgelopen en hij is in psychisch opzicht getraumatiseerd. Dat er schade is geleden door werknemer staat vast op grond van de medische rapportage en de ingrepen die hij heeft moeten ondergaan en nog dient te ondergaan. Er staat vast dat er sprake is van een causaal verband tussen de huidige klachten en beperkingen van werknemer ten opzichte van de situatie voorafgaand aan het voorval. In het kader van het onderhavige kort geding kunnen weliswaar de omvang van de schade en de beperkingen niet definitief worden vastgesteld, maar op basis van het medisch dossier staat thans wel vast dat werknemer een aanzienlijke vordering heeft op ETNL, omdat werknemer niet in staat is zijn werk als operator dan wel magazijnmedewerker als vanouds uit te voeren.

Oordeel

Naar het oordeel van de voorzieningenrechter heeft werknemer, mede gelet op de gemotiveerde betwisting door ETNL, voorshands onvoldoende aannemelijk gemaakt dat hij als gevolg van het voorval in maart 2013 schade heeft geleden als waarvan thans vergoeding wordt gevorderd. Er is dus geen sprake van een situatie waarin het nu bijzonder waarschijnlijk is dat de bodemrechter de vordering van werknemer zal toewijzen. Uit de door werknemer overgelegde medische informatie volgt weliswaar dat hij elleboog- dan wel schouderklachten aan zijn linkerarm heeft (gehad), maar voorshands is onvoldoende aannemelijk dat de tenniselleboog dan wel de schouderklachten het gevolg zijn van het voorval in maart 2013.

Daarbij neemt de voorzieningenrechter (mede) in aanmerking dat uit het door werknemer overgelegde huisartsenjournaal blijkt dat werknemer al in april 2012 bij zijn huisarts is geweest met pijnklachten aan zijn linkerelleboog en dat hij deze pijnklachten al twee maanden had. Ook het tijdsverloop tussen de door werknemer gestelde (andere) fysieke en psychische klachten en het voorval in maart 2013 acht de voorzieningenrechter van belang. Bovendien heeft ETNL onweersproken gesteld dat werknemer na het voorval in maart 2013 tot aan de reorganisatie in 2015 in dienst en werkzaam is gebleven bij ETNL en dat hij nadien een opleiding tot beveiligers heeft gevolgd. Voorts kan er thans niet aan voorbij worden gegaan dat uit de brief van de medisch adviseur van 9 augustus 2018 volgt dat uit de brief van de psychosociaal therapeut van 8 maart 2017 blijkt dat zij van mening is dat er geen sprake is van de diagnose PTSS. Op grond van al het vorenstaande is de voorzieningenrechter van oordeel dat het bestaan en de omvang van de vordering van werknemer in dit kort geding onvoldoende aannemelijk zijn geworden.

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 19-09-2018

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2018:3455

Zaaknummer: C/o8/221820 / KG ZA 18-250

Rechters: M.M. Verhoeven

Advocaten: H.G.M. van Zutphen, J.M.H.W. Bindels en N.M. Brouwer

RECHTSPRAAK

Hollands Glorie/werkneemster

Onvoldoende vast komen te staan dat sprake is van kennelijk onredelijk ontslag. Werkneemster wordt toegelaten tot het leveren van bewijs.

Feiten

Werkneemster is op 1 september 1996 in dienst getreden bij Hollands Glorie en was laatstelijk werkzaam als administratief medewerkster tegen een salaris van € 3.569 bruto per maand. Op 10 januari 2014 heeft Hollands Glorie het UWV verzocht om werkneemster te mogen ontslaan vanwege bedrijfseconomische redenen. Op 21 februari 2014 heeft het UWV toestemming gegeven. De arbeidsovereenkomst met werkneemster wordt opgezegd tegen 1 juni 2014. Met ingang van 20 januari 2014 is werkneemster op grond van een verstoorde arbeidsrelatie op non-actief gesteld. Werkneemster heeft in eerste aanleg onder meer gevorderd dat voor recht wordt verklaard dat de opzegging kennelijk onredelijk is en dat Hollands Glorie wordt veroordeeld tot betaling van een schadevergoeding ad € 281.259 bruto. De kantonrechter heeft voor recht verklaard dat de opzegging kennelijk onredelijk is en een schadevergoeding ad € 29.000 bruto toegekend. De kantonrechter heeft geoordeeld dat Hollands Glorie het UWV een onjuist beeld heeft gegeven over de financiële situatie van het bedrijf. Tussen het geprognostiseerde verlies en het uiteindelijke resultaat van Hollands Glorie over 2013 zat een verschil en daarnaast was de financiële situatie niet zo slecht als Hollands Glorie heeft voorgespiegeld. Dat maakt dat de arbeidsovereenkomst op basis van een valse reden is opgezegd. Zowel Hollands Glorie als werkneemster gaat in hoger beroep.

Oordeel

Het hof oordeelt dat het gegeven dat tussen het geprognostiseerde verlies en het uiteindelijke resultaat van Hollands Glorie over 2013 een verschil zit, niet aantoonde dat Hollands Glorie opzettelijk onjuiste cijfers heeft gepresenteerd en/of opzettelijk een andere dan de werkelijke reden voor ontslag heeft opgegeven aan het UWV. De door de kantonrechter benoemde redenen kunnen de conclusie dat het ontslag kennelijk onredelijk is, niet dragen. Dat neemt niet weg dat aanvullende feiten en/of omstandigheden kunnen maken dat het geleverde bewijs

wél is geleverd. Werkneemster wordt toegelaten tot het leveren van aanvullend bewijs. Iedere verdere beslissing, tevens in het incidenteel hoger beroep, wordt aangehouden tot na de bewijslevering.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 18-09-2018

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2018:8312

Zaaknummer: 200.205.658/01

Rechters: E.J. van der Poel, W.P.M. ter Berg en A.A. van Rossum

Advocaten: J.M.P. Blom en E.G. Gosselink

Wetsartikelen: 7:681 BW (oud) en 7:681 lid 2 sub b BW (oud)

RECHTSPRAAK

werkgeefster/werknemer

<p>Hoewel werkgeefster kan worden verweten geen concrete vorm van begeleiding aan werknemer te hebben aangeboden, is er geen grond voor toekenning van een billijke vergoeding. Ontbinding op de g-grond met toekenning transitievergoeding.</p>

Feiten

Werkgeefster organiseert en verzorgt bedevaartsreizen naar religieuze bestemmingen. Werknemer is op 1 februari 1993 in dienst getreden bij werkgeefster, laatstelijk in de functie van Manager Externe Relaties. In mei 2017 is besloten om een externe organisatie in te schakelen voor het MT (managementteam), waarvan werknemer deel uitmaakt. Het doel van deze training was onder meer het vertrouwen te herstellen. De training is vroegtijdig beëindigd, omdat er volgens werkgeefster geen verbetering in de huidige situatie meer mogelijk is. Op 19 februari 2018 is werknemer aangegeven dat er al jaren grote onvrede over zijn functioneren bestaat, dat er externe hulp is geboden om dit te verbeteren, maar dat de conclusie moet worden getrokken dat dit niet heeft geleid tot verbetering. Ook het uiteindelijk gevolgde mediationtraject heeft niet tot een oplossing geleid. Werkgeefster verzoekt onder meer ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van de g-grond (verstoorde arbeidsverhouding), dan wel de h-grond.

Oordeel

Aan de orde is de vraag of er sprake is van een verstoorde arbeidsverhouding, zodanig dat van werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst met werknemer te laten voortduren. De kantonrechter is van oordeel dat dat het geval is. Er moet worden geconcludeerd dat een verdere samenwerking tussen hen niet meer mogelijk is. Vast staat dat, om de relatie tussen de MT-leden te verbeteren, werkgeefster medio 2017 een externe organisatie heeft gevraagd om een meerdaagse training te verzorgen met het doel het vertrouwen en de effectiviteit van de samenwerking binnen het MT te verhogen. Tevens staat vast dat twee andere MT-leden de opstelling en handelwijze van werknemer tijdens deze training als een blokkade hebben ervaren en zij er daarom geen heil meer in zagen om de

training voort te zetten. Voorts is werknemer een training aangeboden op het gebied van persoonlijke ontwikkeling. Werknemer heeft echter nooit het initiatief genomen om met een voorstel voor een training te komen. Andere MT-leden hebben aangegeven de organisatie te verlaten als op korte termijn geen oplossing wordt gevonden voor het ontstane probleem binnen het MT. Gelet op het voorgaande, alsmede de omstandigheid dat de MT-leden nauw met elkaar moeten samenwerken en tussen hen een vertrouwensbasis moet bestaan, moet het uitgesloten worden geacht dat zij nog met elkaar verder kunnen. Herplaatsing is dan ook niet aan de orde. De arbeidsovereenkomst wordt dan ook met ingang van 1 november 2018 ontbonden onder toekenning van de transitievergoeding. Voor een billijke vergoeding is geen plaats. Uit de stukken blijkt dat de verhoudingen binnen het MT verstoord zijn geraakt, omdat werknemer regelmatig afspraken niet nakwam en taken liet liggen of te traag uitvoerde, en dat daar in feite al jaren sprake van was. De kritiek is vele malen met hem besproken. Van een Manager Externe Relatie en MT-lid had mogen worden verwacht dat hij zich daarin zou verbeteren. Onder deze omstandigheden had anderzijds van werkgeefster verwacht mogen worden dat zij een concrete vorm van begeleiding aan werknemer had aangeboden. Ook had verwacht mogen worden dat zij in maart 2018 direct het voorstel voor mediation had aanvaard. De mediation die nu heeft plaatsgevonden was te laat. Daarmee heeft werkgeefster niet als een goed werkgever gehandeld. Hoewel werkgeefster een verwijt kan worden gemaakt, kan niet worden geoordeeld dat haar ter zake een ernstig verwijt treft.

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 18-09-2018

Zaaknummer: 7027115 EJ VERZ 18-319

RECHTSPRAAK

werknemer/Janshen-Hahnrahts Exploitatie B.V.

Van werknemer mocht worden verwacht dat hij zich als loyaal werknemer ervan zou onthouden zonder overleg eenzelfde gelijksoortige onderneming als die van werkgeefster te (laten) starten. Ontslag op staande voet rechtsgeldig.

Feiten

JHE drijft een onderneming die speelautomaten op locatie exploiteert. Werknemer is sinds 1 februari 1997 in dienst van JHE, laatstelijk in de functie van rayonmanager. In de arbeidsovereenkomst is een nevenwerkzaamhedenbeding (art. 13) en non-concurrentiebeding (art. 15) opgenomen. Per 17 juni 2013 staat de onderneming Smeba Amusement B.V. in het handelsregister ingeschreven met als bestuurders de echtgenotes van werknemer en zijn collega X. Smeba heeft als activiteit de exploitatie van amusements- en speelautomaten. Werknemer heeft in 2013 in totaal 5 GB (Gigabyte) aan klantenbestand van JHE naar zijn persoonlijke directory gedownload. Werknemer en verzoeker zijn vervolgens op non-actief gesteld met behoud van loon. JHE heeft daarop enkele zaken nader onderzocht, intern overleg gevoerd en juridisch advies ingewonnen. Werknemer is sinds 7 mei 2018 wegens ziekte arbeidsongeschikt (polsbreuk). Op 9 mei 2018 heeft er een gesprek met werknemer plaatsgevonden en is hij 'op staande voet ontslagen'. Bij aandeelhoudersbesluit van 5 juli 2018 is besloten dat Smeba per 1 oktober 2018 haar activiteiten staakt en per 31 december 2018 liquideert. Werknemer verzoekt onder meer vernietiging van de opzegging en voor recht te verklaren dat het non-concurrentiebeding nietig is dan wel schorsing of matiging van het beding.

Oordeel

Dringende reden

De dringende reden die in de ontslagbrief meegedeeld is en dus beoordeeld moet worden, is dat werknemer in strijd met het verbod op nevenwerkzaamheden en het non-concurrentiebeding in (art. 13 en 15 van) de arbeidsovereenkomst activiteiten (laat)

verricht(en) die concurrerend zijn met de activiteiten van JHE. Vaststaat dat werknemer aan JHE nimmer toestemming heeft gevraagd en verkregen voor het verrichten van nevenwerkzaamheden en/of het (laten) starten dan wel (mede) drijven van een gelijksoortige onderneming. Werknemer's zakelijke telefoonnummer bij JHE stond vermeld bij de gegevens van Smeba op Google. Voorts is het – gelet op de samenhang – ook opmerkelijk dat werknemer rond het moment van oprichting van Smeba het klantenbestand van JHE naar zijn persoonlijke directory heeft gedownload. Ook het niet-zichtbaar aanbrengen van de exploitatiestickers van Smeba op de speelautomaten wijst erop dat werknemer zich ervan bewust was dat hij concurrerende werkzaamheden verrichtte dan wel liet verrichten. Aangenomen moet dan ook worden dat hij de beide bedoelde voorschriften willens en wetens overtreden heeft. Ten slotte heeft werknemer, in tegenstelling tot X, geen open kaart gespeeld over het (laten) verrichten van gelijksoortige (neven)werkzaamheden dan wel het (laten) opstarten van een concurrerende onderneming. Het complex van voornoemde feiten en omstandigheden levert voldoende grond op voor een onverwijlde opzegging. De kantonrechter is van oordeel dat werknemer jegens JHE ernstig verwijtbaar gehandeld heeft. Van werknemer mocht verwacht worden dat hij zich op grond van verplichtingen die voortvloeien uit zijn dienstverband als loyaal werknemer ervan zou onthouden zonder overleg eenzelfde gelijksoortige onderneming als die van JHE te (laten) starten. Bovendien mag van een goed werknemer als bedoeld in artikel 7:611 BW in het algemeen verwacht worden dat hij geen concurrerende werkzaamheden (laat) verricht(en). Relevant is dat het noodzakelijke vertrouwen in een werknemer extra klemmt bij een zo grote mate van zelfstandigheid als aan werknemer in zijn functie toebedeeld was. Het ontslag op staande voet is rechtsgeldig en houdt stand.

Non-concurrentiebeding

Werknemer heeft onder meer gesteld dat het non-concurrentiebeding zijn gelding heeft verloren, nu er sprake is geweest van een ingrijpende functiewijziging, waardoor het hem beperkende beding aanmerkelijk zwaarder is gaan drukken en opnieuw overeengekomen had dienen te worden. De kantonrechter is van oordeel dat van een ingrijpende wijziging van de arbeidsverhouding als hiervoor bedoeld geen sprake is, laat staan dat het beding louter door uitbreiding van het werkareaal naar Limburg zwaarder is gaan drukken. Ingevolge artikel 7:653 lid 2 BW kan de kantonrechter een non-concurrentiebeding geheel of gedeeltelijk vernietigen wanneer de werknemer in verhouding tot het te beschermen belang van de werkgever door dat beding onbillijk wordt benadeeld. Voor wat betreft deze belangenafweging moet worden geoordeeld dat JHE een evident zwaarwegend en rechtens te respecteren belang heeft bij handhaving van het non-concurrentiebeding. JHE heeft er een gerechtvaardigd belang bij dat werknemer juist in de gegeven situatie van ernstige pogingen om JHE concurrentie aan te

doen niet door zijn kennis van haar werkwijze, haar prijsstelling en haar klanten zichzelf een positie verschaft waarbij sprake is van ongerechtvaardigd voordeel bij het concurrerend handelen. Uit hoofde van zijn tot dusver uitgeoefende functie beschikt werknemer over verdergaande vertrouwelijke informatie waarbij concurrenten belang hebben. Dat JHE werknemer aan het non-concurrentiebeding wenst te houden, is dan ook alleszins begrijpelijk en toelaatbaar. Wel zijn er, ook vanuit JHE zelf, voldoende termen om het non-concurrentiebeding te matigen in dier voege, dat de duur van het beding wordt beperkt tot een periode van twee jaar, en het geldingsgebied met ingang van heden te beperken tot Nederland.

Vergoedingen

Hoewel een dringende reden niet zonder meer samenvalt met ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer, leveren de feiten en omstandigheden die de dringende reden vormen, in dit geval ook een dergelijke ernstige verwijtbaarheid op. Dit betekent dat een transitievergoeding niet verschuldigd is. Ook is er geen grond voor een gefixeerde schadevergoeding en billijke vergoeding.

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 13-09-2018

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2018:8708

Zaaknummer: 7058994 AZ VERZ 18-70

Rechters: H.W.M.A. Staal

Advocaten: H.J.M. Smelt en S.G.J. Habets

Wetsartikelen: 7:611 BW, 7:653 (oud) BW, 7:671 BW, 7:672 lid 10 BW, 7:673 BW, 7:677 BW, 7:678 lid 1 BW, 7:681 lid 1 sub a BW en 7:686a lid 4 sub a BW

RECHTSPRAAK

werkgeefster/werknemer

Werknemer heeft niet verwijtbaar gehandeld door niet zijn volledige arbeidsomvang te werken na arbeidsgeschiktsverklaring door de bedrijfsarts. Ontbindingsverzoek afgewezen.

Feiten

Werknemer is op 15 juni 2005 in dienst getreden bij (een rechtsvoorganger van) werkgeefster. Op 6 november 2017 heeft werknemer een knie-operatie ondergaan. Per 10 januari 2018 is werknemer volgens de bedrijfsarts volledig inzetbaar voor het eigen werk (36 uur per week). Desondanks verschijnt werknemer niet voor de volledige omvang op zijn werk. Tussen partijen ontstaat onenigheid over de wijze waarop werknemer zijn werk moet hervatten. Werkgeefster wil dat werknemer minimaal 30 uur per week aanwezig is voor werkzaamheden, gedurende 6 uur per week is zij bereid hem vrij te stellen voor revalidatie. Volgens werknemer is 6 uur per week voor de revalidatie onvoldoende. Werknemer meldt zich meerdere keren ziek, waarop hij tweemaal een officiële waarschuwing ontvangt, waarin onder meer is opgenomen dat hij zich stelselmatig niet aan de regels en afspraken houdt en dat een ziekmelding niet zal worden geaccepteerd zonder arbeidsongeschiktheidsverklaring van een daartoe bevoegde arts. Werknemer meldt zich wederom ziek. Op 27 februari 2018 bezoekt werknemer de bedrijfsarts die concludeert dat sprake is van een verstoorde arbeidsverhouding. Er vindt mediation plaats, maar partijen komen niet nader tot elkaar. Werkgeefster verzoekt om de arbeidsovereenkomst te ontbinden, primair op grond van ernstig verwijtbaar handelen, subsidiair op basis van verwijtbaar handelen of nalaten en meer subsidiair op grond van overige omstandigheden.

Oordeel

Het ontbindingsverzoek wordt afgewezen. De kantonrechter oordeelt allereerst dat het primaire verzoek, ontbinding op grond van ernstig verwijtbaar handelen, niet toewijsbaar is omdat deze opzeggingsgrond niet is opgenomen in de wet. Met betrekking tot verwijtbaar handelen of nalaten oordeelt de kantonrechter dat geen sprake is van verwijtbaar handelen of nalaten wegens werkweigering. Partijen zijn blijven discussiëren, niet over de

arbeids(on)geschiktheid van werknemer, maar over de werktijden en werklocatie. De bedrijfsarts had in zijn advies kenbaar gemaakt dat werkgeefster contact kon opnemen voor de vraag hoe, hoeveel en waar gewerkt kan worden. Naar het oordeel van de kantonrechter had het in lijn gelegen als werkgeefster tijdig de hulp van de bedrijfsarts had ingeschakeld om nader advies te vragen. Hiermee had mogelijk het arbeidsconflict worden voorkomen. Ontbinding op grond van overige omstandigheden wordt afgewezen nu aan deze ontbindingsgrond grotendeels dezelfde feiten en omstandigheden ten grondslag zijn gelegd als aan de e-grond.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 13-09-2018

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2018:4409

Zaaknummer: 7133444 UE VERZ 18-302

Rechters: J.J.M. De Laat

Advocaten: J.M.N. van Beers en R. Craenen

Wetsartikelen: 7:671b lid 1 sub a BW, 7:669 lid 3 sub e BW, 7:669 lid 3 sub h BW, 7:671b lid 2 BW en 7:670 BW

RECHTSPRAAK

Werknemer weigert informatie of documenten te verstrekken over zijn strafzaak en de procedurele voortgang van het strafrechtelijk traject. Door geen openheid van zaken te geven kan werkgeefster hierdoor haar positie arbeidsrechtelijk ten opzichte van werknemer niet bepalen. Ontbinding op de e-grond.

Feiten

Medrepair is een containeropslagbedrijf in de Waalhaven in Rotterdam. Werknemer is vanaf 3 september 2009 in dienst van Medrepair, laatstelijk als voorman. Op 16 mei 2017 werd bij een controle van een container van Msc, gevuld met bananen en afkomstig uit Ecuador, 20 kilo cocaïne gevonden. De cocaïne werd uit de container verwijderd en de container werd vervolgens gevuld met dummies (met cocaïne) voor een schoonmaakbeurt doorgestuurd naar het bedrijfsterrein van Medrepair. Op 18 mei 2017 is werknemer aangehouden door het HARC-team (Hit And Run Container team) Rotterdam. Bij brief van 18 mei 2017 heeft Medrepair aan werknemer medegedeeld dat hij geen recht heeft op loon omdat hij vanwege detentie niet beschikbaar is om te werken. Met ingang van 18 mei 2017 is het loon stopgezet. Op of omstreeks 6 september 2017 is werknemer door de Rechtbank Rotterdam veroordeeld tot een gevangenisstraf van (ten minste) twee jaar, waarvan zes maanden voorwaardelijk. Bij brief van 26 april 2018 heeft Medrepair aan werknemer te kennen gegeven de uitkomst van het hoger beroep af te wachten en dat de loondoorbetaling gestopt zou blijven. In hoger beroep is de voorlopige hechtenis van werknemer op 23 mei 2018 geschorst. Werknemer is zich direct op 23 mei 2018 gaan melden bij Medrepair. De gemachtigde van werknemer heeft bij brief van 5 juni 2018 aangegeven dat hij zich beschikbaar stelt om zijn werkzaamheden bij Medrepair te hervatten. Medrepair verzoekt onder meer ontbinding van de arbeidsovereenkomst op de e- dan wel g-grond.

Oordeel

Als onweersproken staat vast dat werknemer nog niet onherroepelijk is veroordeeld. Het hoger beroep in de strafzaak tegen werknemer loopt nog. Er kan derhalve niet worden gezegd

dat hij zich schuldig heeft gemaakt aan ernstige misdrijven die in de werksfeer hebben plaatsgevonden en die hebben geleid tot een veroordeling van werknemer. Wel staat vast dat werknemer, zonder redelijke grond, consequent weigert informatie of documenten te verstrekken over zijn strafzaak en de procedurele voortgang van het strafrechtelijk traject. Door geen openheid van zaken te geven kan Medrepair hierdoor haar positie arbeidsrechtelijk ten opzichte van werknemer niet bepalen. Hierdoor is het immers niet mogelijk voor Medrepair om te beoordelen of zij aan de gedragingen van werknemer juridische consequenties wil verbinden en zo ja welke dit zouden moeten zijn. Dit nalaten van werknemer kan worden gekwalificeerd als verwijtbaar handelen waardoor van Medrepair niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Herplaatsing in een andere passende functie is niet aan de orde. De kantonrechter zal de arbeidsovereenkomst ontbinden op de e-grond. Nu werknemer ten minste 24 maanden in dienst is geweest, heeft hij recht op een transitievergoeding van € 12.354,84 bruto.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 12-09-2018

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2018:7645

Zaaknummer: 7160843 VZ VERZ 18-19393

Rechters: A.J.M. van Breevoort

Advocaten: S.C. Boswinkel-van Duijn en B.V. Rafaela

Wetsartikelen: 7:66g lid 3 sub e BW, 7:66g lid 3 sub g BW, 7:671 b lid 8 onderdeel a BW, 7:673 BW en 7:686a lid 6 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Medrepair Nederland

Werknemer is verdachte in een druggerelateerde zaak, waarbij strafbare feiten zouden hebben plaatsgevonden tijdens werktijd op terrein van werkgever. Werknemer geeft onvoldoende openheid van zaken inzake strafrechtelijke procedure. Wedertewerkstelling en loonvordering worden afgewezen.

Feiten

Werknemer is sinds 3 september 2009 in dienst bij Medrepair, laatstelijk in de functie van voorman. Op 16 mei 2017 is bij controle van een container van Msc 20 kilo cocaïne gevonden. De container werd met dummies met cocaïne voor schoonmaak doorgestuurd naar Medrepair. Op 18 mei 2017 is werknemer aangehouden door het HARC-team. Medrepair heeft aan werknemer medegedeeld dat, omdat hij vanwege detentie niet beschikbaar is om te werken, het loon met ingang van diezelfde dag is stopgezet. Nadat op 23 mei 2018 de voorlopige hechtenis van werknemer is geschorst, meldt hij zich bij Medrepair en stelt hij zich beschikbaar zijn werk te hervatten. Medrepair verzoekt om inzage in de strafzaak in eerste aanleg en informatie over de voortgang van het hoger beroep, omdat zonder deze informatie niet van haar verwacht kan worden dat zij werknemer tot het werk toelaat. Werknemer stelt een kort geding in, met onder meer het verzoek tot wedertewerkstelling en loondoorbetaling.

Oordeel

Wedertewerkstelling

Gezien de omstandigheden dat werknemer nalaat om openheid van zaken te geven over de strafrechtelijke procedure, de strafrechtelijke, ernstige bezwaren jegens werknemer nog steeds bestaan en Medrepair een kwetsbare positie heeft in de Rotterdamse haven als het gaat om drugdelicten, kan van haar niet worden gevergd om werknemer toe te laten tot zijn werkzaamheden. Het verzoek tot wedertewerkstelling wordt afgewezen.

Loondoorbetaling

Werknemer is door de Rechtbank Rotterdam veroordeeld tot een gevangenisstraf van meerdere jaren en is nog steeds verdachte in een druggerelateerde zaak, waarbij de strafbare feiten zouden hebben plaatsgevonden tijdens werktijd op het terrein van zijn werkgever. Naar het voorlopig oordeel van de kantonrechter geldt, net als bij ontslag op staande voet, in een situatie waarin een werknemer geen, althans onvoldoende informatie verschaft die het mogelijk maakt voor de werkgever om zijn arbeidsrechtelijke positie jegens de werknemer te bepalen, op de werknemer de stelplicht met betrekking tot de omstandigheden die meebrengen dat de oorzaak van het niet verrichten van de arbeid in redelijkheid voor rekening van de werkgever dient te komen. Werknemer geeft geen openheid van zaken. De stelling dat hij onschuldig is, in beroep is gegaan en uit voorlopige hechtenis is geschorst is hiervoor niet voldoende. De loonvordering wordt afgewezen.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 12-09-2018

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2018:7644

Zaaknummer: 7083610

Rechters: A.J.M. van Breevoort

Advocaten: B.V. Rafaela en S.C. Boswinkel-van Duijn

Wetsartikelen: 7:627 BW en 7:628 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/War Child

Werknemer terecht op staande voet ontslagen, omdat hij diverse donaties ten behoeve van War Child voor eigen, dan wel voor gewin van zijn schoonfamilie heeft gehouden.

Feiten

Werknemer is op 1 september 2009 in dienst getreden bij War Child en was laatstelijk werkzaam in de functie van Procurement Officer tegen een salaris van € 3.408 bruto per maand. Partijen zijn een vaststellingsovereenkomst overeengekomen, waarin is vastgelegd dat de arbeidsovereenkomst met ingang van 1 januari 2018 eindigt. War Child heeft de e-mailbox van werknemer bekeken om vervolg te kunnen geven aan zijn werkzaamheden. War Child heeft e-mails aangetroffen van donateurs over giften in natura, waaronder een aantal hotelovernachtingen en meubels aan War Child. Deze donaties waren War Child niet bekend. War Child heeft naar aanleiding van de e-mails onderzoek laten verrichten. Op 6 december 2017 is werknemer op staande voet ontslagen. De kantonrechter heeft geoordeeld dat werknemer terecht op staande voet is ontslagen. Werknemer heeft hoger beroep ingesteld en verzoekt om de beschikking te vernietigen en War Child te veroordelen tot betaling van onder meer een billijke vergoeding, de transitievergoeding en een vergoeding wegens onregelmatige opzegging.

Oordeel

Geen strijd met goede procesorde, onverwijldheid

Het hof overweegt allereerst dat de omstandigheid dat War Child slechts drie dagen voor de mondelinge behandeling in eerste aanleg het verweerschrift en zelfstandige verzoeken heeft ingediend, het recht van hoor en wederhoor van werknemer niet heeft geschaad. Het indienen van het verweerschrift drie dagen voor de mondelinge behandeling is niet in strijd met de goede procesorde. Verder overweegt het hof dat War Child het ontslag onverwijld heeft gegeven. Zij heeft de nodige zorgvuldigheid betracht door enige tijd te gebruiken om onderzoek te doen, juridisch advies in te winnen en bewijsmateriaal te verzamelen.

Schending van privacy

Het hof overweegt dat War Child voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat inzage in de e-mailbox van werknemer noodzakelijk en gerechtvaardigd was voor de voortgang van de werkzaamheden, omdat werknemer de administratie omtrent werkrelaties onvoldoende had bijgehouden. Mocht al sprake zijn van schending van privacy, dan was dit gelet op de omstandigheden gerechtvaardigd.

Dringende reden en schadevergoeding

Het hof neemt als vaststaand aan dat werknemer de donaties nimmer aan War Child heeft gemeld en dat deze donaties niet in de administratie zijn verwerkt. Het hof concludeert dat van werknemer verwacht had mogen worden dat hij ervoor had gezorgd dat de desbetreffende donaties in de administratie van War Child zouden zijn verwerkt. De conclusie van War Child dat werknemer herhaaldelijk misbruik heeft gemaakt van zijn positie bij War Child door diverse partijen aan te schrijven om donaties te verzoeken voor eigen dan wel gewin van zijn schoonfamilie is gerechtvaardigd. Mede doordat het gaat om een ideële organisatie waarbij integriteit van groot belang is, vormen de gedragingen van werknemer een dringende reden voor ontslag op staande voet. Werknemer heeft zich niet gedragen als goed werknemer en is de verplichtingen voortvloeiende uit de arbeidsovereenkomst niet nagekomen. Het hof oordeelt dat het door War Child verzochte bedrag ad € 10.000 aan schadevergoeding gerechtvaardigd is, nu is gebleken dat zij reputatieschade heeft geleden en de handelingen van werknemer opzettelijk dan wel bewust roekeloos zijn verricht. De grieven van werknemer falen en het hof bekrachtigt de bestreden beschikking.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 11-09-2018

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2018:3325

Zaaknummer: 200.241.099/01

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

Advocaten: M.L. Dingemans en H.M. Fritschy

Wetsartikelen: 7:678 lid 1 BW, 7:683 lid 7 aanhef en sub c BW, 7:672 lid 10 BW, 7:677 lid 1 BW en 2.2.6 van het geldende Procesreglement verzoekschriftprocedures rechtbanken, kantonzaken

RECHTSPRAAK

werknemer/Wensink Automotive B.V.

Ontslag op staande voet houdt stand. Werknemer schrijft eigen bedrijf in bij KvK, maakt een website en brengt een offerte uit. Aldus wordt concurrentiebeding geschaad. Dringende reden voor ontslag. Van ernstige verwijtbaarheid is geen sprake. Toekenning transitievergoeding.

Feiten

Werknemer is per 1 februari 2014 in dienst getreden bij Wensink. De laatste functie die werknemer vervulde, was die van medewerker wasstraat. Op 29 september 2017 heeft werknemer in het Handelsregister laten registreren dat hij per 1 oktober 2017 een eenmanszaak drijft onder de naam X CarCleaning. De onderneming van werknemer richt zich op het poetsen van auto's. Werknemer heeft op 16 oktober 2017 zijn werkzaamheden bij Wensink in het kader van re-integratie hervat. Werknemer is op 19 oktober 2017 op staande voet ontslagen. Werknemer heeft berust in het ontslag op staande voet, maar heeft de kantonrechter verzocht hem ten laste van de werkgever een billijke vergoeding, de transitievergoeding en een vergoeding wegens onregelmatige opzegging toe te kennen. De kantonrechter heeft voor het door Wensink aan werknemer verleende ontslag op staande voet een dringende reden aanwezig geacht en, daardoor, de grondslag voor toekenning van een billijke vergoeding afwezig geacht. De gevorderde transitievergoeding is niet toegekend. Tegen dit oordeel keert werknemer zich in hoger beroep.

Oordeel

Artikel 40 van de cao verbiedt een werknemer om zonder toestemming van de werkgever voor, dan wel ten behoeve van, derden te werken, indien het werk concurrerend is voor de bedrijfstak. In het personeelsboekje is het de werknemer verboden om zonder toestemming van Wensink werkzaam te zijn voor derden. Deze bepalingen hebben blijkens de tekst ervan de strekking te voorkomen dat de werkgever concurrentie ondervindt van zijn eigen werknemers. Tegelijkertijd blijkt uit de tekst van deze bepalingen dat overtreding ervan pas

een feit is indien en zodra feitelijk van concurrerend handelen sprake is. De enkele voorbereiding van concurrerende activiteiten is derhalve niet voldoende. Werknemer heeft bij de Kamer van Koophandel doen inschrijven een bedrijf dat zich bezighoudt met het poetsen van auto's. Hij heeft ook een website voor dat bedrijf in de lucht gebracht. Vervolgens heeft hij, na ontvangst, via die website, van een offertezoek daadwerkelijk een offerte voor het poetsen van een auto uitgebracht. Dat is concurrentie omdat bedrijfseconomische activiteit werd ontplooid binnen het kader van de onderneming die voor die activiteit was opgericht. Werknemer heeft wel benadrukt dat het niet is gekomen tot het daadwerkelijk poetsen van de auto ten behoeve waarvan de offerte was uitgebracht, maar gaat er met die stellingname aan voorbij dat het door middel van een website benaderen van het publiek, het via die website contact leggen met potentiële klanten en het vervolgens uitbrengen van een offerte aan die klant wezenlijke onderdelen zijn van de operationele activiteit van een onderneming als die van werknemer én Wensink. Dat een offerte niet leidt tot een opdracht, zoals in dit geval, behoort tot het ondernemersrisico, maar doet aan het karakter van de offerte als ondernemersactiviteit niet af. De conclusie op dit onderdeel is dan ook dat werknemer, zonder toestemming van zijn werkgever, werk voor derden in de zin van artikel 40 cao en het personeelsboekje heeft verricht. Duidelijk is dat Wensink beschikt over een professionele wasstraat en werknemer het moet doen met aanzienlijk eenvoudiger bedrijfsmiddelen, maar de markt die Wensink en werknemer bedienen is, in ieder geval deels, dezelfde: bedrijfs- en personenauto's van alle merken. De activiteiten van werknemer waren (en zijn) dan ook aan te merken als concurrerend. Ook het hof beoordeelt het uitvoeren van concurrerende werkzaamheden door werknemer als gedragingen die maakten dat redelijkerwijs niet van Wensink geleverd kon worden de arbeidsovereenkomst te laten voortbestaan. Er was dus sprake van een dringende reden voor ontslag. De vorderingen tot toekenning van een billijke vergoeding en een vergoeding wegens onregelmatig ontslag zijn dan ook terecht afgewezen. Van benadeling is echter niet of nauwelijks sprake geweest. Verder dan één offerte is werknemer niet gekomen. Zijn re-integratie is daardoor ook niet belast. Iedere aanwijzing dat hij voorafgaand aan die ene offerte reeds concurrerend was opgetreden, ontbreekt bovendien. De concurrentiekracht van werknemer ten opzichte van Wensink lijkt op ontslagdatum ook erg beperkt te zijn geweest: Wensink beschikte over een professionele wasstraat en is een gekend bedrijf in de regio. Werknemer had nog geen enkele klant en beschikte niet of nauwelijks over bedrijfsmiddelen. Van ernstige verwijtbaarheid is, alles samengenomen en gezien de daarvoor geldende hoge drempel, daarom geen sprake. De transitievergoeding met de daarover verschuldigde wettelijke rente zal worden toegekend.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 11-09-2018

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2018:8329

Zaaknummer: 200.240.097/01

Rechters: W.P.M. ter Berg, H. de Hek en W.F. Boele

Advocaten: L. Wimmenhove en A.C.G. Reezigt

Wetsartikelen: 7:781 BW, 7:673 BW, 7:672 BW, 7:677 BW, 7:678 BW, 7:681 lid 1 sub a BW, 7:671 BW en 7:673 lid 7 sub c BW

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgeefster

Ontslag schadehersteller autobedrijf wegens bedrijfsbeëindiging is niet kennelijk onredelijk.

Feiten

Werknemer is op 1 december 1982 bij een rechtsvoorganger van werkgeefster in dienst getreden. Na in 1989 uit dienst te zijn getreden, is hij na negen maanden, op 1 april 1990, weer in dienst getreden en wel in de functie van Eerste Schadehersteller. Op 25 november 2014 is een ontslagaanvraag bij het UWV ingediend wegens bedrijfseconomische redenen, te weten bedrijfsbeëindiging. Werknemer heeft geen gebruik gemaakt van het aangeboden outplacementtraject. De arbeidsovereenkomst is tegen 1 mei 2015 opgezegd. Volgens werknemer heeft werkgeefster de arbeidsovereenkomst kennelijk onredelijk opgezegd. Hij stelt daartoe dat de gevolgen van het ontslag voor hem, gelet op zijn leeftijd ten tijde van het ontslag, zijn zeer langdurige eenzijdige arbeidsverleden bij werkgeefster en haar rechtsvoorgangers, het gedrag van werkgeefster voorafgaande aan de beëindiging (waaronder het niet informeren van het personeel over de opzegging van de dealerovereenkomst met Ford), het volledig ontbreken van scholings- en/of voor hem waarneembare herplaatsingsinspanningen zijdens werkgeefster en/of (financiële) voorzieningen om de gevolgen van het ontslag voor hem te verzachten, alsmede zijn slechte positie op de arbeidsmarkt, te ernstig zijn in vergelijking met het belang van werkgeefster bij beëindiging van de dienstbetrekking. De kantonrechter heeft de vorderingen afgewezen.

Oordeel

Werkgeefster heeft ongeveer een half jaar tevoren er melding van gemaakt dat haar Ford-dealerschap zou vervallen, hetgeen naar het oordeel van het hof in de gegeven omstandigheden als voldoende tijdig kan worden beschouwd. Zoals werkgeefster ook heeft aangevoerd, is aannemelijk dat een eerdere bekendmaking, laat staan direct na de opzegging door Ford, had geleid tot verlies van klantenvertrouwen, vertrekkende werknemers, verlies van het vertrouwen van leveranciers en een (nog) lagere omzet, hetgeen ook nadelig voor werknemer zou zijn geweest. Het hof stelt voorop dat werknemer de bewijslast draagt van zijn

stelling dat werkgeefster onvoldoende inspanningen heeft verricht om hem te herplaatsen en daartoe ook voldoende feiten dient te stellen. Dat heeft hij echter niet gedaan. Hij heeft zich beperkt tot een betwisting van het betoog van werkgeefster dat zij pogingen heeft gedaan om hem te herplaatsen bij X autobedrijf. Naar het oordeel van het hof staat voldoende vast dat voor werkgeefster een bedrijfseconomische noodzaak bestond om haar bedrijfsactiviteiten te staken en de arbeidsovereenkomst met werknemer op te zeggen. Met betrekking tot de gevolgen van het ontslag overweegt het hof dat de leeftijd van werknemer, zijn langdurige arbeidsverleden bij werkgeefster en zijn positie op de arbeidsmarkt niet van dien aard zijn dat de gevolgen van het ontslag voor hem te ernstig zijn vergeleken met het belang van werkgeefster bij de opzegging. Het hof neemt daarbij in aanmerking dat niet kan worden aangenomen dat ten tijde van het ontslag zijn positie op de arbeidsmarkt zwak was. Vast staat dat werknemer nagenoeg in aansluiting aan het einde van zijn arbeidsovereenkomst met werkgeefster ander werk heeft gevonden. Weliswaar zal toen, zoals de kantonrechter heeft overwogen, sprake zijn geweest van enig financieel nadeel, maar werknemer heeft niet toegelicht wat de hoogte van zijn salaris vanaf medio mei 2015 is geweest, zodat hij in dat opzicht niet heeft voldaan aan zijn stelplicht. Volgt bekrachtiging van het bestreden vonnis.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 04-09-2018

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2018:7965

Zaaknummer: 200.192.592

Rechters: I.A. Katz-Soeterboek, A.E.F. Hillen en O.E. Mulder

Advocaten: M. Hille Ris Lambers en L.E. Huard

Wetsartikelen: 7:681 (oud) BW

RECHTSPRAAK

Stichting Bureau Sociaal Raadslieden Harderberg/werknemer

Proceskosten op verzoek van verweerder (werknemer) deels toegewezen, nadat verzoeker (werkgever) het verzoek één dag voor de zitting had ingetrokken.

Feiten

Het Bureau Sociaal Raadslieden Harderberg heeft een verzoekschrift tot ontbinding van een arbeidsovereenkomst ingediend. Aanvankelijk is een mondelinge behandeling bepaald op 12 juni 2018. Op verzoek van partijen is de zitting uitgesteld. De mondelinge behandeling is vervolgens bepaald op 15 augustus 2018. Werknemer heeft een verweerschrift met producties ingediend. Bij brief van 13 augustus 2018 heeft de gemachtigde van het Bureau aan de kantonrechter meegedeeld dat zij het verzoek intrekt. Bij brief heeft (de gemachtigde van) werknemer om toekenning van een proceskostenveroordeling gevraagd. Op 21 augustus 2018 heeft de gemachtigde van het Bureau schriftelijk op dit verzoek gereageerd.

Oordeel

Voor de beoordeling van het verzoek van werknemer om een proceskostenveroordeling uit te spreken, zoekt de kantonrechter aansluiting bij de uitspraak van de Hoge Raad van 3 juni 2016 (ECLI:NL:HR:2016:1087). Op grond van dat arrest kan een gedaagde na intrekking van een kort geding door eiser de voorzieningenrechter vragen om een proceskostenveroordeling uit te spreken. Van belang is in dat geval dat de gedaagde tijdig een verzoek doet om een proceskostenveroordeling. De aanhangigheid van het kort geding komt in dat geval niet te vervallen door de intrekking. De kantonrechter ziet in de hierna te noemen feiten en omstandigheden aanleiding om het onderhavige verzoek naar analogie van deze uitspraak te behandelen. In het verzoekschrift van het Bureau zijn verwijten jegens werknemer neergelegd en is verzocht de arbeidsovereenkomst te ontbinden (overigens zonder te benoemen op welke grond uit art. 7:669 BW lid 3 het dat wenst). Op 14 augustus 2018, één dag voor de geplande zitting, wordt per gewone post ter griffie het bericht van intrekking van het Bureau ontvangen.

Gebleken is dat het Bureau heeft nagelaten om werknemer gelijktijdig van die intrekking op de hoogte te stellen. Werknemer is op 14 augustus 2018 door de griffier telefonisch van de intrekking op de hoogte gesteld. In deze omstandigheden acht de kantonrechter het gerechtvaardigd om alsnog te beslissen op het verzoek van werknemer om een proceskostenveroordeling. Nu de zitting vanwege de intrekking niet is gehouden en de zaak kort voor de geplande zittingsdatum is ingetrokken, acht de kantonrechter 3/4 deel van het gebruikelijke tarief van € 600 voor een WWZ-procedure als de onderhavige redelijk en toewijsbaar. Derhalve zal een bedrag van € 450 voor salaris gemachtigde worden toegewezen.

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 31-08-2018

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2018:3371

Zaaknummer: 6874023 \ HA VERZ 18-49

Rechters: J.A.O.M. van Aerde

Advocaten: F.A.J.M. Koekoek en M.C. Janus-Maaskant

Wetsartikelen: 1019h Rv

RECHTSPRAAK

werknemer/SBM Schiedam B.V.

Loonvordering na uitdiensttreding in verband met arbeidsongeschiktheid. Eenzijdige wijziging arbeidsvoorwaarde door arbeidsongeschikte werknemer uit te sluiten van bonusuitkering. Bespreking van diverse looncomponenten vakantieloon en aanpassing transitievergoeding.

Feiten

Werknemer is op 1 november 2000 in dienst getreden bij de rechtsvoorganger van SBM. Werknemer is laatstelijk werkzaam geweest in de functie van consultant. Bij indiensttreding is aan werknemer een brief overhandigd/toegestuurd waarin kort gezegd is vermeld hoe de winstdelingsregeling er vanaf 1 januari 2000 uitziet. Werknemer is sinds 22 juni 2015 arbeidsongeschikt en ontvangt sinds 19 juni 2017 in verband daarmee een IVA-uitkering van het UWV. Op 13 november 2017 heeft SBM een ontslagaanvraag ingediend bij het UWV op grond van langdurige arbeidsongeschiktheid, welke vergunning op 4 december 2017 is verleend. SBM heeft de tussen partijen bestaande arbeidsovereenkomst vervolgens opgezegd per 1 april 2018. Werknemer heeft bij akte van 9 augustus 2018 verzocht SBM te veroordelen tot het betalen van de achterstallige transitievergoeding ad € 23.471,16 bruto en het betalen van de achterstallige STI-bonus over de periode 2016 t/m 2018 ad € 51.116 bruto, te vermeerderen met de wettelijke verhoging.

Oordeel

SBM heeft bij herhaling benadrukt dat de STI-regeling een discretionaire regeling is. Dit standpunt wordt in zoverre gevolgd dat het SBM in beginsel vrijstond om de voorwaarden van de regeling en daarmee de hoogte van het bedrag dat iedere werknemer boven een bepaalde loonschaal kreeg uitgekeerd, aan te passen. Voor zover SBM heeft willen betogen dat zij naar believen kan beslissen om wel of niet over te gaan tot uitkering van de STI-bonus, anders dan om de reden dat SBM geen winst heeft gemaakt, wordt dit standpunt verworpen. De aanspraak op een deel van de winst vloeit voort uit de arbeidsovereenkomst tussen partijen,

ondanks de wat ongelukkige formulering. Daaraan doet niet af dat de terminologie van de regeling is gewijzigd van winstdelingsregeling naar bonusregeling en evenmin doet daaraan af dat de uitkering op grond van de regeling in de loop der jaren – en dan met name sinds 2012 – sterker is gaan afhangen van prestaties van de werknemers. SMB was niet gehouden om aan werknemer een vast bedrag of een vast percentage uit te keren, anders dan de op dat moment geldende regeling. In zoverre had SBM de bevoegdheid om de voorwaarden van de regeling te wijzigen. Waar de schoen in casu wringt, is de in de STI-regeling van 2015 opgenomen voorwaarde/mededeling dat een langdurig arbeidsongeschikte werknemer naar rato van zijn afwezigheid gekort wordt op zijn STI-bonus, vanaf de eerste dag van afwezigheid. Deze voorwaarde komt er namelijk in de kern op neer dat een werknemer die gedurende een heel jaar volledig arbeidsongeschikt is, in het geheel geen recht heeft op de jaarlijkse STI-bonus en dát is in strijd met de arbeidsvoorwaarde dat werknemer jaarlijks aanspraak kon maken op een deel van de winst. Het opnemen van deze voorwaarde in de STI-regeling moet dan ook worden gezien als een eenzijdige wijziging van de arbeidsvoorwaarden, waarvoor in beginsel toestemming benodigd was van werknemer. Voor zover SBM met haar betoog heeft bedoeld te stellen dat werknemer stilzwijgend toestemming heeft verleend, wordt dit verweer verworpen. In zijn algemeenheid mag er niet snel van worden uitgegaan dat een werknemer stilzwijgend heeft ingestemd met een wijziging van zijn arbeidsvoorwaarden, zeker als het een voor de werknemer zeer nadelige wijziging betreft. Noch ten tijde van het doorvoeren van de wijziging, noch in de huidige procedure, heeft SBM gesteld welke gewijzigde omstandigheden in het bedrijf zouden moeten leiden tot het in de ogen van SBM redelijke voorstel om aan volledig arbeidsongeschikte werknemers in het geheel geen STI-bonus meer te betalen. Dat de OR integraal toestemming heeft verleend aan de in 2015 ingevoerde regeling doet daaraan niet af, nu niet is gebleken dat met de belangen van de specifieke groep (kwetsbare) werknemers waartoe werknemer behoort, rekening is gehouden. Daar komt bij dat werknemer notabene reeds arbeidsongeschikt was toen deze voor hem ingrijpende wijziging van zijn arbeidsvoorwaarden werd ingevoerd. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat SBM over de jaren 2015, 2016 en 2017 (ontvangen in 2016, 2017 en 2018) ten onrechte een te laag bedrag aan STI-bonus heeft uitgekeerd aan werknemer. De vordering tot het betalen van een bedrag van € 51.116 zal worden toegewezen.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 28-08-2018

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2018:7074

Zaaknummer: 7018933 VZ VERZ 18-14750

Rechters: C.H. Kemp-Randewijk

Advocaten: Y.L. Chan en J.J. Margry

Wetsartikelen: 7:625 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgeefster

Ontslag na outsourcing werkzaamheden werknemer is kennelijk onredelijk op grond van gevolgcriterium. Vastgestelde schadevergoeding wordt verhoogd van € 29.291,86 naar € 50.000.

Feiten

Werknemer is op 1 augustus 1986 bij (een rechtsvoorganger van) werkgeefster in dienst getreden. Laatstelijk was hij werkzaam in de functie van systeembeheerder met een salaris van € 3.047 bruto. Op 29 januari 2015 maakt werkgeefster kenbaar dat zij de werkzaamheden van werknemer met ingang van 1 februari 2015 uitbesteedt aan een extern bedrijf (bedrijf X). Werkgeefster biedt werknemer verschillende opties, waaronder indiensttreding bij bedrijf X (op basis van een jaarcontract), ontslag door middel van een ontslagvergunning (zonder vergoeding) of beëindiging door middel van een vaststellingsovereenkomst (met een vergoeding van vier bruto maandsalarissen). Werknemer dient een ontbindingsverzoek in tegen zowel werkgeefster als bedrijf X. Het ontbindingsverzoek tegen bedrijf X wordt afgewezen, omdat naar het oordeel van de kantonrechter geen sprake was van overgang van onderneming. Het tegen werkgeefster gerichte verzoek wordt toegewezen, onder toekenning van een vergoeding van € 32.089,65 bruto. Werkgeefster heeft naar het oordeel van de kantonrechter onvoldoende gegevens aan werknemer verschaft om te kunnen beoordelen of zij in redelijkheid heeft kunnen besluiten (alleen) de werkzaamheden van werknemer uit te besteden. Werknemer heeft het ontbindingsverzoek op 30 april 2015 ingetrokken en op dezelfde dag is door werkgeefster een ontslagvergunning aangevraagd. Het UWV heeft de ontslagvergunning verleend en werkgeefster heeft de arbeidsovereenkomst opgezegd tegen 1 oktober 2015. In eerste aanleg heeft werknemer onder meer een verklaring voor recht gevorderd dat het gegeven ontslag kennelijk onredelijk is. De kantonrechter geeft geen verklaring voor recht, maar veroordeelt werkgeefster om een vergoeding ad € 29.291,86 bruto te betalen. Werknemer stelt hoger beroep in met onder meer het verzoek te verklaren dat het gegeven ontslag kennelijk onredelijk is en om werkgeefster te veroordelen de dienstbetrekking te herstellen. Werkgeefster stelt hoger beroep in met het verzoek om het bestreden vonnis te vernietigen en de vorderingen van werknemer (alsnog) af te wijzen.

*Oordeel**Valse reden*

Werknemer betoogt dat onder meer vanwege de omstandigheid dat werkgeefster in eerste instantie voor het uitbesteden van de werkzaamheden het vermeend disfunctioneren van werknemer heeft aangegeven, terwijl tegenover het UWV als reden voor het uitbesteden van de werkzaamheden bedrijfseconomische redenen worden aangevoerd, sprake is van voorgewende respectievelijk valse reden. Het hof acht dit onvoldoende aannemelijk, mede vanwege het feit dat het systeembeheer van een vestiging en van zustermaatschappijen ook is uitbesteed.

Kennelijk onredelijke opzegging, vergoeding

Het hof is van oordeel dat de gevolgen voor de opzegging voor werknemer ernstig zijn in vergelijking met het belang van werkgeefster bij de opzegging, mede vanwege de leeftijd van werknemer en de daarmee samenhangende mogelijkheden om ander passend werk te vinden. Werknemer is daarnaast pas laat op de hoogte gesteld van het vervallen van zijn functie (drie dagen van tevoren) en een concreet en passend aanbod tot indiensttreding bij bedrijf X ontbreekt. Het hof verklaart dan ook voor recht dat de opzegging kennelijk onredelijk is en kent werknemer een vergoeding toe van € 50.000 bruto.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 31-07-2018

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2018:7010

Zaaknummer: 200.204.012

Rechters: I.A. Katz-Soeterboek, R.S. de Vries en H.E. de Boer

Advocaten: F.J.T. van Gelderen en A.A. Bart

Wetsartikelen: 7:681 lid 2 aanhef en sub a BW (oud), 7:681 lid 2 aanhef en sub b BW (oud), 7:681 lid 1 BW (oud) en 6:97 BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/werkgever

Werkgever zegt arbeidsovereenkomst zonder toestemming UWV op. Werkneemster heeft niet tijdig verzocht om vernietiging opzegging. Loonvordering afgewezen.

Feiten

Werkneemster is op 2 januari 2017 voor onbepaalde tijd in dienst getreden van werkgever in de functie van textielmedewerker algemeen. Op 3 oktober 2017 heeft werkgever tijdens de ochtendpauze zijn drie medewerkers, onder wie werkneemster, geïnformeerd over een teruggang. Op 25 oktober 2017 had werkneemster klachten aan haar schouder. Zij is op het werk verschenen, maar in de loop van de ochtend vertrokken. Zij heeft verklaard dat zij zich toen niet ziek heeft gemeld, maar dat werkgever wilde dat zij vertrok. Werkgever heeft werkneemster op 25 oktober 2017 thuis bezocht en gevraagd weer aan het werk te gaan. Werkneemster heeft dat geweigerd. Werkgever heeft toen vervolgens een brief aangeboden waarin hij de arbeidsovereenkomst met werkneemster per 1 november 2017 opzegt. Werkneemster heeft vervolgens een WW-uitkering aangevraagd. Op 19 december 2017 heeft het UWV aan werkneemster bericht dat zij geen uitkering krijgt, omdat het dienstverband niet rechtsgeldig is geëindigd. Op 22 december 2017 heeft de gemachtigde van werkneemster het achterstallig loon bij werkgever gevorderd. Werkneemster heeft in eerste aanleg onder meer betaling van het achterstallig loon tijdens ziekte gevorderd. De kantonrechter heeft bij vonnis van 5 maart 2018 werkneemster niet-ontvankelijk in haar vorderingen verklaard en haar veroordeeld in de proceskosten. Werkneemster komt hiertegen in hoger beroep.

Oordeel

Werkneemster heeft in de eerste plaats betoogd dat geen sprake is van een opzegging door werknemer, zodat de vervaltermijn van artikel 7:686a lid 4 sub a BW niet van toepassing is. Niet in geschil is dat werkgever op 3 oktober 2017 aan werkneemster en haar collega's heeft meegedeeld dat het niet mogelijk is om het personeel na 1 november 2017 aan te houden. Naar het voorlopig oordeel van het hof heeft werkgever hiermee de arbeidsovereenkomst met werkneemster opgezegd en heeft werkneemster dit ook zo begrepen en redelijkerwijs moeten

begrijpen. Naar het oordeel van het hof had werkneemster er daarom op bedacht moeten zijn dat zij, nu de arbeidsovereenkomst was opgezegd zonder toestemming van het UWV, vóór 1 januari 2018 vernietiging van de opzegging diende te verzoeken. Nu zij dat niet tijdig heeft gedaan is de vervaltermijn verstreken en is naar het voorlopig oordeel van het hof de arbeidsovereenkomst tussen partijen definitief geëindigd. Dat werkgever werkneemster, zoals zij heeft betoogd, (opzettelijk) op het verkeerde been heeft gezet, acht het hof, gelet op de hiervoor genoemde omstandigheden, niet aannemelijk geworden. Daarom kan voorshands niet worden geoordeeld dat het beroep van werkgever op opzegging van de arbeidsovereenkomst tegen 1 november 2017 en daarmee op het verstrijken van de vervaltermijn op 1 januari 2018 naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 26-06-2018

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2018:5978

Zaaknummer: 200.237.162

Rechters: I.A. Katz-Soeterboek, A.E.F. Hillen en S.C.P. Giesen

Advocaten: G.A.G. Warfman en Z. Alkan

Wetsartikelen: 7:629 BW en 7:686a lid 4 sub a BW

RECHTSPRAAK

Woondroomzorg B.V./werkneemster

Woonbegeleider handelt ernstig verwijtbaar door meermaals de grenzen van een professionele relatie met haar cliënt te overschrijden en de grenzen tussen werk en privé niet te eerbiedigen. Ontbinding op de g-grond. Geen toekenning transitievergoeding.

Feiten

Werkneemster is sinds 1 oktober 2008 in dienst van Woondroomzorg B.V. (hierna: WDZ) en was laatstelijk werkzaam als woonbegeleider. WDZ is een instelling die directe zorg en begeleiding biedt aan ouderinitiatieven. In maart 2015 heeft werkneemster een formele waarschuwing gekregen omdat zij zich niet gehouden had aan een afspraak over communicatie met derden. In mei 2015 hebben de ouders van een van de cliënten van WDZ (hierna: de cliënt) WDZ verzocht om toe te staan dat werkneemster hem in privétijd zou begeleiden tijdens een wandelvakantie over het Pieterpad van enige dagen. WDZ heeft dit verzoek afgewezen en aangegeven dat dit enkel tijdens werktijd en dus tegen betaling mogelijk zou zijn. Werkneemster was hiervan op de hoogte. Een discussie over de scheiding van werk en privé volgt tussen WDZ en werkneemster. In september 2016 blijkt dat werkneemster de cliënt toch met zijn wandelvakantie heeft geholpen door hem en zijn begeleider van het station te halen, op een terras iets te drinken, in het huis van haar broer iets te eten en daar ook te logeren. Hierop heeft WDZ werkneemster direct op non-actief gesteld. WDZ heeft de kantonrechter verzocht de arbeidsovereenkomst met werkneemster te ontbinden op de e- dan wel de g-grond. De kantonrechter heeft dit verzoek afgewezen.

Oordeel

Verstoorde arbeidsverhouding (g-grond)

Het staat vast dat werkneemster geen toestemming heeft gevraagd aan haar leidinggevende om de cliënt (en zijn begeleider) bij de eerste overnachting van hun wandeling over het Pieterpad behulpzaam te zijn. Door de cliënt van het station op te halen, mee naar het huis van haar broer te nemen, daar samen te eten en te logeren heeft werkneemster een ander

contact met de cliënt gehad dan een professioneel contact binnen de context van de werkomgeving. Daarmee heeft werkneemster in strijd gehandeld met het personeelshandboek van WdZ. Werkneemster wist bovendien dat WdZ het van groot belang achtte dat zij, in het bijzonder met de betreffende cliënt, de grenzen van haar professionele relatie met hem in acht nam en wat WdZ in dat kader van werkneemster verwachtte. Ten eerste hebben WdZ en werkneemster hier meermaals over gesproken en een duidelijke afspraak gemaakt. Ten tweede heeft haar leidinggevende werkneemster op de hoogte gebracht van de gedragsregels binnen WdZ en aangegeven het onverstandig te vinden privé en werk zo stevig te vermengen. Ten derde is gebleken dat werkneemster zich van de gevoeligheid van het verzoek dat haar is gedaan door de (ouders van de) cliënt bewust is en dat zij wist dat zij toestemming van haar leidinggevende nodig heeft als het gaat om situaties van vermenging van werk en privé. Het voorgaande staat daarnaast niet op zichzelf. Werkneemster heeft eerder al een formele waarschuwing gehad en eerder hebben tussen werkneemster en haar leidinggevende discussies bestaan over voldoende scheiding van werk en privé. Tegen die achtergrond is het begrijpelijk dat WdZ het vertrouwen in werkneemster definitief had verloren nadat bleek dat werkneemster verzuimd had toestemming aan WdZ te vragen voor de wijze waarop zij de cliënt en zijn begeleider behulpzaam is geweest bij de eerste overnachting tijdens hun wandeling over het Pieterpad. Het hof is van oordeel dat sprake is van een verstoorde arbeidsverhouding (g-grond) en dat herplaatsing van werkneemster niet in de rede ligt. Volgt ontbinding van de arbeidsovereenkomst.

Ernstig verwijtbaar handelen werkneemster

Het hof acht het handelen van werkneemster ernstig verwijtbaar, omdat (1) de relatie tussen werkneemster en haar leidinggevende reeds onder druk stond, omdat laatstgenoemde kritiek had op de naleving door werkneemster van gemaakte afspraken, (2) de leidinggevende duidelijke afspraken met werkneemster heeft gemaakt over de scheiding van werk en privé en daarover de directie van WdZ heeft geïnformeerd, (3) werkneemster die afspraak al binnen een maand schond en (4) werkneemster niet direct openheid van zaken heeft gegeven over haar betrokkenheid bij de wandelvakantie. De transitievergoeding is mitsdien niet door WdZ verschuldigd.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 23-01-2018

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2018:251

Zaaknummer: 200.214.768/01

Rechters: D. Kingma, C.M. Aarts en H.M.M. Steenberghe

Advocaten: C.E. Stratenus en P. Chr. Snijders

Wetsartikelen: 7:669 lid 3 sub g BW, 7:673 BW en 7:683 BW

RECHTSPRAAK

Werknemer c.s./Y.

Na contractwisseling in de schoonmaak heeft nieuwe opdrachtgever een overnameverplichting. Opdrachtgever moet werknemer een arbeidsovereenkomst aanbieden. Loonvordering werknemer afgewezen, nu werknemer aanbod arbeidsovereenkomst niet hoeft te accepteren.

Feiten

Bedrijf B en Y zijn ondernemingen die schoonmaakdiensten voor hun opdrachtgevers verzorgen. Werknemer is per 17 maart 2014 in dienst getreden bij Bedrijf B. Op de arbeidsovereenkomst tussen werknemer en Bedrijf B is de cao in het Schoonmaak- en Glazenwassersbedrijf (hierna: de cao) van toepassing verklaard. Deze cao is algemeen verbindend verklaard vanaf 23 juni 2017. Met ingang van 1 augustus 2017 heeft Bedrijf B de opdracht bij naam stichting opgezegd, omdat deze voor haar niet meer rendabel was, waarna naam stichting het betreffende schoonmaakwerk per die datum aan Y heeft gegund. In de e-mail van 12 juli 2017 heeft Bedrijf B aan Y geschreven dat werknemer een contract heeft voor onbepaalde tijd, zodat sprake is van een overnameplicht. Er is geen arbeidsovereenkomst tot stand gekomen tussen werknemer en Y. Werknemer en Bedrijf B vorderen onder meer om werknemer binnen twee dagen na betekening van dit vonnis vanaf 1 augustus 2017 een arbeidsovereenkomst aan te bieden, tegen dezelfde arbeidsvoorwaarden.

Oordeel

Omdat in artikel 38 lid 1 van de cao is opgenomen dat onder heraanbesteding ook wordt verstaan een aanbesteding als gevolg van opzegging van het contract, is dit artikel van toepassing op de onderhavige situatie. Dit betekent dat Y verplicht was om werknemer een arbeidsovereenkomst aan te bieden, indien werknemer aan de in artikel 38 lid 2 genoemde voorwaarden voldeed. Wat betreft het door Y gestelde misbruik door Bedrijf B, inhoudende dat de opdracht slechts is opgezegd om zo eenvoudig van werknemer af te komen, geldt dat Bedrijf B dit ter zitting gemotiveerd heeft betwist. Volgens haar stond de ziekte van

werknemer los van de opzegging. Subsidiair heeft Y gesteld dat zij werknemer geen arbeidsovereenkomst hoefde aan te bieden, omdat Bedrijf B niet tijdig aan haar informatieverplichting heeft voldaan. Dit verweer gaat evenmin op, omdat in artikel 38 lid 8 sub a is opgenomen dat in dat geval slechts sprake is van aansprakelijkheid van het verliezende bedrijf (Bedrijf B) jegens het winnende bedrijf (Y) voor de daaruit voortvloeiende schade. Meer subsidiair heeft Y aangevoerd dat werknemer het aanbod tot overname niet tijdig heeft geaccepteerd. De kantonrechter overweegt dat het doen van een vrijblijvend aanbod inhoudt dat dit na aanvaarding kan worden herroepen (art. 6:219 tweede lid BW), zodat dit aanbod reeds op die grond niet is aan te merken als een aanbod in de zin van de cao. Y diende werknemer, gelet op het voorgaande, per datum contractwisseling, 1 augustus 2017, deze aanbieding conform artikel 38 CAO te doen. Het spreekt voor zich dat Y bij haar aanbod aan werknemer de toelichting kan en hoort te verstrekken dat werknemer na het aangaan van de arbeidsovereenkomst met Y volgens haar niet kan terugkeren naar de locatie van naam stichting in vestigingsplaats en dat Y dan een alternatief kan bieden in de vorm van schoonmaakwerkzaamheden in vestigingsplaats. Het op voorhand vragen aan werknemer om met die wisseling in te stemmen is echter niet mogelijk.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 19-09-2018

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2018:4461

Zaaknummer: 6571436 UC EXPL 18-292

Rechters: M.J. Slootweg

Advocaten: R.M. Dessaur

Wetsartikelen: 38 cao in het Schoonmaak- en Glazenwassersbedrijf en 7:662 BW

RECHTSPRAAK

Oranje Nutrition B.V./werknemer

Verklaring voor recht in verzoekschriftprocedure. In hoger beroep voert werkgever aan dat de tussen partijen gesloten (eerste) arbeidsovereenkomst door tijdsverloop is geëindigd. Verweer van werknemer, dat nadien tussen partijen een tweede arbeidsovereenkomst met langere looptijd is overeengekomen, slaagt niet. Wettelijke verhoging wordt niet gematigd en toekenning van aanzegvergoeding. Geen belang meer bij artikel 843a Rv.

Feiten

In een overwegend Nederlandstalig document met als opschrift 'Arbeidsovereenkomst bepaalde tijd' – hierna veelal: de eerste arbeidsovereenkomst – dat is gedateerd 16 augustus 2016, staan als partijen genoemd Nutrition, vertegenwoordigd door B, en werknemer. In een eveneens overwegend Nederlandstalig document gedateerd 29 april 2017 met als kop 'Arbeidsovereenkomst bepaalde tijd' – hierna veelal: de tweede arbeidsovereenkomst – staan dezelfde partijen vermeld als in de eerste arbeidsovereenkomst. Op 18 september 2017 is werknemer door Nutrition op staande voet ontslagen. De Belastingdienst heeft bij aan Nutrition gerichte beschikking van 4 augustus 2017 beslist dat voor werknemer voor de periode vanaf 1 mei 2017 tot en met 30 april 2025 de zogeheten 30%-regeling ingekomen werknemers van toepassing is. Werknemer heeft bij de kantonrechter twee verzoeken ingediend, kort samengevat tot vernietiging van het ontslag op staande voet, dan wel een aanzegvergoeding wegens schending van de aanzegverplichting. De kantonrechter heeft op het verzoek van werknemer het aan hem gegeven ontslag op staande voet vernietigd. Voorts heeft de kantonrechter geoordeeld dat Nutrition onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat de tweede arbeidsovereenkomst een schijnconstructie is geweest. Vervolgens heeft de kantonrechter op het verzoek van werknemer Nutrition veroordeeld tot betaling van het loon.

Oordeel

Het geschil in hoger beroep is (uiteindelijk) beperkt tot het beantwoorden van de vraag of de

arbeidsovereenkomst door tijdsverloop hetzij op 1 oktober 2017 hetzij op 1 mei 2018 is geëindigd, of loon over oktober 2017 is verschuldigd en of de kantonrechter de wettelijke verhoging over het te laat betaalde loon over de maanden augustus tot en met oktober 2017 had dienen te matigen. Mede gelet op hetgeen door partijen ter zitting is verklaard, stelt het hof het volgende vast. B is in de zomer van 2016 in contact gekomen met werknemer. Uiteindelijk zijn B namens Nutrition en werknemer in ieder geval mondeling overeengekomen een dienstverband als productontwikkelaar voor de duur van een jaar, ingaande 1 oktober 2016, en een salaris van € 4.280 bruto per maand. Werknemer voert verder als verweer aan dat partijen in mei 2017 ter vervanging van de eerste arbeidsovereenkomst een nieuwe (tweede) arbeidsovereenkomst zijn overeengekomen, ingaande 1 mei 2017. Het hof stelt voorop dat werknemer ter ondersteuning van zijn verweer zich beroept op feiten en omstandigheden die meebrengen dat de door Nutrition ingeroepen rechtsgevolgen met betrekking tot de eerste arbeidsovereenkomst niet meer gelden. Daarmee voert werknemer een bevrijdend verweer, waardoor ingevolge artikel 150 Rv op werknemer de bewijslast rust. Gelet op de gemotiveerde en onderbouwde betwisting door Nutrition is onvoldoende aannemelijk geworden dat werknemer met Nutrition een tweede arbeidsovereenkomst is aangegaan ter vervanging van de eerste arbeidsovereenkomst. Het voorgaande leidt ertoe dat het verweer van werknemer wordt verworpen en de eerste arbeidsovereenkomst tussen partijen geldt, zodat die arbeidsovereenkomst op 1 oktober 2017 door tijdsverloop is geëindigd. Grief 2 slaagt daardoor. De verzochte verklaring voor recht dat de arbeidsovereenkomst op 1 oktober 2017 is geëindigd zal worden toegewezen; het gevorderde loon over oktober 2017 zal alsnog worden afgewezen. Het hof stelt voorop dat ingevolge artikel 7:625 BW de werknemer bij niet tijdige betaling van het loon door de werkgever aanspraak heeft op een verhoging wegens de vertraging in de loonbetaling. In dit geval heeft Nutrition de loonbetaling gestopt nadat zij werknemer op staande voet heeft ontslagen. Tegen dat ontslag op staande voet is werknemer opgekomen en de kantonrechter heeft geoordeeld, welk oordeel in hoger beroep niet (meer) ter discussie staat, dat het ontslag op staande voet ten onrechte is geweest. Het hof volgt de kantonrechter in het oordeel dat er onder deze omstandigheden geen reden is de wettelijke verhoging over het te laat betaalde salaris te matigen. Aan de voorwaarde waaronder werknemer in eerste aanleg betaling van de zogenoemde aanzegvergoeding heeft gevorderd is thans voldaan. Uit het op 18 september 2017 gegeven ontslag heeft werknemer kunnen begrijpen dat van verlenging van de arbeidsovereenkomst per 1 oktober 2017 geen sprake zou zijn. Niet gesteld of gebleken is dat Nutrition eerder heeft aangezegd dat de arbeidsovereenkomst op 1 oktober 2017 zal eindigen. Aan werknemer komt daarom toe een bedrag van 18/30e van een maandloon, derhalve € 2.568 bruto. Nu het hof in beroep voor recht zal verklaren dat de arbeidsovereenkomst op 1 oktober 2017 is geëindigd, heeft Nutrition bij haar verzoek ex artikel 843a Rv een belang en zal het hof dit verzoek afwijzen.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 17-09-2018

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2018:8278

Zaaknummer: 200.239.403/01

Rechters: D.H. de Witte, W.P.M. ter Berg en J.A. Grimbrère

Advocaten: D.Y. Li en J.M. Stevers

Wetsartikelen: 7:625 BW, 7:668 lid 3 BW, 7:668 lid 1 BW en 843a Rv

RECHTSPRAAK

werknemer/Mebin B.V.

Pensioenrecht. In oude uitvoeringsovereenkomst neergelegde bijstortingsverplichting maakt geen deel uit van de pensioenovereenkomst door middel van (statische) incorporatie of derdenbeding. Afwijzing vordering tot nakoming.

Feiten

Mebin had een eigen pensioenregeling voor haar werknemers die niet vielen onder een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds. De uitvoering van deze pensioenregeling was tot 1 januari 2015 ondergebracht bij Pensioenfonds Enci. Hierna zijn de pensioenen ondergebracht bij Nationale Nederlanden. In zowel de arbeidsovereenkomst als in de aanvullende arbeidsvoorwaarden van Mebin met haar werknemers stond enkel een verwijzing naar het pensioenfonds Enci. De arbeidsovereenkomst en de aanvullende arbeidsvoorwaarden zelf bevatten geen bepalingen over de inhoud van de pensioenregeling. De pensioenregeling 2006 heeft een ander karakter (middelloon versus eindloon), een hoger opbouwpercentage en een lagere franchise. Dit betekent dat over een groter deel van het salaris pensioen wordt opgebouwd (pensioen wordt alleen opgebouwd over het salaris boven de franchise). Over de omzetting van de aanspraken naar pensioenreglement 2006 zijn alle belanghebbenden geïnformeerd met de mededeling dat behoudens schriftelijk tegenbericht hiermee ingestemd zou worden. Geen van de eisers heeft geprotesteerd. In deze procedure zijn twee uitvoeringsovereenkomsten relevant, namelijk de uitvoeringsovereenkomst 1995 (vervallen op 1 januari 2006) en de uitvoeringsovereenkomst 2006 (van kracht vanaf 1 januari 2006). Eisers vorderen onder meer dat Mebin de met eisers gesloten pensioenovereenkomsten dient na te komen en aldus dient te voldoen aan het in artikel 3 lid 3 van de Uitvoeringsovereenkomst 1995 bepaalde; dat wil zeggen dat zij het vanaf ultimo 2008 ontstane dekkingstekort dient aan te zuiveren door de verschuldigde bedragen te storten bij Nationale Nederlanden.

Oordeel

In de arbeidsovereenkomst en de aanvullende arbeidsvoorwaarden van Mebin met haar werknemers wordt voor de inhoud van de pensioenregeling verwezen naar het

pensioenreglement en de statuten van de pensioenuitvoerder, te weten Pensioenfonds Enci. De verwijzing in de arbeidsovereenkomst/aanvullende arbeidsvoorwaarden en de inhoud van het pensioenreglement vormen dus de pensioenovereenkomst. Zodoende is sprake van incorporatie van het pensioenreglement en van de (relevante onderdelen van de) statuten in de pensioenovereenkomst. De deelnemer heeft met het aangaan van de arbeidsovereenkomst (gegeven die incorporatie) immers de mogelijkheid tot eenzijdige wijziging van de pensioenovereenkomst en van de uitvoeringsovereenkomst geaccepteerd, althans heeft daar kennis van genomen. Tussen partijen is niet in geschil dat het Pensioenreglement 2006 vanaf 1 januari 2006 op hen van toepassing is. Eisers maken *daarnaast* aanspraak op de in de uitvoeringsovereenkomst 1995 neergelegde bijstortingsverplichting. De woorden 'gesloten overeenkomst' zouden enkel kunnen duiden op de uitvoeringsovereenkomst 1995, aldus eisers. De kantonrechter volgt eisers hierin niet. De formulering van artikel 13 lid 1 van het pensioenreglement 2006, gelezen in het licht van de tekst van het daaropvolgende artikel 14 lid 1, geeft naar het oordeel van de kantonrechter geen ruimte voor een contractueel-automatische doorwerking van de in de uitvoeringsovereenkomst 1995 neergelegde bijstortingsverplichting in de pensioenovereenkomst, zoals bepleit door eisers. Los van hetgeen is overwogen in r.o. 4.7, is het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar om naast de voordelen die eisers onder de werking van (en in aanloop naar) de uitvoeringsovereenkomst 2006 ten deel zijn gevallen, tevens aanzuivering te vorderen uit de oude uitvoeringsovereenkomst 1995. Aanzuivering enkel en alleen ten gunste van eisers volgt bovendien niet uit de uitvoeringsovereenkomst, is strijdig met de regel dat een pensioenfonds een financieel geheel is en is niet in lijn met het Nederlandse stelsel van arbeidsvoorwaardelijke pensioenen, dat is gebaseerd op collectiviteit en solidariteit. De kantonrechter deelt ook om die reden het standpunt van Mebin in deze, dat eisers niet slechts op één onderdeel van de uitvoeringsovereenkomst 1995, de bijstortingsplicht, aanspraak kunnen maken en verder het regiem van de uitvoeringsovereenkomst 2006 kunnen genieten. Eisers stellen zich tevens op het standpunt dat het schrappen van de bijstortingsverplichting de op de pensioenovereenkomst gebaseerde rechten van de (oud-)deelnemers heeft aangetast en dat dit niet zomaar kan. De kantonrechter stelt voorop dat ten tijde van de totstandkoming van het pensioenreglement 2006 de Pensioenwet nog niet van toepassing was. Ook artikel 27 lid 7 Wet op de Ondernemingsraden (WOR), waarop eisers een beroep hebben gedaan, was ten tijde van de totstandkoming van het pensioenreglement 2006 nog niet van toepassing. De overgangsbepalingen als geformuleerd in artikel 27 van het pensioenreglement 2006 golden derhalve als uitgangspunt toen de Pensioenwet nog niet in werking was getreden. De statutaire bevoegdheid tot wijziging van het pensioenreglement is geïncorporeerd in de pensioenovereenkomst. Bovendien heeft Mebin instemming gevraagd van de ondernemingsraad en gekregen voor de wijziging van het pensioenreglement. Zijn de (oud-

)deelnemers, onder wie eisers, krachtens een derdenbeding partij bij de in de uitvoeringsovereenkomst 1995 neergelegde bijstortingsverplichting? De kantonrechter beantwoordt deze vraag – mede gezien in het licht van het vorenstaande – ontkennend. De uitvoeringsovereenkomst 1995 waarvan de bijstortingsverplichting onlosmakelijk deel uitmaakte, is op 1 januari 2006 immers komen te vervallen, zodat eisers hierop geen aanspraak (meer) kunnen maken. De vordering van eisers is dus evenmin op deze grondslag toewijsbaar. Overigens oordeelt de kantonrechter los hiervan, dat de in de uitvoeringsovereenkomst 1995 neergelegde bijstortingsverplichting zich niet kwalificeert als derdenbeding. De kantonrechter wijst de vordering van eisers af.

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 13-09-2018

ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2018:4438

Zaaknummer: 6532882

Rechters: B.C.W. Geurtsen-van Eeden

Advocaten: A.W. van Leeuwen en E. Lutjens

Wetsartikelen: 128 Pensioenwet, 131 Pensioenwet en 140 Pensioenwet

RECHTSPRAAK

werknemer/Bil Tankstations B.V.

Servicemedewerker tankstation op staande voet ontslagen wegens overtreding rookverbod. Hof verwerpt de alternatieve scenario's die werknemer heeft aangedragen in het licht van de DNA-match en acht overtreding verbod bewezen. Kantonrechter heeft dit ontslag terecht niet vernietigd.

Feiten

Werknemer is op 11 april 2000 als servicemedewerker in dienst getreden bij Bil Tankstations B.V. (hierna: 'Bil'). In het huishoudelijk reglement van Bil staat dat op alle locaties en terreinen van Bil een rookverbod geldt, ook buiten diensttijden, en dat bij overtreding ontslag op staande voet wordt gegeven. Op 20 juli 2017 reed manager X omstreeks kwart over tien 's morgens naar het tankstation aan de Rotterdamweg waar alleen werknemer aan het werk was. Volgens X heeft hij gezien dat werknemer buiten de shop van dat tankstation stond te roken, waarna X besloot werknemer daarop aan te spreken. Die avond is werknemer gebeld door de bestuurder en daarna heeft hij per e-mail van diezelfde dag nog de brief ontvangen waarmee hem ontslag op staande voet werd aangezegd. Werknemer heeft tijdig vernietiging van het ontslag verzocht, toelating tot het werk en doorbetaling van loon, en subsidiair betaling van de transitievergoeding, de vergoeding voor onregelmatig ontslag en een billijke vergoeding. De kantonrechter heeft op basis van het DNA-onderzoek en de beelden waarop werknemer door X met de (nog brandende) sigaret is geconfronteerd, overtuigend bewezen geacht dat werknemer op 20 juli 2017 bij het tankstation heeft gerookt. Hij is op goede gronden ontslagen en zijn verzoeken worden afgewezen. Tegen dit oordeel keert werknemer zich in hoger beroep.

Oordeel

Het hof heeft geen reden om de alternatieve scenario's desondanks voor waarschijnlijk te houden. Zij gaan uit van een kwaadaardige handelwijze van de werkgever waarmee met gefabriceerd bewijs tot ontslag wordt gekomen. Het hof heeft geen reden om Bil daarvan te

verdenken. Voor zover het hof uit de processtukken en de communicatie van partijen ter zitting heeft kunnen afleiden, past een dergelijke handelwijze ook niet bij de relatie van deze werkgever met werknemer. Bil heeft bovendien terecht opgemerkt dat een dergelijke actie van haar hoogst riskant zou zijn vanwege het grote risico dat de geteste sigaret dan niet van werknemer zou blijken te zijn. Het hof verwerpt de door werknemer aangedragen alternatieven. Het hof acht het verwijt dat werknemer op 20 juli 2017 bij het tankstation heeft gerookt bewezen, gelet op de schriftelijke verklaring van X, de onmiddellijk na de waarneming door X plaatsgevonden confrontatie met de door X opgeraapte sigaret, zoals daarvan blijkt uit de beelden, en de DNA-match daarna. Daaraan doet de ontkenning door werknemer, ook in combinatie met zijn alternatieve scenario's, onvoldoende af. Het hof acht het roken ook in de omstandigheden van dit geval ernstig genoeg voor ontslag op staande voet. Niet alleen wist werknemer dat dit de sanctie zou zijn, gelet op het huishoudelijk reglement en de duidelijke schriftelijke waarschuwing die hij in 2013 had gekregen in geval van herhaling, ook de feitelijke omstandigheden spelen een rol. Tussen de plaats waar X werknemer rokend signaleerde en de dichtstbijzijnde pomp was een afstand van slechts enkele meters. De combinatie van vuur en benzinedampen levert een gevaarlijke situatie op en het is dan ook niet voor niets dat ook klanten niet in de buurt van het tankstation mogen roken. Daar komt nog bij dat werknemer een voorbeeldfunctie heeft, nu hij uit hoofde van zijn functie erop moet toezien dat klanten niet roken en dat hij derhalve het rookverbod moet handhaven door op te treden en melding te maken van incidenten. Werknemer heeft gewezen op zijn lange dienstverband, zijn slechte arbeidsmarktpositie, mede gelet op zijn leeftijd en achtergrond, het feit dat hij geen WW-uitkering krijgt en onder behandeling is bij een psychiater. Deze omstandigheden staan in dit geval niet aan ontslag op staande voet in de weg. Juist door zijn lange dienstverband waarin hij handhavend moest optreden tegen rokers, diende werknemer zich van het gevaar van roken bewust te zijn. Bil heeft hem bovendien nog een handreiking gedaan waarmee mogelijk de gevolgen van ontslag verzacht konden worden, welk aanbod werknemer niet heeft geaccepteerd. De slotsom is dat de kantonrechter terecht het ontslag op staande voet niet heeft vernietigd. Voor een transitievergoeding is geen reden. De eindbeschikking wordt wel vernietigd voor zover werknemer daarin is veroordeeld tot betaling van € 8.814,71 en in plaats daarvan wordt hij veroordeeld tot betaling van € 950,51 bruto.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 12-09-2018

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2018:8170

Zaaknummer: 200.239.212.01

Rechters: M.E.L. Fikkers, D.H. de Witte en W.A. Zondag

Advocaten: J.B.M. Swart en R.H.G. Evers

Wetsartikelen: 7:677 lid 2 BW, 7:677 lid 1 BW en 7:678 BW

RECHTSPRAAK

werknemer c.s./werkgever

Wijziging arbeidsvoorwaarden van de bij de overgang betrokken werknemers – minder gunstige mobiliteitsregeling in plaats van (oude) leaseregeling – ten tijde en vanwege de overgang van onderneming is in strijd met de wet. Daarom geldt de mobiliteitsregeling tussen partijen niet. Evenzo de overgangsregeling, nu ook die regeling een wijziging van de arbeidsvoorwaarden betreft ten tijde en vanwege de overgang van onderneming

Feiten

Werknemers zijn tot 29 december 2016 bij Rabo Vastgoedgroep in dienst geweest. Als gevolg van de overgang van de activiteiten van werkgever per 29 december 2016 naar Bank 2 zijn werknemers per die datum in dienst getreden van Bank 2. Vervolgens zijn werknemers na afsplitsing van de organisatie en activiteiten van werkgever van Bank 2 vanaf 1 januari 2018 in dienst van werkgever. De op werknemers van toepassing zijnde arbeidsvoorwaarden zijn neergelegd in de CAO Rabo Vastgoedgroep 2013-2015 (hierna: de cao) en de daarbij behorende Personeelsregelingen. Deze arbeidsvoorwaarden zijn na zowel de overgang van Rabo Vastgoedgroep naar Bank 2 (per 29 december 2016) als die van Bank 2 naar werkgever (per 1 januari 2018) mee overgegaan. Op grond van de arbeidsovereenkomst hebben werknemers recht op een leaseauto. De nadere voorwaarden waaronder de leaseauto ter beschikking wordt gesteld en de regels voor het gebruik daarvan zijn deels in de cao en deels in de Personeelsregelingen opgenomen. Op 14 maart 2017 heeft werkgever tijdens een medewerkersbijeenkomst zijn toekomstplannen voor werkgever aan werknemers toegelicht. Tijdens die bijeenkomst is aan werknemers bekendgemaakt dat zij, zodra de vergunning van de AFM is ontvangen, zullen gaan werken voor een zelfstandige werkgever. Werkgever heeft dit bij brief van 13 april 2017 aan werknemers bevestigd. Werknemers hebben kort daarna het bericht ontvangen dat ook een nieuwe leaseregeling zal gelden. Werknemers hebben werkgever hierop aangegeven niet akkoord te gaan met de nieuwe leaseregeling en dat ook na afloop van de huidige leaseovereenkomst de oude leaseregeling, zoals opgenomen in de cao

en Personeelsregelingen, onverminderd van toepassing blijft omdat vanwege overgang van de onderneming (eenzijdige) wijziging van de arbeidsvoorwaarden in beginsel niet is toegestaan.

Oordeel

Gelet op het ontbreken van overleg met werknemers na de aankondiging van wijziging van de arbeidsvoorwaarden en de vergeefse pogingen van werknemers om na de mededeling van inwerkingtreding van de Mobiliteitsregeling alsnog daarover in de na december 2017 volgende periode, tot de aankondiging van het kort geding op 20 juni 2018, tot overeenstemming met werkgever te komen, is de kantonrechter van oordeel dat van werknemers in de gegeven omstandigheden niet gevergd kan worden dat zij een bodemprocedure afwachten en derhalve spoedeisend belang hebben bij de door hen gevorderde voorziening. Het verweer ten aanzien van het spoedeisend belang wordt derhalve verworpen. Tussen partijen is niet in geschil dat de overgang van de activiteiten van werkgever van Rabo Vastgoedgroep naar Bank 2 op 29 december 2016 en de daaropvolgende afsplitsing van de organisatie en activiteiten van werkgever van Bank 2 per 1 januari 2018 moet worden aangemerkt als een overgang van onderneming in de zin van artikel 7:662 BW. Werkgever stelt dat hij niet ten gevolge van de overgang van de onderneming, maar omdat hij een kleine onderneming is besloten heeft een nieuwe leaseregeling op te stellen, waarbij bewust is gekozen voor minder keuzevrijheid. Uit de inhoud van de e-mails van werkgever van 13 juni 2017 en 7 december 2017 kan, in onderling verband en samenhang gelezen, worden afgeleid dat de beslissing van werkgever om de Leaseregeling te veranderen parallel loopt met zijn beslissing om zelfstandig verder te gaan. Weliswaar had de overgang van onderneming tot gevolg dat werkgever als zelfstandige onderneming (in aanvang) kleiner is dan Bank 2 en/of Rabo Vastgoedgroep, maar uit voormelde e-mails blijkt ook dat – anders dan werkgever stelt – de wijziging van de Leaseregeling feitelijk een gevolg is van de overgang van onderneming. Het Europese Hof van Justitie heeft in een Deense zaak, bekend geworden onder de naam Daddy's Dance Hall (zaak 324/86), in antwoord op gestelde prejudiciële vragen, overwogen dat bij een overgang betrokken werknemers niet kunnen afzien van de rechten die de richtlijn hun toekent en dat hun rechten niet mogen worden verminderd, óók niet met hun instemming (hetgeen werknemers in het onderhavige geval uitdrukkelijk niet hebben gedaan). Het hof heeft in de Daddy's Dance Hall-uitspraak beslist dat zo'n wijziging van de arbeidsverhouding voor de verkrijger (hier werkgever) mogelijk is binnen dezelfde grenzen als dat voor de vervreemder (hier Bank 2) mogelijk was geweest, echter – zo overwoog het hof – 'met dien verstande (...) dat de overgang van de onderneming nooit op zich grond voor de wijziging kan opleveren'. Wanneer zich die uitzondering voordoet, is onderwerp van geschil geweest in de uitspraak van het Hof van Justitie van 6 november 2003 in de zaak Martin c.s./South Bank University (C-4/01; JAR 2003, 297). Daarin heeft het Hof overwogen dat de instemming van werknemers

met minder gunstige arbeidsvoorwaarden (waarvan zoals gezegd bij werknemers geen sprake is) dan waarop zij aanspraak hadden kunnen maken wanneer de overgang van de onderneming er niet was geweest, ongeldig is in het geval die wijziging verband houdt met de overgang. Dat laatste is ten aanzien van de Mobiliteitsregeling het geval. Werkgever heeft immers ten tijde en ook vanwege de overgang van onderneming de arbeidsvoorwaarden van de bij de overgang betrokken werknemers gewijzigd in de door hem gewenste, minder gunstige voorwaarden, de Mobiliteitsregeling. Het voorgaande leidt voorshands tot het oordeel dat de wijziging van de Leaseregeling in de Mobiliteitsregeling in strijd is met de wet.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 12-09-2018

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2018:4521

Zaaknummer: 7001336 UV EXPL 18-176 GS/1266

Rechters: J.J.M. De Laat

Advocaten: N.P.B. Schmeitz en C.E. Bouma

Wetsartikelen: 7:662 BW en Richtlijn 98/50/EG van 29 juni 1998, PbEG 17 juli 1998, L 201/88

RECHTSPRAAK

werknemer/Stichting CREA

Werknemer, die ruim 34 jaar heeft gewerkt op basis van tijdelijke arbeidsovereenkomsten, heeft in de tussenpozen van drie maanden ook werkzaamheden verricht. Hierdoor is een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ontstaan. Kennelijk onredelijk ontslag op basis van het gevolgcriterium (oud recht).

Feiten

Beoordeeld dient te worden of tussen partijen sprake is geweest van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd en zo ja, of die arbeidsovereenkomst per 31 mei 2015 dan wel 1 juni 2015 door partijen met wederzijds goedvinden is beëindigd dan wel per brief van 25 juni 2015 door CREA kennelijk onredelijk is opgezegd tegen 1 juli 2015 op grond van het gevolgcriterium als bedoeld in artikel 7:681 lid 2 aanhef en sub b BW (oud).

Oordeel

Het hof stelt vast dat tussen partijen niet ter discussie staat dat werknemer (ook) in de periode van 15 juni 2010 tot en met 1 juli 2010 werkzaamheden heeft verricht onder gezag van CREA en tegen betaling van loon, en dat daarmee is voldaan aan alle vereisten voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst. De consequentie van de door werknemer in deze periode verrichte arbeid is dat, uiterlijk per 1 februari 2011, tussen partijen een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is ontstaan doordat meer dan drie voor bepaalde tijd aangegane arbeidsovereenkomsten elkaar hebben opgevolgd met tussenpozen van niet meer dan drie maanden, en de laatste arbeidsovereenkomst, die is aangegaan in februari 2011, geldt als aangegaan voor onbepaalde tijd ingevolge het bepaalde in artikel 7:668a lid 1 aanhef en sub b BW (oud). Niet gesteld of gebleken is dat deze arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd nadien op enig moment vóór de eerste helft van 2015 rechtsgeldig is geëindigd. Het hof is van oordeel dat niet kan worden vastgesteld dat de arbeidsovereenkomst tussen partijen per 31 mei 2015 dan wel 1 juni 2015 is geëindigd. Dan is de vraag aan de orde of de arbeidsovereenkomst bij brief van 25 juni 2015 door CREA kennelijk onredelijk is opgezegd

gelet op het gevolgcriterium als bedoeld in artikel 7:681 lid 2 aanhef en sub b BW (oud). Naar het oordeel van het hof heeft werknemer in voldoende mate inzichtelijk gemaakt dat zijn kansen op de arbeidsmarkt gezien zijn ten tijde van de opzegging reeds aanwezige gezondheidsproblemen, mede in aanmerking genomen zijn leeftijd, minst genomen zeer beperkt waren. Daar staat tegenover dat CREA zich geplaast zag voor een situatie waarin diverse omstandigheden het noodzakelijk maakten om te bezuinigen op de kosten. De beslissing om medewerkers, onder wie werknemer, te ontslaan en voortaan te gaan samenwerken op basis van overeenkomsten van opdracht, is daarom begrijpelijk vanuit het oogpunt van CREA. Minder redelijk is het echter dat CREA kennelijk niet heeft overwogen om de gevolgen voor werknemer van dat ontslag enigszins te verzachten. Van enige inspanning om werknemer naar ander werk te (laten) begeleiden is niet gebleken. Evenmin heeft CREA enige financiële compensatie geboden voor het redelijkerwijs te verwachten gevolg dat werknemer er in de loop der jaren in inkomen op achteruit zou gaan. Dat klemmt temeer nu werknemer bijzonder lang in dienst is geweest van CREA. Het tekortschieten van CREA in haar verplichtingen als goed werkgever op deze punten maakt de opzegging naar het oordeel van het hof kennelijk onredelijk. Dan dient te worden beoordeeld of aan werknemer een schadevergoeding als bedoeld in artikel 7:681 lid 1 BW (oud) dient te worden toegekend en zo ja, tot welk bedrag. Bij de beantwoording van de vraag welke vergoeding in geval van kennelijk onredelijk ontslag billijk is, dienen alle omstandigheden van het geval ten tijde van het ontslag in aanmerking te worden genomen. Met inachtneming van deze maatstaf acht het hof een bedrag van € 3.000 bruto redelijk. De grieven slagen. Het vonnis waarvan beroep zal worden vernietigd.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 11-09-2018

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2018:3326

Zaaknummer: 200.215.625/01

Rechters: R.J.F. Thiessen, F.J. Verbeek en M.S.A. Vegter

Advocaten: J.S. Vlieger en N.A. Berenschot

Wetsartikelen: 7:681 lid 2 BW (oud)

RECHTSPRAAK

werknemer/Koninklijke BDU Grafisch Bedrijf B.V.

Oud recht. Opzegging arbeidsovereenkomst niet kennelijk onredelijk: geen voorgewende reden en/of schending van het anciënniteitsbeginsel en geen strijd met het gevolgencriterium. Passende voorziening op basis van sociaal plan.

Feiten

BDUprint heeft in december 2013 voor werknemer en zes andere werknemers een ontslagvergunning gevraagd aan het UWV. Het UWV heeft op 17 februari 2014 BDUprint toestemming verleend de arbeidsovereenkomst met werknemer en de anderen op te zeggen. Bij brief van 25 februari 2014 heeft BDUprint de arbeidsovereenkomst met werknemer opgezegd tegen 1 juni 2014. Het Sociaal Plan Koninklijke BDUprint 2014 (hierna: 'het Sociaal Plan') is eenzijdig vastgesteld door BDUprint, met goedkeuring van de raad van commissarissen van BDU en met een positief advies van de Gemeenschappelijke Ondernemingsraad. Na wijziging van zijn eis heeft werknemer in eerste aanleg – samengevat – gevorderd dat de kantonrechter BDUprint veroordeelt tot betaling van onder meer een vergoeding voor pensioenschade van € 22.631,59 netto, een vergoeding voor loonderving van € 125.438,58 netto, een vergoeding voor redelijke kosten voor vaststelling van aansprakelijkheid en schade van € 6.060,29 inclusief btw en de door werknemer gemaakte re-integratiekosten tot een beloop van € 5.950. Volgens werknemer heeft BDUprint de arbeidsovereenkomst kennelijk onredelijk opgezegd. Hij stelt daartoe, dat, gelet op de door BDUprint aangevoerde redenen voor beëindiging van het dienstverband alsmede het ontbreken van reële inspanningen om hem te herplaatsen, het ontbreken van een adequate voorziening en de voor hem bestaande mogelijkheden om ander passend werk te vinden, de gevolgen van de opzegging voor hem te ernstig zijn in vergelijking met het belang van BDU Print bij de opzegging. Volgens werknemer is ook sprake van een valse of voorgewende reden en strijd met het anciënniteitsbeginsel.

Oordeel

Bij grief heeft werknemer aangevoerd dat de kantonrechter ten onrechte buiten zijn afweging

heeft gelaten dat BDUprint gehouden was zich in te spannen om herplaatsing van werknemer binnen de groep te bereiken. BDUprint heeft echter onbetwist betoogd dat werknemer zich er niet bij de begeleidingscommissie over heeft beklagd dat hij ten onrechte niet voor een interne vacature in aanmerking is gekomen. Met betrekking tot de grieven 6 (voorgewende reden) en 7 (schending anciënniteitsbeginsel) overweegt het hof dat werknemer kan worden toegegeven dat collega in de periode van 1 juni 2014 tot 1 april 2015 ook andere werkzaamheden dan die met betrekking tot de (ontmanteling van de) verkochte rotatiepers zal hebben verricht, maar dat leidt niet tot het oordeel dat sprake is van een voorgewende reden en/of schending van het anciënniteitsbeginsel.

Andere grieven zijn gericht tegen het oordeel van de kantonrechter omtrent het beroep van werknemer op het gevolgencriterium, het niet vaststellen van de schade van werknemer door de kantonrechter, diens oordeel dat geen sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag en de afwijzing van de vorderingen van werknemer. Naar het oordeel van het hof is voldoende komen vast te staan dat BDUprint belang had bij de opzegging van de arbeidsovereenkomst met werknemer. Het ontslag van werknemer stond immers niet op zichzelf, maar was onderdeel van een derde ontslagronde in een reeks van reorganisaties binnen de BDU Groep die zijn begonnen in 2009 en die, zo is aannemelijk geworden, nodig waren in verband met een sterk teruglopende omzet. Verder is ook voldoende komen vast te staan dat de (financiële) gevolgen van de opzegging voor werknemer ernstig zijn, in het bijzonder gelet op zijn leeftijd en zijn relatief eenzijdig arbeidsverleden. De door werknemer gestelde lichamelijke beperking (in de kracht van de linkerarm) acht het hof met BDUprint echter niet van dien aard dat die voor werknemer een beperking vormde voor het vinden van een andere baan, bijvoorbeeld, zoals BDUprint heeft betoogd, als vrachtwagenchauffeur. Anders dan werknemer is het hof verder van oordeel dat de tegemoetkoming die werknemer heeft ontvangen op basis van het Sociaal Plan, in de lijn ligt van de RFR regeling, die indertijd wel met de vakbonden is overeengekomen en passend werd geacht. Daarmee is de uitwerking van het Sociaal Plan in het geval van werknemer passend te achten. Gelet op de omstandigheden van het geval zoals deze zich voorafgaand aan en ten tijde van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst hebben voorgedaan, tezamen en in onderling verband beschouwd, is het hof van oordeel dat in dit geval sprake is van een passende voorziening en dat het ontslag niet is gegeven in strijd met algemeen aanvaarde normen van goed werkgeverschap, zodat geen sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag. De grieven falen. Het bestreden vonnis zal worden bekrachtigd.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 10-07-2018

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2018:6275

Zaaknummer: 200.188.646

Rechters: I.A. Katz-Soeterboek, S.C.P. Giesen en C. Hoogland

Advocaten: P.G. Broekman en W.J.H. de Jong

Wetsartikelen: 7:681 BW (oud)

RECHTSPRAAK

werknemer/Stichting CREA

Werknemer die ruim 34 jaar heeft gewerkt op basis van tijdelijke arbeidsovereenkomsten, is toch ontvankelijk. Brief van werknemer – waarin via de verkeerde juridische route wordt geprotesteerd tegen het ontslag – moet voor CREA een voldoende duidelijke waarschuwing zijn geweest dat zij er rekening mee moest houden dat werknemer zich bij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst niet neerlegde en daartegen zonodig in rechte zou opkomen.

Feiten

CREA is het cultuurcentrum voor Amsterdamse studenten van de Universiteit van Amsterdam en de Hogeschool van Amsterdam. Werknemer heeft van 1981 tot 2015 op basis van arbeidsovereenkomsten met CREA steeds gedurende twee semesters per jaar gitaarlessen gegeven aan studenten. Op 15 januari 2015 heeft werknemer zich ziek gemeld bij CREA. Bij brief van 25 juni gericht aan werknemer heeft X namens CREA medegedeeld dat CREA geen arbeidsovereenkomsten meer aangaat met docenten na 1 juli 2015 en dat zij voortaan met werknemer als zelfstandig ondernemer wil samenwerken. In de brief staat onder meer vermeld: *'De laatste arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die tussen jou en CREA bestond voor het voorjaarssemester 2015 is per 31 mei 2015 van rechtswege geëindigd vanwege het verstrijken van de afgesproken duur van je arbeidsovereenkomst. Indien er inmiddels sprake mocht zijn van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd zeg ik namens CREA deze arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met onmiddellijke ingang voor zover vereist op.'* In deze procedure heeft werknemer in eerste aanleg onder meer gevorderd: een verklaring voor recht dat sprake is van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd en dat de opzegging van de arbeidsovereenkomst kennelijk onredelijk is. De kantonrechter heeft werknemer niet-ontvankelijk verklaard in zijn vorderingen. Uitgaande van beëindiging van de arbeidsovereenkomst tussen partijen per 1 juni 2015 had het op de weg van werknemer gelegen om binnen de daarvoor geldende termijnen (rechts)maatregelen te (doen) treffen. Nu dit is nagelaten en namens werknemer pas op 18 december 2015, derhalve buiten de termijn

van artikel 7:683 BW (oud), een stuitingsbrief is gestuurd, is werknemer niet-ontvankelijk in zijn vorderingen. Tegen deze beslissing en de daaraan ten grondslag gelegde motivering komt werknemer met zijn grieven op.

Oordeel

Het hof overweegt dat volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad de woorden 'een schriftelijke mededeling waarin de schuldeiser zich ondubbelzinnig zijn recht op nakoming voorbehoudt' van artikel 3:317 lid 1 BW moeten worden begrepen in het licht van de strekking van een stuitingshandeling van deze aard, die neerkomt op een – voldoende duidelijke – waarschuwing aan de schuldenaar dat hij er rekening mee moet houden dat hij ook na het verstrijken van de verjaringstermijn de beschikking houdt over zijn gegevens en bewijsmateriaal, opdat hij zich tegen een dan mogelijkerwijs nog door de schuldenaar ingestelde vordering behoorlijk kan verweren. Naar het oordeel van het hof moest de tekst van de brief door Crea in redelijkheid worden begrepen als een dergelijke waarschuwing. Ook in deze zaak, evenals in het door werknemer aangehaalde arrest van de Hoge Raad, heeft te gelden dat CREA, zoals werknemer heeft betoogd, heeft moeten begrijpen dat werknemer zich niet met succes kon beroepen op vernietiging van de opzegging van de arbeidsovereenkomst wegens het ontbreken van toestemming als bedoeld in artikel 6 BBA 1945 en bij zijn protest tegen het hem gegeven ontslag op een verkeerd juridisch spoor zat. Daarom moet worden aangenomen dat de brief voor CREA een voldoende duidelijke waarschuwing is geweest dat zij er rekening mee moest houden dat werknemer zich bij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst niet neerlegde en daartegen zonodig in rechte zou opkomen. Het hof concludeert dat verjaring niet in de weg staat aan de toewijsbaarheid van de vorderingen en de kantonrechter werknemer ten onrechte in zijn vorderingen niet-ontvankelijk heeft verklaard. Het hof overweegt dat hieruit volgt dat alsnog beoordeeld dient te worden of tussen partijen sprake is geweest van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd en zo ja, of de arbeidsovereenkomst kennelijk onredelijk is opgezegd op grond van het gevolgencriterium als bedoeld in artikel 7:681 lid 2 aanhef en sub b BW (oud). Partijen hebben over deze geschilpunten in de procedure in eerste aanleg bij de kantonrechter uitvoerig stellingen en verweren naar voren gebracht. In hoger beroep is de zaak niet diepgaand inhoudelijk behandeld. Het hof acht het mede gelet op het relatief beperkte financiële belang denkbaar dat partijen er ter voorkoming van verdere procesrisico's en proceskosten belang bij hebben om met inachtneming van het vorenstaande alsnog in onderling overleg een oplossing te vinden voor hun geschil en geeft partijen in overweging om te trachten om alsnog zelf een minnelijke regeling te treffen. Om dit mogelijk te maken zal het hof de behandeling van de zaak gedurende zes weken aanhouden. Iedere verdere beslissing zal worden aangehouden.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 08-05-2018

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2018:1787

Zaaknummer: 200.215.625/01

Rechters: R.J.F. Thiessen, F.J. Verbeek en M.S.A. Vegter

Advocaten: J.S. Vlieger en N.A. Berenschot

Wetsartikelen: 7:681 lid 2 BW (oud)

RECHTSPRAAK

Ropana B.V./werknemer

Doorbetaling loon gedurende tweede en derde ziektejaar. Door tijdens het twee ziektejaar 100% van het loon door te betalen, is het gerechtvaardigd vertrouwen gewekt dat werknemer aanspraak kon maken op volledige doorbetaling van het salaris tijdens ziekte. Dat is anders voor het derde ziektejaar.

Feiten

Werknemer is met ingang van 1 juni 2011 bij Ropana B.V. (hierna: 'Ropana') in dienst getreden als veiligheidsdeskundige. Op 12 maart 2014 heeft werknemer zich bij Ropana ziek gemeld. Ropana heeft geweigerd het loon tijdens ziekte aan werknemer te betalen. Werknemer heeft Ropana in kort geding gedagvaard en bij vonnis van 5 december 2014 is geoordeeld dat de arbeidsovereenkomst tussen partijen na maart 2014 voortduurt. Het UWV heeft op 18 december 2015 geoordeeld dat Ropana onvoldoende meewerkt aan de re-integratie van werknemer. Bij beslissing van 11 februari 2016 heeft het UWV aan Ropana een loonsanctie opgelegd op grond waarvan de loondoorbetalingsverplichting van Ropana tijdens de ziekte van werknemer is verlengd tot 8 maart 2017. Ropana heeft werknemer opgeroepen voor het verrichten van werkzaamheden met ingang van 7 maart 2016. Werknemer heeft Ropana laten weten niet in staat te zijn om een aanvang te maken met re-integratie en dat hij bij het UWV een deskundigenoordeel heeft aangevraagd. Ropana heeft daarop werknemer bij brief van 9 maart 2016 bericht dat het loon wordt stopgezet. Op 20 september 2016 heeft het UWV geoordeeld dat het aangeboden werk niet passend is. Gezien dat deskundigenoordeel heeft de gemachtigde van werknemer Ropana bij brief van 6 oktober 2016 gesommeerd om met terugwerkende kracht vanaf 9 maart 2016 het salaris van werknemer te betalen.

Oordeel

Het tussen partijen gerezen geschil spitst zich toe op de vraag of werknemer tijdens het tweede en derde ziektejaar recht heeft op 100% doorbetaling van het laatstgenoten salaris dan wel 70%. Het tussen partijen gerezen geschil dient beoordeeld te worden aan de hand van de

wettelijke regeling in artikel 7:629 BW. In dit geval staat vast dat Ropana gedurende de periode van 13 maart 2014 tot 9 maart 2016 100% salaris heeft doorbetaald tijdens de ziekte van werknemer. Door op die wijze te acteren gedurende een periode van twee jaar heeft Ropana bij werknemer het gerechtvaardigd vertrouwen gewekt dat hij aanspraak kon maken op volledige doorbetaling van het salaris tijdens ziekte. Weliswaar heeft Ropana bij brief van 8 december 2015 te kennen gegeven zich niet langer verplicht te voelen om meer dan 70% salaris tijdens ziekte door te betalen, doch nu Ropana ook na die brief gewoon is doorgegaan met de volledige betaling van het salaris tijdens ziekte, zonder op dat punt enig voorbehoud te maken, hoefde werknemer in redelijkheid geen rekening te houden met een terugvordering en mocht hij erop vertrouwen dat Ropana in voor hem gunstige zin was afgeweken van de wettelijke regeling in artikel 7:629 BW. Voor toewijzing van de gevorderde verklaring voor recht dat Ropana over het tweede ziektejaar slechts 70% van het laatstgenoten salaris verschuldigd is, bestaat geen aanleiding. Anders ligt het echter met de vordering ten aanzien van de loondoorbetaling tijdens het derde jaar van ziekte. In de rechtspraak is algemeen aanvaard dat in de gevallen dat de werkgever op basis van een individuele regeling in de arbeidsovereenkomst dan wel een collectieve regeling in de cao gehouden is om gedurende de eerste twee jaar van de ziekte meer dan 70% salaris tijdens ziekte door te betalen, dat niet onmiddellijk betekent dat de werkgever dan ook tijdens het derde jaar van de ziekte meer dan 70% zou moeten betalen. In dit geval is er des te minder aanleiding om aan te nemen dat Ropana ook gedurende het derde jaar van de ziekte gehouden zou zijn om meer dan 70% loon door te betalen, nu ook voor de eerste twee jaar een dergelijke verplichting niet bestond en zij vrijwillig 100% heeft doorbetaald. Zeker nu Ropana vrijwillig 100% heeft doorbetaald tijdens de eerste twee jaar van de ziekte is er geen redelijke grond om werknemer gedurende de sanctieperiode in een voordeliger situatie te plaatsen dan wanneer hij na ommekomst van de eerste twee ziektejaren een volledige arbeidsongeschiktheidsuitkering zou hebben genoten. Die uitkering bedraagt immers ook niet meer dan 70% van het laatstgenoten loon. Onder omstandigheden kan het wel in strijd met goed werkgeverschap zijn om tijdens de sanctieperiode slechts 70% van het loon door te betalen, bijvoorbeeld indien de werknemer als gevolg van de loonsanctie financieel nadeel ondervindt. Dat daarvan aan de zijde van werknemer sprake is, is echter gesteld noch gebleken. Ropana is gedurende het derde ziektejaar slechts 70% van het loon aan werknemer verschuldigd. Een en ander betekent dat de door Ropana gevorderde verklaring voor recht dat zij in het derde ziektejaar slechts 70% van het laatstgenoten salaris verschuldigd is, toewijsbaar is.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 02-02-2018

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2018:656

Zaaknummer: 6159204 CV EXPL 17-24754

Rechters: W.J.J. Wetzels

Advocaten: P. Stibbe en F.C. Verploegen

Wetsartikelen: 6:119 BW, 7:625 BW en 7:629 BW

RECHTSPRAAK

Weernekers Supermarkten Almere Waterwijk B.V./werkneemster

Het (conform CAO) verkorten van de werkdag van werknemers met gebruikmaking van ADV-uren geeft werkgever niet het recht die ADV-uren in mindering te brengen op het salaris van een arbeidsongeschikte werknemer.

Feiten

Werkneemster is in 1991 in dienst getreden bij Weernekers Supermarkten Almere Waterwijk B.V. (hierna: Weernekers) in de functie van kassamedewerker. In de arbeidsovereenkomst staat een arbeidsduur van 32 uur per week (128 uur per periode) opgenomen. Werkneemster werkte laatstelijk vier dagen per week van 7:00 uur tot 16:00 uur. Zij had 1½ uur pauze per dag en werkte dus feitelijk 4 x 7½ uur oftewel 30 uur per week. Op de arbeidsovereenkomst is de CAO voor het Levensmiddelenbedrijf (hierna: de CAO) van toepassing. Sinds 3 december 2013 is werkneemster arbeidsongeschikt wegens ziekte. Sinds die datum zijn ADV-uren in mindering gebracht op het salaris van werkneemster. Beperkt tot wat in hoger beroep nog van belang is, heeft werkneemster in eerste aanleg gevorderd voor recht te verklaren dat Weernekers bij de loonbetaling tijdens ziekte niet de ADV-uren in mindering mag brengen op het uit te betalen aantal uren. De kantonrechter heeft, na afweging van hetgeen is bepaald in artikel 7 CAO, de verklaring voor recht toegewezen. Weernekers komt hiertegen in hoger beroep.

Oordeel

Volgens Weernekers is de dagelijkse arbeidstijd met toepassing van artikel 7 lid 4 van de CAO structureel verlaagd van 8 uur naar 7½ uur. Weernekers heeft verklaard dat de werktijd is teruggebracht in verband met de ADV. Dat blijkt niet uit de loonstrook, maar er is steeds 120 uur per periode gewerkt en 128 uur uitbetaald. Zo werd extra betaald en geen ADV opgebouwd, aldus Weernekers. Het hof begrijpt, net zoals de kantonrechter heeft gedaan, dat Weernekers bedoelt dat gebruik is gemaakt van de mogelijkheid die artikel 7 lid 5 van de CAO

biedt. Dit artikellid luidt als volgt: *'Indien de arbeidsduurverkorting is geregeld door een structurele verlaging van de dagelijkse arbeidstijd, worden geen vervangende uren gegeven bij arbeidsongeschiktheid en bij het samenvallen met buitengewoon verlof en feestdagen.'* Op deze wijze werd echter niet extra betaald, zoals Weernekers meent, maar bleef hetzelfde loon verschuldigd en werden (althans enkele van de) ADV-uren meteen in vrije tijd verzilverd door een kortere werkdag. De mogelijkheid van compensatie door extra betaling, gegeven in artikel 7 lid 6a van de CAO, is niet gehanteerd, nu geen van partijen heeft gerept over de in de CAO genoemde toeslag van 8,1% op het loon. Het hof gaat er, anders dan de kantonrechter, bij wijze van veronderstelling van uit dat binnen Weernekers is gekozen voor de variant van artikel 7 lid 5 CAO. De vraag is dan wat dat voor gevolg heeft voor het loon en eventuele op te bouwen ADV-aanspraken tijdens (volledige) arbeidsongeschiktheid. Artikel 7 lid 5 zelf bepaalt dat dan geen vervangende uren worden gegeven. Dat betekent dat werkneemster gedurende haar arbeidsongeschiktheid geen arbeidsduurverkorting opbouwt, zodat geen stuwmeer aan ADV-uren ontstaat tijdens ziekte. Dit artikellid bepaalt echter niet dat de werkgever ook nog eenzijdig het gebruikelijke loon voor de aanvankelijk bedongen arbeidsomvang van 32 uur per week mag verlagen (hetgeen overigens ook niet voor de hand ligt omdat ADV al bij voorbaat is omgezet in vrije tijd en dat 'kost' de werkgever dus niets extra's). Het hof overweegt dan ook dat ook als wordt uitgegaan van de stelling van Weernekers dat ADV-uren in haar bedrijf worden gebruikt om de werkdag te verkorten, Weernekers niet het recht heeft om per periode minder aan werkneemster te betalen dan het haar toekomende (percentage van het) loon over de tussen partijen geldende arbeidsomvang van 128 uur tijdens arbeidsongeschiktheid.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 18-09-2018

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2018:8323

Zaaknummer: 200.218.718/01

Rechters: M.E.L. Fikkers, W.P.M. ter Berg en W.F. Boele

Advocaten: J.M.P. Blom en B. Eskes

Wetsartikelen: 7 CAO voor het Levensmiddelenbedrijf en 7:629 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Makura B.V.

***Proeftijdontslag ongeldig, nu geen proeftijd is overeengekomen.
Vernietiging opzegging en toewijzing loonvordering.***

Feiten

Werknemer is vanaf 1 april 2018 in dienst van Makura B.V. in de functie van technisch medewerker. Op 15 mei 2018 krijgt werknemer te horen dat zijn arbeidsovereenkomst per 31 mei 2018 wordt beëindigd. Makura doet hierbij een beroep op de ‘wettelijk bepaalde proeftijd van 2 maanden’. Partijen zijn geen proeftijd overeengekomen. Makura heeft vanaf mei 2018 geen loon betaald. Werknemer vordert vernietiging van de opzegging en veroordeling van Makura tot betaling van loon over de maanden mei, juni en juli 2018.

Oordeel

Makura is niet ter zitting verschenen. Nu partijen geen proeftijd zijn overeengekomen komt de loonvordering van werknemer niet onrechtmatig of ongegrond voor en wordt deze toegewezen. Ook vernietigt de kantonrechter de per 31 mei 2018 door Makura gedane opzegging.

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 13-09-2018

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2018:8709

Zaaknummer: 7116934 AZ VERZ 18-80

Rechters: E.P. van Unen

Advocaten: J.J.C. Delahaye

Wetsartikelen: 7:652 BW

RECHTSPRAAK

Hago Nederland B.V./werknemer

Werknemer die leidinggevende uitmaakt voor ‘racist’ en een woedeaanval krijgt vanwege een conflict over het oordeel van de bedrijfsarts is ten onrechte op staande voet ontslagen. Geen dringende redenen. Wel verwijtbaar handelen. Ontbinding (e-grond). Toepassing maatstaf Van Tuinen/Wolters.

Feiten

Werknemer is per 2006 (visie werknemer) of 2012 (visie werkgever) werkzaam als werknemer algemeen schoonmaakonderhoud bij Hago Nederland B.V. (hierna: Hago). In januari 2016 meldt werknemer zich ziek. Werknemer wordt regelmatig gezien door de bedrijfsarts. Deze oordeelt dat werknemer onder meer beperkingen heeft in het persoonlijk en sociaal functioneren. Op 2 mei 2017 oordeelt de bedrijfsarts dat werknemer in het kader van zijn re-integratie gedeeltelijk staand/lopend werk doet en de rest zittend en dat het staand/lopend werk verder kan worden uitgebreid, met bijvoorbeeld een half uur per dag. Werknemer raakt medio mei 2017 in conflict met zijn leidinggevende over de aard van de werkzaamheden die hij volgens de bedrijfsarts zou kunnen verrichten. Werknemer gaat bij aankomst op het werk op 16 mei 2017 naar het kantoor van zijn leidinggevende. Partijen verschillen van mening over hetgeen dan plaatsvindt. Een dag later ontslaat Hago werknemer op staande voet, met onder meer als reden dat hij dreigend voor zijn leidinggevende zou zijn gaan staan, een slaande beweging zou hebben gemaakt en hem ‘een racist’ zou hebben genoemd. De kantonrechter vernietigt het ontslag op staande voet en wijst het voorwaardelijk ontbindingsverzoek van Hago af.

Oordeel

Geen dringende redenen, wel verwijtbaar handelen (e-grond)

Werknemer betwist dat hij zich op de door Hago geschetste wijze heeft gedragen, maar zelfs als van de lezing van Hago van het gebeurde op 16 mei 2017 wordt uitgegaan levert het gedrag van werknemer naar het oordeel van het hof geen dringende redenen voor ontslag op staande

voet op. De door Hago geschetste gang van zaken kan niet los worden gezien van de tussen partijen bestaande discussie met betrekking tot de belastbaarheid van werknemer en de door de bedrijfsarts bij herhaling geconstateerde beperkingen in het persoonlijke en sociale functioneren van werknemer. Een en ander brengt mee dat bij de waardering van de ernst van de aan werknemer verweten gedragingen enige relativering past. De leidinggevende heeft bovendien weliswaar verklaard dat hij zich door werknemer bedreigd voelde, maar opmerkelijk is dat hij kennelijk heeft afgezien van het doen van aangifte tegen werknemer. Uit het rapport van de beveiliging, toentertijd om assistentie gevraagd door de leidinggevende, blijkt evenmin dat werknemer zijn leidinggevende zo ernstig bedreigde als Hago suggereert. Niet blijkt uit het rapport dat de leidinggevende erg geëmotioneerd was, hetgeen toch verwacht had mogen worden als hij inderdaad ernstig bedreigd was. Een lichtere sanctie dan een ontslag op staande voet had dan ook kunnen volstaan. Anders dan de kantonrechter is het hof van oordeel dat de arbeidsovereenkomst wel ontbonden dient te worden vanwege verwijtbaar handelen van werknemer (e-grond). Werknemer heeft erkend dat hij zijn leidinggevende 'een racist' heeft genoemd en een woedeaanval kreeg. Ook heeft hij niet ontkend dat hij hard en langdurig tegen zijn leidinggevende heeft geschreeuwd en dat zijn leidinggevende daarop een aantal stappen achteruit liep. Dat duidt op fysieke dreiging. Een werkgever hoeft niet te dulden dat een werknemer, die zich niet in besluiten van zijn leidinggevende kan vinden, zijn leidinggevende uitmaakt voor racist en fysiek bedreigt. Het ontbindingsverzoek wordt derhalve alsnog uitgesproken.

Transitievergoeding

Werknemer voert aan dat als aanvangsdatum van het dienstverband 9 maart 2006 moet worden aangehouden, omdat Hago geacht moet worden de opvolgend werkgever te zijn van zijn vorige werkgeefster Victoria B.V. Nu werknemer vóór 1 juli 2015 bij Hago in dienst is getreden, betreft het hof in zijn oordeel de in het arrest Van Tuinen/Wolters ontwikkelde maatstaf. Werknemer heeft weliswaar gesteld dat hij bij Hago dezelfde werkzaamheden verrichtte als bij zijn oude werkgever, maar niet aangevoerd dat tussen Hago en Victoria zodanige banden bestonden dat het inzicht van Victoria in zijn hoedanigheid en geschiktheid in redelijkheid aan Hago moet worden toegerekend. Dat betekent dat bij de berekening van de hoogte van de verschuldigde transitievergoeding uitgegaan wordt van 1 december 2012 als ingangsdatum van de arbeidsovereenkomst.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 21-08-2018

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2018:3033

Zaaknummer: 200.227.907/01

Rechters: A.M.A. Verscheure, R.J.F. Thiessen en G.C. Boot

Advocaten: R.M. Dessaur en M. Hoefs

Wetsartikelen: 7:669 lid 3 sub e BW, 7:677 BW, 7:678 BW en 7:683 BW

RECHTSPRAAK

Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor de Houthandel/werknemer

Pensioenfonds aansprakelijk voor door werknemer geleden schade. Werknemer heeft immers op grond van onjuiste informatie van het Pensioenfonds de onomkeerbare beslissing genomen met vervroegd pensioen te gaan.

Feiten

Werknemer is in 1992 in dienst getreden bij Oldenboom Groep B.V. (hierna: Oldenboom) in de functie van inkoper. Het pensioen van werknemer is ondergebracht bij de Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor de Houthandel (hierna: het Pensioenfonds) met als beoogde pensioendatum 1 februari 2013. Eind 2011 is tussen werknemer en Oldenboom de mogelijkheid besproken dat werknemer met vervroegd pensioen zou gaan. Naar aanleiding van berekeningen, door het Pensioenfonds aan Oldenboom overgelegd, heeft werknemer in april 2012 een aanvraag ingediend om vervroegd met pensioen te gaan, hetgeen met ingang van 1 mei 2012 is gerealiseerd. Medio oktober 2012 heeft het Pensioenfonds werknemer bericht dat bij de toekenning van zijn pensioen een fout is gemaakt. De in de voorlopige berekeningen genoemde bedragen zouden te hoog zijn. Werknemer heeft voornoemd bericht op verzoek ondertekend aan het Pensioenfonds geretourneerd. De kantonrechter heeft voor recht verklaard dat het Pensioenfonds aansprakelijk is voor de door werknemer geleden schade. Werknemer stelt zich thans primair op het standpunt dat hij jegens het Pensioenfonds aanspraak heeft op het hem toegezegde (hogere) ouderdomspensioen, omdat hij op de juistheid van die opgave gerechtvaardigd mocht vertrouwen. Subsidiair vordert hij schadevergoeding.

Oordeel

Geen aanspraak op toegezegd bedrag aan ouderdomspensioen

Het hof neemt tot uitgangspunt dat het pensioenreglement bepalend is voor de omvang van de pensioenaanspraken van de deelnemer. Dit betekent dat het pensioenreglement en niet

door het Pensioenfonds verstrekte (voorlopige) berekeningen de basis vormen voor de bepaling van de (hoogte van de) pensioenaanspraak van werknemer. De fout in de voorlopige berekening en in de daarop gebaseerde toekenning van de pensioenuitkering mocht dus door het Pensioenfonds hersteld worden. Reeds om deze reden komt de primaire vordering van werknemer niet voor toewijzing in aanmerking. Dit geldt temeer nu werknemer na ontdekking van de fout en correctie daarvan, zich door ondertekening van de brief van medio oktober 2012 akkoord heeft verklaard met de vaststelling van de wel op het pensioenreglement gebaseerde, en dus correcte, lagere pensioenuitkering.

Schadevergoeding

Het hof overweegt dat voldoende aannemelijk is gemaakt dat werknemer zonder de fout van het Pensioenfonds niet per 1 mei 2012 met vroegpensioen zou zijn gegaan. Dit betekent dat werknemer schade heeft geleden. Hij heeft immers op grond van de onjuiste informatie van het Pensioenfonds de onomkeerbare beslissing genomen met vervroegd pensioen te gaan. Het Pensioenfonds is gehouden deze schade aan hem te vergoeden. De schade bestaat uit het verschil tussen (1) hetgeen werknemer zou hebben ontvangen als hij niet met vroegpensioen was gegaan maar tot het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd (1 februari 2013) in dienst was gebleven en (2) hetgeen werknemer feitelijk heeft ontvangen en thans nog ontvangt.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 14-08-2018

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2018:7348

Zaaknummer: 200.195.103

Rechters: A.E.F. Hillen, P.L.R. Wefers Bettink en M.H.H.A. Moes

Advocaten: S. Leurink-Ofman en A. Wiltink

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor de Houthandel/werknemer

Pensioenfonds aansprakelijk voor door werknemer geleden schade. Werknemer heeft immers op grond van onjuiste informatie van het Pensioenfonds de onomkeerbare beslissing genomen met vervroegd pensioen te gaan.

Feiten

Werknemer is in 1992 in dienst getreden bij Oldenboom Groep B.V. (hierna: Oldenboom) in de functie van inkoper. Het pensioen van werknemer is ondergebracht bij de Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor de Houthandel (hierna: het Pensioenfonds) met als beoogde pensioendatum 1 februari 2013. Eind 2011 is tussen werknemer en Oldenboom de mogelijkheid besproken dat werknemer met vervroegd pensioen zou gaan. Naar aanleiding van berekeningen, door het Pensioenfonds aan Oldenboom overgelegd, heeft werknemer in april 2012 een aanvraag ingediend om vervroegd met pensioen te gaan, hetgeen met ingang van 1 mei 2012 is gerealiseerd. Medio oktober 2012 heeft het Pensioenfonds werknemer bericht dat bij de toekenning van zijn pensioen een fout is gemaakt. De in de voorlopige berekeningen genoemde bedragen zouden te hoog zijn. Werknemer heeft voornoemd bericht op verzoek ondertekend aan het Pensioenfonds geretourneerd. De kantonrechter heeft voor recht verklaard dat het Pensioenfonds aansprakelijk is voor de door werknemer geleden schade. Werknemer stelt zich thans primair op het standpunt dat hij jegens het Pensioenfonds aanspraak heeft op het hem toegezegde (hogere) ouderdomspensioen, omdat hij op de juistheid van die opgave gerechtvaardigd mocht vertrouwen. Subsidiair vordert hij schadevergoeding.

Oordeel

Geen aanspraak op toegezegd bedrag aan ouderdomspensioen

Het hof neemt tot uitgangspunt dat het pensioenreglement bepalend is voor de omvang van de pensioenaanspraken van de deelnemer. Dit betekent dat het pensioenreglement en niet

door het Pensioenfonds verstrekte (voorlopige) berekeningen de basis vormen voor de bepaling van de (hoogte van de) pensioenaanspraak van werknemer. De fout in de voorlopige berekening en in de daarop gebaseerde toekenning van de pensioenuitkering mocht dus door het Pensioenfonds hersteld worden. Reeds om deze reden komt de primaire vordering van werknemer niet voor toewijzing in aanmerking. Dit geldt temeer nu werknemer na ontdekking van de fout en correctie daarvan, zich door ondertekening van de brief van medio oktober 2012 akkoord heeft verklaard met de vaststelling van de wel op het pensioenreglement gebaseerde, en dus correcte, lagere pensioenuitkering.

Schadevergoeding

Het hof overweegt dat voldoende aannemelijk is gemaakt dat werknemer zonder de fout van het Pensioenfonds niet per 1 mei 2012 met vroegpensioen zou zijn gegaan. Dit betekent dat werknemer schade heeft geleden. Hij heeft immers op grond van de onjuiste informatie van het Pensioenfonds de onomkeerbare beslissing genomen met vervroegd pensioen te gaan. Het Pensioenfonds is gehouden deze schade aan hem te vergoeden. De schade bestaat uit het verschil tussen (1) hetgeen werknemer zou hebben ontvangen als hij niet met vroegpensioen was gegaan maar tot het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd (1 februari 2013) in dienst was gebleven en (2) hetgeen werknemer feitelijk heeft ontvangen en thans nog ontvangt.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 14-08-2018

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2018:7350

Zaaknummer: 200.195.805

Rechters: A.E.F. Hillen, P.L.R. Wefers Bettink en M.H.H.A. Moes

Advocaten: S. Leurink-Ofman en A. Wiltink

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor de Houthandel/werknemer

Pensioenfonds aansprakelijk voor door werknemer geleden schade. Werknemer heeft immers op grond van onjuiste informatie van het Pensioenfonds de onomkeerbare beslissing genomen met vervroegd pensioen te gaan.

Feiten

Werknemer is in 1992 in dienst getreden bij Oldenboom Groep B.V. (hierna: Oldenboom) in de functie van inkoper. Het pensioen van werknemer is ondergebracht bij de Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor de Houthandel (hierna: het Pensioenfonds) met als beoogde pensioendatum 1 februari 2013. Eind 2011 is tussen werknemer en Oldenboom de mogelijkheid besproken dat werknemer met vervroegd pensioen zou gaan. Naar aanleiding van berekeningen, door het Pensioenfonds aan Oldenboom overgelegd, heeft werknemer in april 2012 een aanvraag ingediend om vervroegd met pensioen te gaan, hetgeen met ingang van 1 mei 2012 is gerealiseerd. Medio oktober 2012 heeft het Pensioenfonds werknemer bericht dat bij de toekenning van zijn pensioen een fout is gemaakt. De in de voorlopige berekeningen genoemde bedragen zouden te hoog zijn. Werknemer heeft voornoemd bericht op verzoek ondertekend aan het Pensioenfonds geretourneerd. De kantonrechter heeft voor recht verklaard dat het Pensioenfonds aansprakelijk is voor de door werknemer geleden schade. Werknemer stelt zich thans primair op het standpunt dat hij jegens het Pensioenfonds aanspraak heeft op het hem toegezegde (hogere) ouderdomspensioen, omdat hij op de juistheid van die opgave gerechtvaardigd mocht vertrouwen. Subsidiair vordert hij schadevergoeding.

Oordeel

Geen aanspraak op toegezegd bedrag aan ouderdomspensioen

Het hof neemt tot uitgangspunt dat het pensioenreglement bepalend is voor de omvang van de pensioenaanspraken van de deelnemer. Dit betekent dat het pensioenreglement en niet

door het Pensioenfonds verstrekte (voorlopige) berekeningen de basis vormen voor de bepaling van de (hoogte van de) pensioenaanspraak van werknemer. De fout in de voorlopige berekening en in de daarop gebaseerde toekenning van de pensioenuitkering mocht dus door het Pensioenfonds hersteld worden. Reeds om deze reden komt de primaire vordering van werknemer niet voor toewijzing in aanmerking. Dit geldt temeer nu werknemer na ontdekking van de fout en correctie daarvan, zich door ondertekening van de brief van medio oktober 2012 akkoord heeft verklaard met de vaststelling van de wel op het pensioenreglement gebaseerde, en dus correcte, lagere pensioenuitkering.

Schadevergoeding

Het hof overweegt dat voldoende aannemelijk is gemaakt dat werknemer zonder de fout van het Pensioenfonds niet per 1 mei 2012 met vroegpensioen zou zijn gegaan. Dit betekent dat werknemer schade heeft geleden. Hij heeft immers op grond van de onjuiste informatie van het Pensioenfonds de onomkeerbare beslissing genomen met vervroegd pensioen te gaan. Het Pensioenfonds is gehouden deze schade aan hem te vergoeden. De schade bestaat uit het verschil tussen (1) hetgeen werknemer zou hebben ontvangen als hij niet met vroegpensioen was gegaan maar tot het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd (1 februari 2013) in dienst was gebleven en (2) hetgeen werknemer feitelijk heeft ontvangen en thans nog ontvangt.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 14-08-2018

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2018:7351

Zaaknummer: 200.195.808

Rechters: A.E.F. Hillen, P.L.R. Wefers Bettink en M.H.H.A. Moes

Advocaten: S. Leurink-Ofman en A. Wiltink

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

werkgeefster/Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor het beroepsvervoer over de weg

Pensioenclaim oud-werknemer jegens werkgever leidt tot nader onderzoek. Werkgeefster wordt veroordeeld tot betaling van bijna drie ton aan achterstallige premies. Geen verjaring of rechtsverwerking.

Feiten

Werkgeefster valt onder de werkingssfeer van bedrijfstakpensioenfonds PVF. Naar aanleiding van een pensioenclaim van een oud-werknemer ontdekt PVF begin 2014 dat werkgeefster heeft verzuimd de overwerkuren van haar personeel te verstrekken, hoewel zij daarop wel de pensioenpremies van de werknemers heeft ingehouden. PVF vraagt werkgeefster om een bestand met specificaties. Dit wordt door werkgeefster verstuurd. PVF stuurt werkgeefster vervolgens een nota van € 373.120,45 ter zake van achterstallige pensioenpremies. Werkgeefster weigert deze te betalen en stelt dat zij aan haar pensioenverplichtingen heeft voldaan. PVF stuurt vervolgens een dwangbevel en een deurwaarder, maar betaling blijft uit. Na eisvermindering veroordeelt de kantonrechter werkgeefster tot betaling van € 291.120,45. Werkgeefster vordert in hoger beroep een verklaring voor recht dat PVF niets te vorderen heeft. Werkgeefster betoogt dat zij de gegevens omtrent overuren wél heeft verstrekt. Voor 2006 staat dat inmiddels vast (aldus het hof). Werkgeefster stelt dat zij niet weet van een verschil tussen meeruren en overuren; het is een niet op het Pensioenreglement gebaseerd onderscheid. Het had PVF moeten opvallen dat zij geen overuren zou hebben opgegeven en in zoverre is sprake van eigen schuld. Werkgeefster mocht er gerechtvaardigd op vertrouwen dat de eindafrekeningen met meeruren juist waren. De vordering is in strijd met de redelijkheid en billijkheid.

Oordeel

Grondslag premies

Dat werkgeefster geen weet heeft van het verschil tussen over- en meeruren kan zo zijn, maar verklaart niet waarom zij dan blijkens salarisspecificaties wel overuren aan werknemers heeft

uitbetaald en daarop de werknemerspremie heeft ingehouden maar deze premies niet heeft afgedragen aan PVF. De bedragen aan over 2007, 2008 en 2009 uitbetaalde overuren die werkgeefster aan PVF heeft verschaft komen niet overeen met de wel door werkgeefster doorgegeven meeruren. Bovendien heeft werkgeefster niet aangetoond dat zij indertijd wel de juiste gegevens heeft aangeleverd en wat dan de juiste gegevens zijn. De verplichting tot aanlevering van de juiste en volledige gegevens rust op werkgeefster en zij is die verplichting niet getrouw nagekomen. Daardoor lijdt PVF schade wanneer pensioengerechtigden kunnen aantonen dat zij meer pensioen hebben opgebouwd dan waar PVF aan de hand van de opgaven van de werkgever en de afgedragen premie rekening mee hield. PVF vordert echter geen schadevergoeding, maar nakoming door werkgeefster van haar betalingsverplichting. Het beroep op eigen schuld mist in dat verband een juridisch fundament. Het is niet in strijd met de redelijkheid en billijkheid dat PVF nakoming verlangt van de betalingsverplichting omdat werkgeefster hiermee in haar bedrijfsvoering na 2006 geen rekening heeft kunnen houden. Zij dient immers bij haar bedrijfsvoering rekening te houden met de verplichtingen die zij op grond van de verplichte deelneming, ook jegens haar werknemers, heeft.

Verjaring/rechtsverwerking

Werkgeefster miskent dat PVF nakoming van de verplichting tot premiebetaling heeft gevraagd. Daarbij gaat het niet om een achterstand in een periodieke betalingsverplichting zoals bedoeld in artikel 3:308 BW, maar om een eerst in 2014 bekend geworden tekort over enkele jaren als gevolg van onjuiste informatieverstrekking. De vordering tot betaling van dat tekort is opeisbaar geworden door het opleggen van de alsnog te betalen premie met de factuur van 16 mei 2014. Van verjaring was ten tijde van het betekenen van het dwangbevel dan ook geen sprake. Evenmin is sprake van rechtsverwerking. Voor rechtsverwerking is vereist dat zich bijzondere omstandigheden voordoen als gevolg waarvan ofwel bij werkgeefster als schuldenaar het gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt dat PVF als schuldeiser haar aanspraak niet meer geldend zou maken, ofwel de schuldenaar in zijn positie onredelijk zou worden benadeeld als de schuldeiser zijn aanspraak alsnog geldig zou maken. Het is daarbij de hoofdregel dat de schuldenaar feiten en omstandigheden stelt (en zo nodig bewijst) waaruit kan worden afgeleid dat aan de voorgaande vereisten is voldaan. Dat heeft werkgeefster niet gedaan met haar standpunt dat zij PVF onvolledig mag informeren en PVF vervolgens mag verwijten dat zij geen vragen heeft gesteld. Het is het hof ook niet duidelijk waarom het onaanvaardbaar zou zijn dat werkgeefster haar schuld alsnog betaalt.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 18-09-2018

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2018:8322

Zaaknummer: 200.217.198

Rechters: M.E.L. Fikkers, D.H. de Witte en W.F. Boele

Advocaten: W.A. Entzinger en J.A. Trimbach

RECHTSPRAAK

Werkgeefster/werknemer

Duitse werkneemster ontslagen na niet voldoen aan re-integratieverplichtingen. Loon terecht (voor eeuwig) opgeschort. Werkneemster had echter geen deskundigenoordeel bij het UWV hoeven aanvragen, maar kon volstaan met een Duitse second opinion ingeval zij het niet eens was met het oordeel van de bedrijfsarts.

Feiten

Werkneemster, woonachtig in Duitsland (net over de grens), heeft een mondelinge arbeidsovereenkomst met twee, als een eenheid opererende, werkgevers: (1) een tandartsen-bv en (2) X (tandarts), hierna samen aangemerkt als 'werkgeefster'. Bij een ongeluk breekt werkneemster haar pols en verschijnt zij niet meer op het werk. Werkgeefster schort de loonbetaling op. Duitse artsen verklaren werkneemster arbeidsongeschikt. Werkgeefster zegt vervolgens de arbeidsovereenkomst(en) op. Deze worden echter niet geëffectueerd. Werkgeefster roept werkneemster op om bij de bedrijfsarts te verschijnen. Volgens de bedrijfsarts is werkneemster in staat passende arbeid te verrichten. Werkgeefster roept werkneemster op om op het werk te verschijnen. Zij geeft hier geen gehoor aan. Zij wil dat het achterstallige loon eerst wordt betaald. Deze gang van zaken herhaalt zich. Werkneemster stelt een loonvordering in. De kantonrechter oordeelt als volgt. Van werkneemster mag niet geëist worden dat zij een verklaring van het UWV overlegt terwijl zij in Duitsland woont. De loonaanspraak bij ziekte valt onder het toepassingsbereik van de Basisverordening (Verordening (EG) nr. 883/04), die voorschriften geeft ter coördinatie van nationale socialezekerheidsstelsels ter bevordering van het vrije verkeer van werknemers. Op grond van artikel 27 lid 1 van de Toepassingsverordening (Verordening (EG) nr. 987/09) mocht zij volstaan met overlegging van de verklaringen van Duitse artsen. De kantonrechter oordeelt vervolgens dat werkneemster het oordeel van de bedrijfsarts onvoldoende gemotiveerd heeft bestreden. De door de Duitse artsen geconstateerde arbeidsongeschiktheid staat niet in de weg aan aangepast werk. Zij heeft geen recht op loon over de periode waarin zij haar re-integratieverplichting niet is nagekomen.

Oordeel

Re-integratieverplichtingen werkneemster

Werkneemster betoogt dat de kantonrechter ten onrechte heeft geoordeeld dat haar arbeidsongeschiktheid niet in de weg staat aan het verrichten van aangepast werk met inachtneming van haar beperkingen. Artikel 27 lid 4 van de toepassingsverordening verplicht haar, aldus werkneemster, deel te nemen aan activiteiten om terugkeer in het arbeidsproces te bevorderen en te ondersteunen, zoals revalidatie, maar niet om gedeeltelijk te werken ondanks arbeidsongeschiktheid. Het hof oordeelt als volgt. Artikel 7:660a BW verplicht de arbeidsongeschikte werknemer onder meer tot het opvolgen van redelijke voorschriften van de werkgever en het verrichten van die passende arbeid. Naar Nederlands recht zijn de inspanningen die een werknemer in het kader van zijn re-integratie moet verrichten niet beperkt tot revalidatie. Die verdergaande verplichting wordt niet uitgesloten door artikel 27 van de Toepassingsverordening en is daar dan ook niet mee in strijd. Werkneemster had zich daarom in ieder geval, gelet op het oordeel van de bedrijfsarts – een arts als bedoeld in lid 6 van artikel 27 van de Toepassingsverordening – moeten melden bij haar werkgevers en bespreken welke werkzaamheden voor haar passend zouden zijn, zo nodig in overleg met de bedrijfsarts. De stelling van werkneemster dat uitsluitend de opinie van haar eigen arts geldt, dus ook als een arts als bedoeld in lid 6 van artikel 27 van de Toepassingsverordening zijn opinie heeft gegeven, vindt geen steun in de Toepassingsverordening en zou voormeld lid 6, dat bepaalt dat het bevoegde orgaan het recht behoudt de verzekerde te laten onderzoeken door een arts die het orgaan zelf heeft uitgekozen, ook zinloos maken. Bij verschil van mening met de bedrijfsarts over de passendheid van de aangeboden arbeid kan de meest gerede partij een second opinion vragen aan het UWV. Werkneemster heeft zich, ondanks de herhaalde oproep met waarschuwing voor loonconsequenties, niet bij haar werkgevers gemeld. Daarmee heeft zij in strijd met haar verplichting uit artikel 7:660a BW gehandeld en is uitbetaling van het loon in beginsel terecht achterwege gebleven.

Duitse of Nederlandse second opinion?

Partijen zijn niet toegekomen aan bespreking van de invulling van de door werkneemster te verrichten passende werkzaamheden, zodat er nog geen geschil was waarover op medische gronden een second opinion gevraagd kon worden. Als dat het geval zou zijn geweest, had werkneemster die second opinion bij een Duitse arts mogen inwinnen in plaats van bij het UWV. Die kwestie ligt echter niet ter beoordeling voor bij het hof.

Gevolgen ten aanzien van loonsanctie

Dat een loonsanctie als zodanig in strijd is met Europees recht omdat die sanctie niet

voorkomt in Europese regelgeving, ziet het hof niet in. Het gaat hier om toepassing van het Nederlandse recht op een arbeidsovereenkomst met grensoverschrijdende aspecten waarbij Nederlandse regelgeving niet in strijd mag komen met Europese, quod non. Tegenover de verplichting tot loonbetaling staat de verplichting tot het verrichten van de bedongen arbeid. Artikel 7:629 BW regelt, in afwijking van het gewone overeenkomstenrecht, dat de werkgever toch in bepaalde mate gehouden is het loon door te betalen indien de werknemer door ziekte niet in staat is de bedongen arbeid te verrichten. De wetgever heeft aan dat recht tot doorbetaling een aantal voorwaarden verbonden. Het nakomen van die verplichtingen door de werknemer is daarmee echter niet de tegenover de doorbetaling van het loon staande verbintenis in de zin van artikel 6:262 BW, voor zover die verbintenis ziet op reeds verstreken loonperioden. De verplichting om te verschijnen kan dus niet worden opgeschort om betaling te verkrijgen van reeds verstreken, en opeisbaar geworden, loontermijnen.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 18-09-2018

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2018:8326

Zaaknummer: 200.228.222/01

Rechters: M.E.L. Fikkers, J.H. Kuiper en O.E. Mulder

Advocaten: T. Teke en P.H. Rappa

Wetsartikelen: 7:629 BW en 7:660a BW

ANNOTATIE

Pro rata transitievergoeding bij gedeeltelijke beëindiging arbeidsovereenkomst. Eén vraag beantwoord. Nieuwe vragen te beantwoorden.

J.P.M. van Zijl

In deze beschikking schept de Hoge Raad duidelijkheid in een kwestie waarover de wetgever zich niet had uitgesproken: is bij een gedeeltelijk ontslag ook de transitievergoeding gedeeltelijk verschuldigd? De Hoge Raad beantwoordt deze vraag bevestigend.

De casus

In de casus waarover de Hoge Raad moest beslissen was bij een Stichting voor bijzonder voortgezet onderwijs sinds 1980 een leraar werkzaam, die in november 2013 ziek was uitgevallen. In november 2015 wordt aan de leraar een WGA-uitkering toegekend wegens gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid. Bij brief aan de leraar van 15 oktober 2016 zegt de school vervolgens de (nagenoeg) fulltime aanstelling van de leraar op per 29 februari 2016 en wordt de leraar met ingang van 1 maart 2016 opnieuw benoemd, maar nu voor 55 procent van de arbeidstijd. Dat eerst de arbeidsovereenkomst wordt beëindigd en vervolgens een nieuwe arbeidsovereenkomst wordt aangeboden, is daarbij een voortvloeisel van de geldende CAO. Voor de opzegging door de school zal het UWV geen toestemming [1] hebben verleend aangezien niet voldaan wordt aan de eis dat de bedongen arbeid niet in aangepaste vorm kan worden verricht. [2] Uit de beschikking van de Hoge Raad blijkt niet dat de leraar met die opzegging heeft ingestemd, [3] maar ook niet dat hij zich tegen die opzegging heeft verzet. [4] Uit de beschikking van het gerechtshof blijkt wel dat aan de opzegging nauw overleg met de leraar was voorafgegaan. Hoewel het er daarmee op lijkt dat sprake is van een gedeeltelijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden, is het dat strikt genomen niet. Het voorafgegane overleg weerhoudt de leraar er niet van om na de opzegging van de arbeidsovereenkomst en de aansluitende aanstelling gedurende een deel van de werktijd, de kantonrechter te verzoeken om de school te veroordelen tot betaling van een transitievergoeding van € 76.000 (het destijds geldende maximum) wegens beëindiging van de arbeidsovereenkomst, althans tot betaling van een bedrag van ruim € 33.000 wegens

gedeeltelijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst. De kantonrechter wijst het verzoek tot betaling van de transitievergoeding toe voor wat betreft de gedeeltelijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst. In hoger beroep wijst het gerechtshof het verzoek echter alsnog af. Het hof oordeelt daarbij dat de school en de leraar bedoeld hebben om de duur van de arbeidsovereenkomst aan te passen aan de gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid van de leraar zodat in feite geen sprake was van het opzeggen van de arbeidsovereenkomst.

De beslissing van de Hoge Raad

Als de Hoge Raad in cassatie over de kwestie moet oordelen, wordt de beschikking van het gerechtshof vernietigd en de beschikking van de kantonrechter alsnog bekrachtigd, zodat de school de transitievergoeding gedeeltelijk moet betalen.

Om tot die beslissing te komen oordeelt de Hoge Raad allereerst dat het niet zo is dat de volledige transitievergoeding is verschuldigd, omdat de bestaande arbeidsovereenkomst niet is beëindigd. Met het gerechtshof is de Hoge Raad namelijk van mening dat sprake is van een voortzetting van de bestaande arbeidsovereenkomst in aangepaste vorm. Anders dan het gerechtshof is de Hoge Raad echter van oordeel dat de voortzetting van de arbeidsovereenkomst in aangepaste vorm erop neerkomt dat de arbeidsovereenkomst gedeeltelijk is beëindigd en dat de transitievergoeding daarom verschuldigd is naar evenredigheid van het deel van de arbeidsovereenkomst dat beëindigd is. De Hoge Raad erkent daarbij dat de wet niet de mogelijkheid kent van gedeeltelijke opzegging of ontbinding van de arbeidsovereenkomst en dat de transitievergoeding volgens de wet alleen verschuldigd is bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst. De Hoge Raad aanvaardt de mogelijkheid van een gedeeltelijk ontslag met gedeeltelijke aanspraak op de transitievergoeding vervolgens echter toch in bijzondere gevallen waarin de omstandigheden ertoe dwingen om de arbeidstijd van de werknemer substantieel en structureel te verminderen. Als voorbeelden van dergelijke bijzondere gevallen noemt de Hoge Raad het gedeeltelijk vervallen van de arbeidsplaats van de werknemer wegens bedrijfseconomische omstandigheden en blijvende gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid van de werknemer. In deze gevallen wordt immers op grond van de herplaatsingsverplichting [5] respectievelijk re-integratieverplichting [6] van de werkgever verlangd dat de werknemer niet geheel wordt ontslagen, maar dat de arbeidsverhouding voor een deel van het werk in stand blijft. De transitievergoeding heeft ten doel om te compenseren voor de gevolgen van het ontslag en om de transitie naar een andere baan makkelijker te maken. Omdat de transitievergoeding wordt berekend over het laatstgenoten loon zou de werknemer bij een substantiële en structurele vermindering van de arbeidstijd een deel van de transitievergoeding mislopen, waarop hij bij het uiteindelijke einde van de arbeidsovereenkomst aanspraak zou hebben. Dat acht de Hoge Raad niet gerechtvaardigd. Daarom moet de transitievergoeding bij een substantiële en structurele

vermindering van de arbeidsduur volgens de Hoge Raad gedeeltelijk worden betaald. Het maakt daarbij, nog steeds volgens de Hoge Raad, niet uit of de vermindering van de arbeidsduur plaatsvindt in de vorm van hetzij een gedeeltelijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst, hetzij een volledige beëindiging van de arbeidsovereenkomst gevolgd door een nieuwe, aangepaste arbeidsovereenkomst, dan wel een aanpassing van de arbeidsovereenkomst. Om recht te hebben op gedeeltelijke betaling van de transitievergoeding moet de vermindering van de arbeidsduur wel substantieel zijn, waarbij de Hoge Raad stelt dat daarvan sprake is bij een vermindering van de arbeidstijd van ten minste 20 procent. Deze eis baseert de Hoge Raad op de 'hanteerbaarheid' van de regeling. De vermindering van de arbeidsduur moet ook structureel zijn, in die zin dat deze naar verwachting blijvend zal zijn. De te betalen transitievergoeding moet dan volgens de Hoge Raad berekend worden naar evenredigheid van vermindering van de arbeidstijd en uitgaande van het loon waarop tot dan toe aanspraak bestond. De beschikking van de Hoge Raad beantwoordt een vraag, maar roept tegelijkertijd een aantal nieuwe vragen op. Deze worden hieronder besproken.

Transitievergoeding bij beëindiging met wederzijds goedvinden?

Behoudens het geval van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever [7] is de transitievergoeding slechts verschuldigd indien de arbeidsovereenkomst door de werkgever is opgezegd, indien de arbeidsovereenkomst op verzoek van de werkgever is ontbonden of indien de arbeidsovereenkomst van rechtswege is geëindigd en op initiatief van de werkgever niet aansluitend is voortgezet. [8] Een beëindiging met wederzijds goedvinden [9] kwalificeert dus niet voor een aanspraak op de transitievergoeding. Wel kan de werknemer natuurlijk als voorwaarde voor zijn medewerking aan de totstandkoming van een beëindiging met wederzijds goedvinden de betaling van een ontslagvergoeding bedingen die (ten minste) gelijk is aan die transitievergoeding. In casu was sprake van een opzegging door de werkgever. De Hoge Raad laat echter het oordeel van het gerechtshof in stand dat feitelijk sprake was van voortzetting van de bestaande arbeidsovereenkomst in aangepaste vorm. Het hof had daaraan de conclusie verbonden dat er dus geen sprake was van een opzegging en dat dus geen transitievergoeding verschuldigd was. De Hoge Raad oordeelt echter anders dan het hof, door te oordelen dat de voortzetting in aangepaste vorm feitelijk neerkomt op een gedeeltelijke beëindiging en dat daarom de transitievergoeding naar evenredigheid is verschuldigd. De vraag die hierdoor wordt opgeroepen is of de Hoge Raad hiermee nu gezegd heeft dat de transitievergoeding ook verschuldigd is bij een gedeeltelijke beëindiging met wederzijds goedvinden. Zo ja, dan rijst de vraag waarom dat bij een volledige beëindiging met wederzijds goedvinden dan anders zou zijn. Ik ben geneigd te veronderstellen dat de beschikking van de Hoge Raad zo ver niet gaat. Formeel was natuurlijk in de onderhavige zaak sprake van een

opzegging. De Hoge Raad kwalificeert die opzegging echter niet als een volledige opzegging maar als een gedeeltelijke opzegging, waardoor niet de hele transitievergoeding maar wel een deel daarvan is verschuldigd. De voortzetting van de bestaande arbeidsovereenkomst in aangepaste vorm is voor de Hoge Raad hetzelfde als de gedeeltelijke opzegging (de Hoge Raad spreekt echter steeds over 'beëindiging') van de arbeidsovereenkomst. Het blijft aldus een opzegging. Een andere uitleg van de beschikking van de Hoge Raad zou betekenen dat verder van de wet wordt afgeweken dan noodzakelijk is om te bereiken wat de Hoge Raad rechtvaardig acht, namelijk te voorkomen dat de werknemer een deel van de transitievergoeding zou mislopen. Immers: als duidelijk is dat de transitievergoeding gedeeltelijk verschuldigd is bij een opzegging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever of bij een ontbinding van de arbeidsovereenkomst op verzoek van de werkgever, gevolgd door het aanbieden van een nieuwe arbeidsovereenkomst voor een deel van de oorspronkelijke werktijd (zoals in het onderhavige geval), dan heeft de werknemer bij een gedeeltelijke beëindiging met wederzijds goedvinden een middel in handen om ook dan de betaling van een ontslagvergoeding ter grootte van de gedeeltelijke betaling van de transitievergoeding als voorwaarde voor zijn instemming aan die gedeeltelijke beëindiging met wederzijds goedvinden te verbinden. De situatie is dan dus hetzelfde als bij een volledige beëindiging van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden. En voor dat geval is nooit de noodzaak bepleit om ook dan de transitievergoeding te kunnen toekennen. Kruit heeft er in een annotatie al op gewezen dat de gedeeltelijke betaling van een transitievergoeding een rol zal spelen indien de werkgever de arbeidsovereenkomst niet in overleg maar eenzijdig zou willen wijzigen (op grond van artikel 7:613 of 7:611 BW). [10]

Bijzondere gevallen

Zoals de Hoge Raad zelf al in zijn beschikking aangeeft, zal een structurele en substantiële vermindering van de arbeidsduur vooral in twee gevallen voorkomen. In het eerste geval gaat het om een werknemer van wie de arbeidsplaats vervalt. Als er nog wel werk voor de werknemer is gedurende een deel van de werktijd (eventueel in een andere functie), dan brengt de herplaatsingsverplichting van de werkgever met zich mee dat dat werk gedurende een deel van de werktijd moet worden aangeboden. In het tweede geval gaat het om een werknemer die gedeeltelijk arbeidsongeschikt is. De re-integratieverplichting van de werkgever brengt dan met zich mee dat de eigen arbeid (al dan niet met aanpassingen) dan wel andere passende arbeid moet worden aangeboden, eventueel gedurende een gedeelte van de werktijd.

Gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemer

De beschikking van de Hoge Raad heeft belangrijke implicaties voor het geval een werkgever

en een gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemer afspraken moeten maken over aangepaste werkzaamheden die een werknemer nog in dienst van de werkgever zal verrichten. Die afspraken kunnen behelzen dat passende arbeid wordt verricht maar ook dat nieuwe bedongen arbeid ontstaat. In het eerste geval blijft de arbeidsovereenkomst in stand en blijft de oorspronkelijke arbeid de bedongen arbeid. In het tweede geval wordt de arbeidsovereenkomst aangepast en ontstaat nieuwe bedongen arbeid.

Nieuwe loondoorbetalingsverplichting bij uitval voor arbeid die wordt verricht na de eerste 104 weken van ziekte?

Voor de werknemer die arbeid verricht na het einde van de periode van 104 weken waarin recht op doorbetaling van loon tijdens ziekte bestaat, ontstaat in geval van een nieuwe uitval wegens ziekte pas weer recht op doorbetaling van loon als de werknemer eerst zijn eigen werk gedurende ten minste vier weken in volle omvang heeft verricht. [11] De Hoge Raad acht het in strijd met het systeem van de wet dat de re-integratieverplichting van de werkgever zou leiden tot het ontstaan van een nieuwe loondoorbetalingsverplichting, als niet eerst sprake is van volledig herstel. Volgens de Hoge Raad is dat slechts anders als de aangepaste arbeid die de werknemer verricht nieuwe bedongen arbeid zou zijn. De Hoge Raad heeft zich echter nog nooit uitgesproken over de vraag wanneer nieuwe bedongen arbeid ontstaat. De Centrale Raad van Beroep heeft dat wel gedaan. [12] De socialeverzekeringsrechter ziet zich gedwongen om zich over die vraag uit te spreken indien het UWV stelt dat de WIA-uitkering van de werknemer die na het einde van de wachttijd aangepaste arbeid verricht en voor die arbeid ziek uitvalt, moet worden verminderd met door de werkgever door te betalen loon. Om tot het bestaan van recht op loon van de werknemer te kunnen concluderen moet het UWV dan eerst nieuwe bedongen arbeid aannemen. De Centrale Raad van Beroep heeft daarbij geoordeeld dat de vraag of de re-integratieafspraken die de werkgever en de werknemer hebben gemaakt inhouden dat sprake is van passende arbeid (geen nieuw recht op loondoorbetaling) dan wel van nieuwe bedongen arbeid (wel nieuw recht op loondoorbetaling), moet worden beantwoord aan de hand van de jurisprudentie van de Hoge Raad over de uitleg van overeenkomsten. [13] Dat betekent dat voor de uitleg van de afspraken over de aangepaste werkzaamheden die de werknemer in het kader van de re-integratie verricht, bepalend is welke verwachtingen die partijen ter zake over en weer mochten hebben. Het standpunt dat de Centrale Raad van Beroep daarmee heeft ingenomen, is opmerkelijk omdat daarmee werd afgeweken van de lijn die in de jurisprudentie van kantonrechters en gerechtshoven tot dan toe was uitgezet. [14] Daarin werd vaak geoordeeld dat de werknemer erop mocht vertrouwen dat de passende arbeid nieuwe bedongen arbeid was geworden, indien de aangepaste arbeid gedurende 'niet te korte tijd' was verricht en indien die arbeid tussen de werkgever en de werknemer niet meer ter discussie stond (in die zin dat een medische eindtoestand was

bereikt waarbij duidelijk was dat de werknemer enerzijds de passende arbeid zou kunnen volhouden en anderzijds niet meer in staat zou zijn om meer arbeid te gaan verrichten dan de arbeid hij al verrichtte). Inmiddels vindt het standpunt van de Centrale Raad van Beroep echter ook navolging in uitspraken van kantonrechters en gerechtshoven. [15]

Als sprake is van nieuwe bedongen arbeid, betekent een nieuwe uitval wegens ziekte dus dat de werkgever opnieuw maximaal 104 weken lang 70 procent van het (aangepaste) loon aan de werknemer moet doorbetalen. Uit de onderhavige beschikking van de Hoge Raad blijkt dat dan ook de transitievergoeding gedeeltelijk verschuldigd is. Als daarentegen sprake is van passende arbeid, blijft de oorspronkelijke arbeidsovereenkomst in stand. Er is dan bij een nieuwe uitval wegens ziekte geen sprake van een nieuwe verplichting van de werkgever om loon tijdens ziekte te betalen. Uit de beschikking van de Hoge Raad volgt niet dat ook dan de transitievergoeding gedeeltelijk verschuldigd is, zelfs niet als de vermindering van de arbeidsduur naar verwachting blijvend is. Er is dan immers geen gehele of gedeeltelijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst en ook geen aanpassing van de arbeidsovereenkomst. De consequentie daarvan is dan wel dat bij het later alsnog opzeggen van de arbeidsovereenkomst door de werkgever of bij het later ontbinden van de arbeidsovereenkomst op verzoek van de werkgever, de transitievergoeding verschuldigd is over het volledige, oorspronkelijk bedongen loon.

De vraag of de afspraken over de aanpassing van de werkzaamheden voor de gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemer passende arbeid dan wel nieuwe bedongen arbeid inhouden, kan aan de orde komen bij of na het maken van die afspraken, maar kan ook pas aan de orde komen als de arbeidsovereenkomst alsnog geheel wordt beëindigd. De werknemer zal dan willen stellen dat sprake was van passende arbeid, want dan kan alsnog de volledige transitievergoeding worden geclaimd, berekend naar het oorspronkelijke volledige loon. De werkgever zal daarentegen willen stellen dat sprake is van nieuwe bedongen arbeid, zodat uitgegaan kan worden van het lagere, aangepaste loon. De werknemer loopt dan een deel van de transitievergoeding mis. Deze kan dan ook niet alsnog worden geclaimd, vanwege het verval van het recht dat te doen zodra na het (gedeeltelijke) einde van de arbeidsovereenkomst drie maanden zijn verstreken. [16] Als partijen bij het maken van re-integratieafspraken niet duidelijk zijn geweest ten aanzien van de vraag of daarbij passende arbeid dan wel nieuwe bedongen arbeid beoogd is, kan lang onduidelijk blijven op basis van welk loon de transitievergoeding moet worden berekend.

Compensatie door het UWV van de transitievergoeding van de langdurig arbeidsongeschikte werknemer

De vraag of sprake was van passende arbeid of nieuwe bedongen arbeid kan ten slotte ook aan

de orde komen als de werkgever na 1 april 2020 bij het UWV compensatie claimt voor de transitievergoeding die op of na 1 juli 2015 is betaald aan de werknemer die is ontslagen wegens langdurige arbeidsongeschiktheid. Het wetsvoorstel dat die compensatie regelt, is inmiddels tot wet verheven en treedt op 1 januari 2020 in werking. [17] Compensatie voor oude vergoedingen kan vanaf 1 april 2020 worden geclaimd. [18] Het UWV vergoedt in dat geval echter niet meer dan de transitievergoeding die aan het einde van de wachttijd was verschuldigd. Als het UWV stelt dat de arbeidsovereenkomst eerder gedeeltelijk is geëindigd wegens het ontstaan van nieuwe bedongen arbeid, wordt die transitievergoeding berekend over het loon dat de werknemer ontving na de vermindering van de arbeidsduur. Als die vermindering van de arbeidsduur dan vóór 1 juli 2015 heeft plaatsgevonden, was bij die eerdere gedeeltelijke beëindiging geen transitievergoeding verschuldigd. Het UWV zou die dan ook niet hoeven te vergoeden. Werkgevers dienen er derhalve alert op te zijn dat zij in dergelijke gevallen niet te veel als transitievergoeding aan de arbeidsongeschikte werknemer betalen. Hetgeen te veel betaald is, wordt door het UWV niet gecompenseerd! [19] De beschikking van de Hoge Raad maakt dat, meer nog dan voorheen, werkgevers er bij het maken van afspraken over de aangepaste arbeid voor arbeidsongeschikte werknemers (zeker na afloop van de eerste 104 weken) op dienen toe te zien dat duidelijk wordt aangegeven of sprake is van passende arbeid dan wel van nieuwe bedongen arbeid.

Alleen bij substantiële en structurele vermindering van de arbeidsduur?

De Hoge Raad aanvaardt de mogelijkheid van een gedeeltelijk ontslag en een gedeeltelijke transitievergoeding voor het bijzondere geval van een min of meer gedwongen substantiële en structurele vermindering van de arbeidstijd, zoals bij het noodzakelijkerwijs gedeeltelijk vervallen van arbeidsplaatsen wegens bedrijfseconomische omstandigheden en bij blijvende gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid van de werknemer. Mij lijkt dat hetzelfde dan zou dienen te gelden voor het geval gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid de werkgever en de werknemer ertoe brengt om structureel andere, minder belastende arbeid met de werknemer overeen te komen, indien de vermindering van het loon van de werknemer die daarvan het gevolg is substantieel is (ten minste 20 procent). Ook indien de gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemer zijn eigen werk blijft doen maar (vanwege tempoverlies) tegen een substantieel lager loon, zou een daarop betrekking hebbende aanpassing van de arbeidsovereenkomst dienen te leiden tot een gedeeltelijk recht op transitievergoeding.

Latere uitbreiding van de arbeidsovereenkomst

De beschikking van de Hoge Raad roept verder de vraag op hoe moet worden omgegaan met de situatie waarin de arbeidsovereenkomst eerst gedeeltelijk is beëindigd en later toch weer wordt uitgebreid. Hoewel de Hoge Raad aangeeft dat zijn beschikking is bedoeld voor gevallen

waarin de arbeidstijd structureel wordt verminderd, door de Hoge Raad verstaan als ‘naar redelijke verwachting blijvend’, kan zich gemakkelijk de situatie voordoen dat de arbeidsovereenkomst later toch weer wordt uitgebreid. Het best voorstelbaar is dat in de situatie van de werknemer van wie de arbeidsplaats als gevolg van bedrijfseconomische omstandigheden gedeeltelijk is vervallen. Een latere verbetering van de bedrijfseconomische omstandigheden zou dan zeer wel met zich mee kunnen brengen dat weer een volledige arbeidsplaats beschikbaar is en dat de arbeidsovereenkomst van de werknemer in verband daarmee wordt uitgebreid. Als de weer uitgebreide arbeidsovereenkomst dan later door de werkgever wordt opgezegd dan wel op verzoek van de werkgever wordt ontbonden, hoe moet dan worden omgegaan met de eerder betaalde transitievergoeding? Moet het bedrag van de eerder betaalde transitievergoeding dan op de voet van artikel 7:673 lid 5 BW in mindering worden gebracht op het bedrag van de op dat moment te betalen transitievergoeding? Of brengt de beschikking van de Hoge Raad met zich mee dat de arbeidsovereenkomst voor de berekening van de transitievergoeding in delen moet worden opgesplitst, nu de Hoge Raad heeft aanvaard dat een gedeeltelijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst kan leiden tot een gedeeltelijk recht op de transitievergoeding?

Dat het voor de hoogte van de transitievergoeding verschil kan maken of voor de ene dan wel de andere benadering wordt gekozen, blijkt uit het onderstaande voorbeeld: 1 januari 2000: datum indiensttreding van de werknemer, aanstelling voor 100 procent van de werktijd; 1 januari 2010: gedeeltelijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst (50 procent) wegens het gedeeltelijk vervallen van de arbeidsplaats wegens slechte bedrijfseconomische omstandigheden; 1 januari 2015: uitbreiding van de arbeidsovereenkomst naar 100 procent wegens verbeterde bedrijfseconomische omstandigheden; 1 januari 2018: opzegging of ontbinding van de arbeidsovereenkomst, bijvoorbeeld wegens opnieuw verslechterde bedrijfseconomische omstandigheden, disfunctioneren, verwijtbaar gedrag of een verstoorde arbeidsverhouding.

In het voorbeeld ga ik er even van uit dat in 2010 al de transitievergoeding verschuldigd was. Dat is natuurlijk niet het geval, maar het gaat mij om het rekenvoorbeeld en daarvoor maakt dat geen verschil. Op 1 januari 2010 moet dan wegens de gedeeltelijke (50 procent) beëindiging van de arbeidsovereenkomst op 1 januari 2010 een transitievergoeding worden betaald ter grootte van 1,665 maandsalaris (50 procent van 20 perioden van zes maanden x 1/6e maandsalaris). Indien uitgegaan wordt van verrekening van dit bedrag op de voet van artikel 7:673 lid 5 BW, zou de transitievergoeding die vanwege de beëindiging van de arbeidsovereenkomst op 1 januari 2018 moet worden betaald 7,33 maandsalarissen (20 perioden van zes maanden x 1/6e maandsalaris + 16 perioden van zes maanden x 1/4e maandsalaris) bedragen, verminderd met de eerder betaalde 1,665 is dat dan 5,665

maandsalarissen. Indien daarentegen wordt uitgegaan van de opvatting dat het recht op transitievergoeding geldt per deel van de arbeidsovereenkomst, dan wordt de uitkomst anders. Voor het deel van 50 procent waarvoor de arbeidsovereenkomst sinds 2000 heeft bestaan wordt de transitievergoeding dan 50 procent van (20 perioden van zes maanden x $1/6$ e maandsalaris + 16 perioden van zes maanden x $1/4$ e maandsalaris =) 7,33 maandsalarissen, ofwel 3,665 maandsalarissen. Voor het deel van 50 procent waarvoor de arbeidsovereenkomst sinds 2015 heeft bestaan wordt de transitievergoeding dan 50 procent van 1 maandsalaris (6 perioden van zes maanden x $1/6$ e maandsalaris) = 0,5 maandsalaris. Samen met de 3,665 maandsalarissen voor het langst bestaande deel van de arbeidsovereenkomst zou dat dan uitkomen op *4,165 maandsalarissen*.

Het maakt aldus verschil welke benadering bij de berekening van de transitievergoeding moet worden gevolgd. De tweede benadering sluit het beste aan bij het arrest van de Hoge Raad omdat tegenover de verplichting tot betaling van een deel van de transitievergoeding bij inkrimping van het dienstverband ook staat dat het recht op opbouw van de transitievergoeding voor dat deel van de arbeidsovereenkomst eerst plaatsvindt vanaf het moment dat de arbeidsovereenkomst weer wordt uitgebreid. De tekst van artikel 7:673 lid 5 BW zou weliswaar in een andere richting wijzen, maar waar de Hoge Raad zelf al heeft geconstateerd dat de wetgever de betaling van de transitievergoeding bij een gedeeltelijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst niet heeft geregeld en waar de Hoge Raad daar in zijn beschikking toch toe besluit, lijkt mij dat de Hoge Raad zich daarbij aan deze wetsbepaling ook niet te veel hoeft te storen.

Ten slotte

Aan het begin van deze annotatie gaf ik aan dat de Hoge Raad duidelijkheid heeft gegeven in een kwestie waarover de wetgever zich niet had uitgesproken. Daartoe zag de Hoge Raad zich wel gedwongen om zijn rechtsvindende taak op een meer rechtsvormende wijze gestalte te geven. Zie bijvoorbeeld de vanwege de 'hanteerbaarheid' van de door de Hoge Raad gestelde regel genoemde grens van vermindering van de arbeidstijd met ten minste 20 procent. Gelet op de gecreëerde duidelijkheid voor de praktijk, valt deze ruime taakopvatting van de Hoge Raad naar mijn mening te billijken. [20] Maar de rechtsvormende wijze waarop de Hoge Raad te werk is gegaan, heeft ook tot gevolg dat nieuwe vragen rijzen, waarop het antwoord nog niet duidelijk is. De Hoge Raad zal zich dan ook over deze vragen nog moeten uitspreken. Het laatste woord zal in deze kwestie in elk geval voorlopig nog niet zijn gesproken.

mr. J.P.M. (Joop) van Zijl, advocaat te Tilburg, 17 september 2018

Noten

- [1] Zie artikel 7:671 lid 1 onder a BW jo. artikel 7:671a lid 1 BW.
- [2] Zie artikel 7:669 lid 3 onder b BW.
- [3] Als bedoeld in artikel 7:671 lid 1 BW.
- [4] In elk geval heeft de werknemer de kantonrechter niet verzocht de opzegging van de arbeidsovereenkomst te vernietigen op de voet van artikel 7:681 BW.
- [5] Artikel 7:669 lid 1 BW.
- [6] Artikel 7:658a lid 1 BW.
- [7] Artikel 7:673 lid 1 onder b BW.
- [8] Artikel 7:673 lid 1 onder a BW.
- [9] Als bedoeld in artikel 7:670b BW.
- [10] P. Kruit, 'Recht of rechtvaardigheid: over de pro rato transitievergoeding bij deeltijdontslag', in AR Updates van 29 mei 2018 naar aanleiding van de Conclusie van de advocaat-generaal (20 april 2018, ECLI:NL:PHR:2018:516).
- [11] HR 30 september 2011, ECLI:NL:CRVB:2011, BQ8134 (Kummeling/Oskam).
- [12] CRvB 21 mei 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:1757, CRvB 24 januari 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:284, CRvB 24 januari 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:286.
- [13] HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158 (Haviltex), HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8101 (Lundiform/Mexx).
- [14] Zie in deze zin bijvoorbeeld: Gerechtshof 's-Hertogenbosch 6 januari 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:BHo657; Kantonrechter Utrecht 7 december 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BK5511; Kantonrechter Amsterdam 1 februari 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BM0969; Gerechtshof Arnhem 1 juni 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BM5554; Gerechtshof Arnhem (als nevenzittingsplaats van het gerechtshof Amsterdam) 29 juni 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BX0123; Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 18 juni 2013, ECLI:NL:GARL:2013:4324.
- [15] Bijvoorbeeld Gerechtshof 's-Hertogenbosch 14 januari 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:223.
- [16] Zie artikel 7:686a lid 4 onder b BW.

[17] Wet van 11 juli 2018, houdende maatregelen met betrekking tot de transitievergoeding bij ontslag wegens bedrijfseconomische omstandigheden of langdurige arbeidsongeschiktheid, *Stb.* 2018, 234.

[18] Concept Regeling compensatie transitievergoeding, zie *Kamerstukken II* 2018/19, 34699, 6, bijlage.

[19] Artikel 7:673e lid 2 BW (nieuw).

[20] Anders: P. Kruit in zijn annotatie 'Recht of rechtvaardigheid: over de pro rato transitievergoeding bij deeltijdontslag' in AR Updates van 29 mei 2018 naar aanleiding van de Conclusie van de advocaat-generaal (20 april 2018, ECLI:NL:PHR:2018:416). Kruit stelt dat het introduceren van een pro rata transitievergoeding de taak van de rechter in onze 'trias' te buiten gaat omdat daardoor het wettelijk systeem eenvoudigweg terzijde zou worden geschoven ten faveure van rechtvaardigheid, waarmee de rechter volgens hem in feite op de stoel van de wetgever gaat zitten en een nieuw systeem introduceert.

RECHTSPRAAK

SAA Verzekeringen B.V./werknemer

Werknemer overgenomen waardoor relatiebeding volgens hem aanmerkelijk zwaarder was gaan drukken. Ontbinding door kantonrechter op verzoek werknemer en toekenning billijke vergoeding. Hof: geen enkele sprake van ernstige verwijtbaarheid. Overname speelt zich af op aandeelhoudersniveau.

Feiten

Werknemer is gebonden aan een relatiebeding. Op een gegeven moment is sprake van een mogelijke overname van werkgeefster. In dit kader heeft de potentiële overnemer contact met werknemer. Werknemer verzoekt het relatiebeding zo aan te passen dat het geen verzwaring oplevert ten aanzien van zijn huidige situatie (bijv. de overnemende partij verricht werkzaamheden in heel Nederland en werkgeefster slechts in Ede). De overnemer zegt echter geen uitzondering te kunnen maken. Vervolgens komt een koopovereenkomst tot stand waarbij werkgeefster wordt overgenomen, zonder wijziging van het relatiebeding van werknemer. Werknemer verzoekt om ontbinding van de arbeidsovereenkomst en een billijke vergoeding. Daarnaast verzoekt hij om nietigverklaring van het relatiebeding. De kantonrechter wijst de ontbinding en de vergoeding (ad € 40.000) toe en de overige verzoeken af. Werkgeefster gaat in hoger beroep.

Oordeel

Billijke vergoeding

In hoger beroep ligt in essentie de vraag voor of de overnemer c.q. huidige werkgever gehouden is een billijke vergoeding te betalen. Werknemer heeft ter onderbouwing van het door hem aan de overnemer gemaakte verwijt van ernstig verwijtbaar handelen in essentie aangevoerd dat hij, nadat hij had geweigerd op verzoek een zeer beperkend relatiebeding in een nieuw te sluiten arbeidsovereenkomst te accepteren, mede door toedoen van de overnemer buiten spel is gezet in de onderhandelingen over de overname van de activiteiten van werkgeefster en dat de overnemer door een truc, bestaande in het overnemen van een

vordering van de andere aandeelhouders op werknemer, hem op een oneigenlijke manier aan hem heeft verbonden. Naar het oordeel van het hof ligt hierin onvoldoende grond voor het oordeel dat daarmee de hoge drempel voor ernstige verwijtbaarheid is genomen. Werknemers betoog concentreert zich op het voornoemde bepaalde in de koopovereenkomst en de omstandigheden waaronder deze bepaling in de koopovereenkomst is opgenomen. Dit artikel houdt echter niet meer in dan de overdracht tot meerdere zekerheid van de overnemer van een eventueel toekomstige vordering die werkgeefster op werknemer zouden kunnen hebben indien werknemer het relatiebeding niet zou naleven. De overnemer heeft er een gerechtvaardigd belang bij om de door haar overgenomen werkzaamheden te beschermen tegen concurrentie. Aan hem kan dan niet worden ontzegd dat hij die bescherming tracht te bewerkstelligen door daartoe in de koopovereenkomst een regeling overeen te komen. Hierbij wordt geen nieuwe verplichting aan werknemer opgelegd, noch is sprake van een (nieuw) beding waaraan overnemer werknemer in hun onderlinge arbeidsverhouding zou kunnen binden. Bovendien speelt de totstandkoming van de koopovereenkomst zich in de eerste plaats af op het niveau van de aandeelhouders. Dat overnemer in het kader van de totstandkoming van de koopovereenkomst de bedoeling heeft voorgestaan werknemer buitenspel te zetten is niet gebleken. Al met al is het hof van oordeel dat in de gegeven omstandigheden geen sprake is van ernstig verwijtbaar handelen in voormelde zin.

Werking ontnemen relatiebeding

Anders dan werknemer meent, is het relatiebeding niet zwaarder op hem gaan drukken. Werknemer heeft niet meer aangevoerd dan dat de overnemer werkzaam is in geheel Nederland en werkgeefster (voordien) slechts in Ede en wijde omtrek. Nog daargelaten dat het hof onder verwijzing naar het voorgaande niet tot het oordeel is gekomen dat van ernstig verwijtbaar handelen van de zijde van de overnemer sprake is geweest, ziet het hof niet in dat het beding meer belemmeringen opwerpt om elders een gelijkwaardige functie te verwerven en daardoor zwaarder is gaan drukken.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 29-08-2018

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2018:7740

Zaaknummer: 200.235.694/01

Rechters: M.F.J.N. van Osch, W.F. Boele en H. Manuel

Advocaten: M.A. Putting en A.P. Macro

Wetsartikelen: 7:662 BW en 7:671c BW

RECHTSPRAAK

de ondernemingsraad van Rhenus Air B.V./Rhenus Air B.V.

Besluit tot verlenging van pensioenuitvoeringsovereenkomst valt niet onder bereik artikel 25 of 26 WOR. Te laat ingediend verzoekschrift door de ondernemingsraad.

Feiten

Werkgeefster verzorgt vrachtvervoer op Schiphol. Werkgeefster start in het voorjaar van 2016 een traject om een pensioenuitvoerder te selecteren voor de periode vanaf 1 januari 2017 omdat de overeenkomst met Zwitserleven op 31 december 2016 eindigt. In dat kader heeft zij aan de ondernemingsraad bericht dat een tenderprocedure is gestart, dat in juli of augustus gesprekken met drie of vier uitvoerders zullen plaatsvinden en dat de ondernemingsraad in de fase daarna nader zal worden geïnformeerd en dat zal worden gezien hoe de ondernemingsraad zal participeren in het vervolgtraject. Werkgeefster wenst vervolgens de overeenkomst met Zwitserleven voort te zetten. In december lopen de gemoederen hoog op. De ondernemingsraad stelt dat voortzetting slechts mogelijk is onder door hem gestelde voorwaarden. Omdat het einde van het jaar nadert – en werkgeefster verplicht is een pensioenuitvoerder te hebben – besluit werkgeefster tot verlenging bij Zwitserleven. De ondernemingsraad verzoekt de OK werkgeefster te veroordelen tot (gedeeltelijke) intrekking van de verlenging, omdat zij bij afweging van alle betrokken belangen niet in redelijkheid tot het genomen besluit had kunnen komen.

Oordeel

Het besluit van werkgeefster tot verlenging van de uitvoeringsovereenkomst valt buiten het bereik van de in artikel 25 lid 1 WOR opgesomde categorieën. Een adviesaanvraag op grond van artikel 25 WOR ligt ook niet voor hand, nu het bestreden besluit geen betrekking heeft op aspecten die de onderneming aangaan in de zin van bedoeld artikel, maar terug te voeren is op een arbeidsvoorwaarde (waarvoor in zijn algemeenheid eerder artikel 27 WOR dan wel collectieve arbeidsovereenkomsten gelden). Uit de door partijen overgelegde stukken en het verhandelde ter terechtzitting valt voorts niet af te leiden dat aan de ondernemingsraad een bovenwettelijk adviesrecht is toegekend van een zodanige inhoud en strekking dat daarmee

het bepaalde in artikel 26 WOR op dit besluit van overeenkomstige toepassing is. Hooguit kan worden gezegd dat werkgeefster de ondernemingsraad heeft betrokken bij het traject om te komen tot een besluit met betrekking tot de wijziging van de uitvoeringsovereenkomst met Zwitserleven op de voet van artikel 7 van de Code Rechtstreeks verzekerde regelingen. Dit artikel bepaalt, voor zover relevant, dat de werkgever de ondernemingsraad, in aanvulling op artikel 27 WOR, in staat stelt te adviseren over de (verlenging van de) uitvoeringsovereenkomst. Lid 1 sub a van dit laatste artikel bepaalt dat de ondernemer instemming behoeft van de ondernemingsraad voor elk door hem voorgenomen besluit tot vaststelling, wijziging of intrekking van een regeling met betrekking tot een pensioenverzekering. Voorgaande overweging leidt tot de conclusie dat het bestreden besluit niet valt onder de reikwijdte van artikel 26 WOR. Alleen al op deze grond is de ondernemingsraad niet-ontvankelijk in zijn verzoek. Bovendien is het verzoekschrift te laat ter griffie van de Ondernemingskamer binnengekomen, gelet op de termijn van een maand van artikel 26 lid 2 WOR.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 04-05-2017

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2017:1810

Zaaknummer: 200.210.449

Rechters: M.M.M. Tillema, J. den Boer, A.M.L. Broekhuijsen-Molenaar, C. Smits-Nusteling en G. Boon

Advocaten: J.T. Gommer, M.N. Koenes en M.W. Minnaard

Wetsartikelen: 25 WOR, 26 WOR en 27 WOR

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgeefster

Ontslag op staande voet managing director wegens vermeend creatief boekhouden. Geen enkel verwijt komt in hoger beroep vast te staan. Billijke vergoeding toegekend van ruim € 60.000.

Feiten

Werknemer is als managing director werkzaam bij werkgeefster. Na een interne audit en een gesprek wordt hij op non-actief gesteld vanwege enkele (boekhoudkundige) verwijten. Werkgeefster stuurt een nieuwsbericht naar alle collega's met de boodschap dat werknemer de onderneming zal verlaten. Vervolgens dient zij een ontbindingsverzoek in, maar trekt dat vervolgens in. Kort daarna volgt een gesprek tussen de gemachtigden van partijen en ontslaat werkgeefster werknemer op staande voet (de redenen, die volgens werkgeefster zowel afzonderlijk als in hun geheel een dringende reden vormen, worden weergegeven als de kopjes *Ontslaggrond [X]* onder *Oordeel*). Werknemer verzoekt vernietiging van het ontslag, maar de kantonrechter wijst dat verzoek af. Werknemer gaat in hoger beroep.

Oordeel

Processueel

Het hof wijst de verzoeken tot vernietiging en tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst (ingediend door werkgeefster) af. In een geval als het onderhavige kan het hof ofwel de werkgever veroordelen de arbeidsovereenkomst te herstellen ofwel een billijke vergoeding aan de werknemer toekennen.

Onverwijldheid

Werknemer stelt dat het ontslag op staande voet niet onverwijld is gegeven omdat werkgeefster gedurende de interne audit al van de vermeende redenen voor het ontslag op staande voet op de hoogte was en het gesprek veel later (ongeveer vier maanden) volgde. Het hof oordeelt dat nader onderzoek heeft plaatsgevonden nadat klachten over werknemer waren ontvangen. Dit onderzoek heeft ongeveer een maand geduurd; geen onevenredig lange tijd.

Werkgeefster is vervolgens vrijwel onmiddellijk overgegaan tot het ontslag op staande voet. Het ontslag op staande voet is daarmee onverwijld gegeven.

Ontslaggrond 1: declaratiegedrag van werknemer

Werkgeefster stelt dat werknemer ongeoorloofd allerlei privéonkosten heeft gedeclareerd. Het hof stelt voorop dat het aan werkgeefster is om het declaratiegedrag te stellen en, bij gemotiveerde betwisting, te bewijzen. Werkgeefster heeft een stapel bonnen in geding gebracht die uit privéuitgaven zouden bestaan (bijv. restaurants). Werknemer heeft hier onder meer tegenin gebracht dat hij de etentjes heeft gehad met potentiële nieuwe werknemers, omdat die bonnen afkomstig waren uit de periode waarin werknemer recruitmentwerkzaamheden verrichtte. Werkgeefster heeft geen verweren gevoerd die deze en andere stellingen ontzenuwen. Indien sprake zou zijn van onzorgvuldig declareren, wat werkgeefster mondeling aanvoert, is dat voor de beoordeling of er een dringende reden aan het ontslag ten grondslag is gelegd niet relevant. Het gaat immers om de verwijten die werkgeefster aan werknemer als dringende redenen heeft geformuleerd. Daartoe behoorde het declareren van privéuitgaven en niet het mogelijk onzorgvuldig declareren.

Ontslaggrond 2: overfactureren uren

Werkgeefster verwijt werknemer dat hij ten onrechte te veel overuren factureerde bij klanten. Werknemer stelt daarentegen dat het factureren van meer uren dan de begroting gebruikelijke praktijk is en een verrekening behelsde tussen begrote en daadwerkelijk gemaakte uren. Een getuige bevestigt dit. Werkgeefster slaagt niet in het verweer. Het hof merkt ten overvloede op dat de klanten duidelijk konden zien hoeveel uren gefactureerd waren, zodat werknemer transparant is geweest over zijn declaratiebasis.

Ontslaggrond 3: het opzeggen van onderhoudscontracten

Werkgeefster verwijt werknemer verder dat klanten onderhoudscontracten hadden opgezegd omdat zij door kunstgrepen zouden zijn misleid. Het hof stelt vast dat een en ander bij werkgeefster gangbaar was binnen de bedrijfscultuur. Hoewel het hof prijst dat werkgeefster daar een einde aan wil maken, rechtvaardigt dat niet het ontslag van werknemer. Bij deze beoordeling neemt het hof de persoonlijke omstandigheden van werknemer mee. Hij was ten tijde van het gegeven ontslag bijna 59 jaar oud en bijna 37 jaar in dienst. Bovendien was hij managing director. Onbetwist heeft hij gesteld dat hij gedurende zijn gehele dienstverband nooit één klacht of waarschuwing van werkgeefster heeft gekregen. Hij kreeg louter positieve beoordelingen en complimenten. Het ontslag heeft voor hem daarbij aanzienlijke financiële gevolgen gehad.

Ontslaggrond 4: het aannemen van cashbetalingen

Werkgeefster verwijt werknemer ten slotte dat hij cashbetalingen zou hebben aangenomen, waarop geen belastingen en sociale premies zijn ingehouden. Ook dit verwijt wordt ontkracht door een getuige.

Samenvatting en vergoedingen

Concluderend: geen van de verwijten zijn in rechte vast komen te staan. De kantonrechter heeft het ontslag op staande voet ten onrechte niet vernietigd. Het hof wijst het verzoek tot betaling van de gefixeerde schadevergoeding en de transitievergoeding daarom toe. Tevens kent het een billijke vergoeding van € 62.259,26 toe, waarbij het rekening houdt met de tijd die werknemer tot aan zijn pensioen had moeten werken en de onwaarschijnlijkheid dat het dienstverband zou voortduren.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 13-09-2018

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2018:3842

Zaaknummer: 200.238.010_01

Rechters: J.M.H. Schoenmakers, H.E. HAE Uniken Venema en A.J. van de Rakt

Advocaten: J. de Wit en B.D. Nollen

Wetsartikelen: 7:677 lid 1 BW en 7:678 lid 1 BW