

Nieuwsbrief AR Updates - Nummer 07, 2018

Nummer 7, 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:2018:63 06-02-2018

Altun c.s./Openbaar Ministerie België

Hoge Raad

Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2018:180 09-02-2018

CSU Personeel BV/werknemers

Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2018:126 02-02-2018

Svb/X

Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2018:127 02-02-2018

Svb/belanghebbende

Hof

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2018:422 08-02-2018

OR De Friesland Zorgverzekeraar/DFZ Tussenholding N.V. c.s.

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2018:476 06-02-2018

werkneemster/werkgever

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2018:468 06-02-2018

The Way of Beauty B.V./werknemer

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2018:491 06-02-2018

werkgever/werknemer

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2018:365 01-02-2018

Ondernemingsraad van de Gemeente Landgraaf/Gemeente Landgraaf

Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2018:120 30-01-2018

werknemer/werkgever

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2018:231 23-01-2018

Amsterdam City Tours c.s./werkneemster

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2018:38 02-01-2018

werknemer/Nederlands Gereformeerde Kerk Hattem

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2017:4959 28-11-2017

werknemer/Fondation Hassan II pour les Marocains Résidant à l'Étranger en
Koninkrijk Marokko

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2016:5227 22-11-2016

werkgever/werknemer

Rechtbank

Rechtbank Zeeland-West-Brabant, ECLI:NL:RBZWB:2018:663 07-02-2018

werknemer/werkgever

Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2018:441 06-02-2018

X./kantonrechter

Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2018:1079 02-02-2018

werkneemster/Golf & businessclub Maastricht B.V.

Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2018:1077 02-02-2018

X/Y

Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2018:848 01-02-2018

werknemer/NiVo Engineering B.V.

Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2018:423 31-01-2018

werknemer/Chubb Fire & Security B.V.

Rechtbank Zeeland-West-Brabant, ECLI:NL:RBZWB:2018:740 31-01-2018

werknemer/Stichting Avans Hogeschool

Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2018:353 31-01-2018

Stichting Insula Dei Huize Kohlmann/werknemer

Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2018:1009 31-01-2018

werknemer/NLW GROEP N.V.

Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2018:850 30-01-2018

de vereniging c.s./OR Belastingdienst/Douane

Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2018:1089 23-01-2018

werknemers/werkgever

Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2018:847 15-01-2018

V.O.F. Henkie's Party Service/werkneemster

Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2015:9883 08-06-2015

Stichting Welzijn Veenendaal/Stichting Vitras/CMD

Uitspraken zonder ECLI

Rechtbank Oost-Brabant 01-02-2018

Tele2 Nederland B.V./werknemer

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Gerechtshof Amsterdam 30-01-2018

X./Y.

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgever

Dat werknemer geen deskundigenadvies ex artikel 7:629a BW heeft overgelegd, staat in de gegeven omstandigheden niet aan toewijzing van loonvordering in de weg.

Feiten

Werknemer is sinds 3 november 2012 voor onbepaalde tijd in loondienst bij werkgeefster X (hierna: X) in de functie van schoonmaker. Op de arbeidsverhouding tussen partijen is de CAO in het schoonmaak- en glazenwassersbedrijf van toepassing. Werknemer heeft van X verlof gekregen om vakantie te nemen van 1 mei 2016 tot en met 10 juni 2016. Op 13 juni 2016 zou werknemer zijn werkzaamheden hervatten, maar dat is niet gebeurd. Als gevolg daarvan heeft werknemer vanaf juni 2016 geen loon meer ontvangen. Werknemer stelt in dit verband dat hij tijdens zijn verlof is afgereisd naar een vakantiebestemming in Guinee. Daar is hij op 25 mei 2016, na een val, bewusteloos geraakt. Vervolgens is werknemer voor het eerst op 7 juni 2016 bij bewustzijn gekomen. In het ziekenhuis is gebleken dat werknemer besmet was geraakt met malaria, zodat hij daarvoor ter plaatse behandeld moest worden. Op 7 juni 2016 heeft zijn vriendin telefonisch contact gehad met X om werknemer ziek te melden. Op 13 september 2016 is werknemer (destijds nog steeds arbeidsongeschikte), nadat hij weer mocht reizen, teruggekomen in België. Op 19 september 2016 heeft werknemer telefonisch contact gehad met X. Tijdens dit gesprek heeft werknemer aangegeven arbeidsongeschikt te zijn, maar X weigerde zijn ziekmelding te accepteren. Werknemer is sinds 1 mei 2017, naar eigen zeggen, weer arbeidsgeschikt en vordert thans betaling van achterstallig loon.

Oordeel

De kantonrechter stelt het volgende voorop. Werknemer vordert loon vanaf juni 2016. Bij de beoordeling van de vordering moeten verschillende perioden worden onderscheiden, te weten: (1) de periode dat werknemer wegens vakantie geoorloofd afwezig was tot 13 juni 2016; (2) de periode van 13 juni 2016 tot 1 mei 2017, waarin werknemer stelt arbeidsongeschikt te zijn geweest en (3) de periode vanaf 1 mei 2017, waarin werknemer naar eigen zeggen weer arbeidsgeschikt is.

De periode van 1 tot en met 12 juni 2016

De kantonrechter oordeelt dat werknemer recht heeft op doorbetaling van loon over de periode van 1 tot en met 12 juni 2016. Hierbij is van belang dat werknemer in deze periode vakantieverlof had en derhalve geoorloofd afwezig was. Of hij in deze periode ziek was of niet, doet voor zijn recht op loon niet ter zake.

*De periode van 13 juni 2016 tot 1 mei 2017**Ontbreken van deskundigenverklaring*

Werknemer stelt dat hij gedurende de periode van 13 juni 2016 tot 1 mei 2017 ziek is geweest en niet in staat was de bedongen arbeid te verrichten, zodat zijn loonvordering op dit punt is gebaseerd op artikel 7:629 BW. Hoewel werknemer heeft nagelaten in dit verband een deskundigenverklaring over te leggen, is de kantonrechter evenwel van oordeel dat zulks in de gegeven omstandigheden niet van werknemer kan worden gevergd. Hierbij is van belang dat X meerdere malen door de gemachtigde van werknemer is gesommeerd tot doorbetaling van loon, terwijl zij de vordering telkens van de hand wees met de mededeling dat zij de zaak in behandeling had gegeven bij haar rechtsbijstandverzekeraar. Ook heeft X niet gereageerd op de brief van werknemer waarin expliciet werd gevraagd om een oordeel van de arbo-arts en heeft zij zelf ook verzuimd werknemer – nadat hij uit Guinee was teruggekeerd – te laten oproepen door een arbo-arts om zijn arbeidsongeschiktheid te beoordelen.

Loonvordering

De kantonrechter is van oordeel dat de loonvordering voor de periode van 13 juni 2016 tot 19 september 2016 niet kan worden toegewezen, omdat werknemer in deze periode niet heeft voldaan aan de voor ziekteverzuim geldende controlevoorschriften. In de arbeidsovereenkomst is namelijk bepaald dat ziekmelding in beginsel door werknemer zelf moet geschieden, tenzij hij daartoe niet in staat is. In het onderhavige geval staat echter vast dat werknemer pas voor het eerst op 19 september 2016 telefonisch contact heeft gehad met X, terwijl hij naar eigen zeggen op 7 juni 2016 bij bewustzijn is gekomen en in dit verband niet heeft gesteld dat hij vanaf dat moment niet in staat was zelf te bellen. Daarnaast bepaalt de arbeidsovereenkomst dat bij arbeidsongeschiktheid in het buitenland ziekmelding kan plaatsvinden door middel van een telegram of telefaxbericht, indien persoonlijke ziekmelding niet mogelijk is. Ook dat heeft werknemer nagelaten. Het hiervoor genoemde oordeel geldt echter niet voor de periode van 16 september 2016 tot 1 mei 2017. Vanaf 1 september 2016 was werknemer namelijk weer in België en heeft hij telefonisch contact opgenomen met X. Tijdens dit telefoongesprek heeft werknemer aangegeven arbeidsongeschiktheid te zijn. Het had op de weg van X gelegen zijn ziekmelding door te geven aan de arbodienst, zodat een controle- en

begeleidingstraject kon worden opgestart. Nu zij zulks heeft nagelaten, kan de betwisting van de door werknemer gestelde arbeidsongeschiktheid haar niet baten. Dit oordeel wordt eveneens gerechtvaardigd door artikel 31 lid 8 van de CAO, waarin is bepaald dat een werkgever die niet overtuigd is van de arbeidsongeschiktheid van een werknemer en daarom voornemens is het loon te stoppen, eerst advies moet inwinnen bij een deskundige.

De periode vanaf mei 2017

Vast staat dat werknemer sinds 1 mei 2017 weer arbeidsgeschikt is. Dat hij feitelijk niet heeft gewerkt, is volgens werknemer te wijten aan X die niet heeft gereageerd op de brieven van zijn gemachtigde. X verweert zich met de stelling dat werknemer zich niet daadwerkelijk per 1 mei 2017 hersteld heeft gemeld, zodat X ook niet wist dat hij weer arbeidsgeschikt was. Dit verweer treft naar het oordeel van de kantonrechter doel: ook al reageerde X niet op de verzoeken van de gemachtigde van X om het loon tijdens ziekte door te betalen, dan nog had werknemer zich per 1 mei 2017 (daadwerkelijk) hersteld moeten melden. Door zulks na te laten, dient de omstandigheid dat werknemer vanaf 1 mei 2017 niet heeft gewerkt voor zijn eigen risico te komen. De loonvordering voor deze periode wordt derhalve afgewezen.

Instantie: Rechtbank Zeeland-West-Brabant

Datum uitspraak: 07-02-2018

ECLI: ECLI:NL:RBZWB:2018:663

Zaaknummer: 6093804 CV EXPL 17-4011

Rechters: P.J.M. Rouwen

Advocaten: T.F.J. Scheepers en J.J. den Aarts-van Broek

Wetsartikelen: 7:627 BW, 7:629 BW en 7:629a BW

RECHTSPRAAK

X/Y

***Praktijkleerovereenkomst is geëindigd op 15 oktober 2017 en direct daarop aansluitend is een arbeidsovereenkomst ontstaan.
Geloofwaardigheid werkneemster in twijfel getrokken wegens schending waarheidsplicht ex artikel 21 Rv.***

Feiten

X is op 6 september 2015 gestart met de opleiding 'Natuur en groene ruimte' aan het Citaverde College (hierna: Citaverde) te Heerlen. Het betreft een mbo-opleiding niveau 4. De opleiding bestaat uit een dag theorie en vier dagen beroepspraktijkvorming. Het onderdeel beroepspraktijkvorming heeft X ingevuld door werkzaamheden als hovenier te verrichten bij Y. Daartoe is een 'praktijkovereenkomst' opgesteld met een looptijd van 1 augustus 2015 tot 31 augustus 2017. Nadat X op 3 juli 2017 haar diploma heeft behaald, is zij na 3 juli 2017 en ook na 31 augustus 2017 bij Y blijven werken. Met ingang van 1 november 2013 is Y ontbonden. Op 10 oktober 2017 heeft X aan Y gevraagd waarom zij niet langer te werk wordt gesteld. Y heeft in reactie hierop aangegeven dat er geen leerovereenkomst tussen partijen bestaat. X vordert thans loondoorbetaling over twee perioden. Aan de vordering legt zij ten grondslag dat de praktijkleerovereenkomst per 3 juli 2017 is geëindigd en dat direct daarop aansluitend een arbeidsovereenkomst is ontstaan, omdat zij na 3 juli 2017 voor Y is blijven werken.

Oordeel

Eerste en tweede praktijkleerovereenkomst

De stelling van X dat de praktijkleerovereenkomst per 3 juli 2017 is geëindigd en dat direct daarop aansluitend een arbeidsovereenkomst is ontstaan, wordt door de kantonrechter verworpen. Hierbij wordt van belang geacht dat de praktijkleerovereenkomst met ingangsdatum 1 augustus 2015 de einddatum 31 augustus 2017 vermeldt. Daarnaast vermeldt deze overeenkomst niet dat deze eindigt door het behalen van een diploma. Voor zover X tussen 3 juli en 31 augustus 2017 voor Y heeft gewerkt, heeft zij dit dus onder de werking van de praktijkleerovereenkomst gedaan. X voert voorts aan dat zij na het behalen van haar

diploma en na het eindigen van haar opleiding voor Y is blijven werken en wel in een nieuwe functie als uitvoerder. In dit verband stelt X ook dat zij per 1 augustus 2017 niet aan een nieuwe opleiding is begonnen en dat aldus sprake is van een arbeidsovereenkomst met Y. De voornoemde stelling is echter door Y gemotiveerd betwist, zodat op zitting is komen vast te staan dat X per 1 augustus 2017 is begonnen aan een vervolgopleiding, waarvoor zij ook het onderdeel beroepspraktijkvorming dient in te vullen. De kantonrechter neemt dan ook aan dat zij dit onderdeel heeft ingevuld met haar werkzaamheden voor Y, welke eveneens op basis van een praktijkleerovereenkomst zijn verricht.

Einddatum tweede praktijkleerovereenkomst; arbeidsovereenkomst

Y heeft op zitting gesteld dat in overleg met Citaverde en X was afgesproken dat de nieuwe praktijkleerovereenkomst slechts zou lopen tot 15 oktober 2017, omdat Y voor de vervolgopleiding geen geschikte praktijkplek kon bieden. Om te voorkomen dat X de opleiding niet kon volgen is haar om die reden tijdelijk werk bij Y aangeboden. X heeft de juistheid van dit betoog betwist, maar de kantonrechter bezieet deze betwisting met argwaan, aangezien X het eerder niet erg nauw nam met de verplichting om de kantonrechter juist en volledig te informeren. Die argwaan wordt versterkt door een brief van Citaverde, waaruit blijkt dat partijen inderdaad hebben afgesproken dat de praktijkleerovereenkomst op 15 oktober 2017 zou eindigen. Omdat Y dit niet heeft betwist, staat vast dat X recht heeft op loon over de periode 1 september 2017 tot en met 15 oktober 2017.

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 02-02-2018

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2018:1077

Zaaknummer:

Rechters: E.P. van Unen

Advocaten: S.J.W.M. Vonken en Y.J.M.L. Dijk

Wetsartikelen: 7:610 BW en 21 Rv

RECHTSPRAAK

Tele2 Nederland B.V./werknemer

***<p>Ex-werknemer Tele2 schadeplichtig wegens
&lsquo;weggeven’ van telefoons (art. 7:661 BW).
Gevorderde interne onderzoekskosten toegekend, terwijl deze
(aanzienlijk) hoger zijn dan het schadebedrag van de
telefoons.</p>***

Feiten

Werknemer is op 1 april 2016 in dienst getreden van Tele2 Nederland B.V. (hierna: Tele2) in de functie van verkoopmedewerker. Op 3 oktober 2017 is tijdens een voorraadcontrole in een Tele2-filiaal, waar werknemer werkzaam is, gebleken dat er een iPhone 7 werd vermist. Naar aanleiding van deze constatering heeft de Security & Fraude-afdeling een onderzoek ingesteld en in dit kader beelden bekeken van enkele transacties in het Tele2-filiaal. Uit dit onderzoek is gebleken dat werknemer op 24, 25 en 30 september 2016 (in totaal vijf) iPhones aan verschillende klanten heeft meegegeven, zonder dat zij hiervoor hebben betaald dan wel een contract hebben gesloten. Tijdens een gesprek op 19 oktober 2016 heeft werknemer geen (logische) verklaring voor de hiervoor genoemde onregelmatigheden gegeven. Tele2 vordert thans onder meer betaling van schade ter hoogte van de waarden van de telefoons (ad € 3.368,93) en een veroordeling tot betaling van de volledige (interne) onderzoekskosten (ad € 5.375).

Oordeel

Werknemer verweert zich met de stelling dat hij de vijf iPhones niet aan de klanten heeft meegegeven zonder dat zij daarvoor hebben betaald en dat het registratiesysteem van Tele2 niet goed werkt, waardoor de contracten niet in het systeem zijn opgeslagen. De kantonrechter acht dit verweer ongeloofwaardig. Hierbij is van belang dat Tele2 in voldoende mate heeft aangetoond dat uit het registratiesysteem blijkt dat de klanten geen contract hebben gesloten voor de telefoons en dat de privé-SIM-kaart van werknemer, na werktijd en voor langere tijd, in twee vermiste iPhones is gedaan. Daarnaast komt ook betekenis toe aan de omstandigheid

dat werknemer in een tijdsbestek van vier minuten twee iPhones heeft meegegeven aan klanten, terwijl een verkoopproces in de winkel minimaal vijftien minuten duurt. Verder oordeelt de kantonrechter dat werknemer dubbelzinnige verklaringen heeft afgelegd. Zo stelt hij het ene moment dat hij een bepaalde klant kent en het andere moment dat hij hem nog nooit heeft gezien en dat een van de klanten slechts een iPhone kwam ruilen, terwijl op de camerabeelden te zien is dat er twee iPhones in de tas van de klant verdwijnen, terwijl diezelfde klant geen iPhones teruggeeft c.q. inruilt. De kantonrechter is dan ook van oordeel dat werknemer de telefoons bewust heeft meegegeven aan klanten die daarvoor niet hebben betaald, waardoor Tele2 schade heeft geleden.

Schadevergoeding en schadebeperkingsplicht

Werknemer verweert zich met de stelling dat Tele2 haar schade had kunnen beperken door de eigendom van de telefoons terug te vorderen of de abonnementen alsnog in orde te maken. De kantonrechter volgt werknemer hierin niet, aangezien vast is komen te staan dat Tele2 over te weinig gegevens van de betreffende personen beschikt om zulks te realiseren. De kantonrechter gaat derhalve uit van het totale schadebedrag zoals dat door Tele2 is gevorderd. Op dit bedrag wordt het loon dat Tele2 reeds heeft ingehouden in mindering gebracht. De kantonrechter concludeert dat werknemer – op grond van artikel 7:661 BW – aansprakelijk is voor de door Tele2 geleden schade, welke wordt vastgesteld op een bedrag van € 2.973,23.

Gevorderde interne onderzoekskosten

De kantonrechter oordeelt voorts dat de gevorderde interne onderzoekskosten (ad € 5.375) eveneens wordt toegewezen. Hierbij is van belang dat Tele2 de kosten heeft gespecificeerd en uitvoerig gemotiveerd heeft toelicht waarom het onderzoek (en de daaraan bestede uren) noodzakelijk was. De enkele betwisting van deze kosten door werknemer is daartegenover niet voldoende. Dat de kosten hoger uitvallen ten opzichte van de door Tele2 geleden schade doet aan dit oordeel niet af, nu Tele2 voldoende heeft aangetoond dat zij deze kosten noodzakelijkerwijs heeft moeten maken. In dit verband komt ook betekenis toe aan de omstandigheid dat werknemer de stellingen van Tele2 tot op heden is blijven ontkennen.

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 01-02-2018

Zaaknummer: 6165230

RECHTSPRAAK

V.O.F. Henkie's Party Service/werkneemster

Ontbindingsverzoek niet-ontvankelijk verklaard wegens overschrijding vervaltermijn. Inhoudelijke beoordeling van het verzoek zou wegens overgang van onderneming en opzegverbod afwijzing met zich brengen.

Feiten

Werkneemster is in december 2015 in dienst getreden bij V.O.F. Henkie's Party Service (hierna: HPS) in de functie van cafetariamedewerker. Werkneemster is werkzaam in een van de ondernemingen van HPS, te weten: De Frietboetiek te Krommenie. Op 22 augustus 2016 is werkneemster ziek geworden en sindsdien is zij volledig arbeidsongeschikt. Op 25 april 2015 heeft HPS De Frietboetiek verkocht aan V.O.F. Ye & Hu, welke op 15 mei 2017 is geleverd en overgedragen. Op 3 juli 2017 heeft het UWV het verzoek van HPS tot toestemming voor het ontslag van werkneemster niet-ontvankelijk verklaard. In dit verband oordeelde het UWV dat sprake is van een overgang van onderneming, zodat V.O.F. Ye & Hu de werkgever van werkneemster is geworden. HPS verzoekt de kantonrechter thans alsnog de arbeidsovereenkomst met werkneemster te ontbinden.

Oordeel

De kantonrechter oordeelt als volgt. Het verzoek van HPS is een verzoek om ontbinding wegens het vervallen van de arbeidsplaats van werkneemster en wegens bedrijfseconomische omstandigheden. Een dergelijk verzoek moet echter bij het UWV worden ingediend. Indien het UWV een dergelijk verzoek afwijst, kan een werkgever de kantonrechter verzoeken de arbeidsovereenkomst te ontbinden. Het laatstgenoemde verzoek dient evenwel binnen twee maanden na eerdere afwijzing door het UWV te worden ingediend. In het onderhavige geval staat vast dat het UWV het verzoek van HPS op 3 juli 2017 niet-ontvankelijk heeft verklaard, terwijl het onderhavige verzoek op 29 november 2017 is ontvangen. Het verzoek van HPS is derhalve niet-ontvankelijk. De kantonrechter merkt ten overvloede op dat het verzoek ook bij inhoudelijke beoordeling zou worden afgewezen, nu sprake is van een overgang van onderneming (en er dus geen arbeidsovereenkomst tussen HPS en werkneemster meer

bestaat) en een opzegverbod wegens ziekte.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 15-01-2018

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2018:847

Zaaknummer: 6531950 AO VERZ 17-74

Rechters: P.J. Jansen

Advocaten: A. Bolderdijk

Wetsartikelen: 7:671a lid 1 BW, 7:671b lid 1 BW en 7:686a lid 4 BW

RECHTSPRAAK

Stichting Welzijn Veenendaal/Stichting Vitras/CMD

Verkrijger van aanbestedingsopdracht schendt verplichting tot overname van personeel uit de CAO Welzijn en Maatschappelijke dienstverlening en handelt daardoor onrechtmatig jegens oude opdrachtnemer.

Feiten

Stichting Welzijn Veenendaal (hierna: Welzijn) heeft tot en met 31 december 2013 in opdracht van de gemeente Veenendaal (hierna: de Gemeente) sociaal-cultureel maatschappelijk werk verricht in Veenendaal en omstreken. Zij ontving hiervoor jaarlijks een subsidie van de Gemeente. In 2011 heeft de Gemeente besloten het voornoemde welzijnswerk voor het jaar 2014 te gaan aanbesteden. Zowel Welzijn en Maatschappelijke dienstverlening (hierna: CAO Welzijn) als Stichting Vitras/CMD (hierna: Vitras) heeft zich op de aanbesteding ingeschreven. De Gemeente heeft vervolgens ertoe besloten de aanbesteding aan Vitras te gunnen. Als gevolg hiervan verloor Welzijn met ingang van 1 januari 2014 circa 75 procent van haar omzet en is een groot aantal medewerkers boventallig geworden en ontslagen. Zowel Vitras als Welzijn is gebonden aan de CAO Welzijn, waarin onder meer het volgende is bepaald: 'De werknemer die met dreigend ontslag wordt geconfronteerd wegens een vermindering of beëindiging van de werkzaamheden als gevolg van het niet langer door de werkgever uitvoeren van een eerder door de overheid gegunde opdracht, doordat deze opdracht na een procedure van aanbesteding aan een andere opdrachtnemer is gegund, heeft bij gebleken geschiktheid recht op een dienstverband bij de andere, nieuwe opdrachtnemer' (art. 11.4 CAO Welzijn). In oktober 2013 heeft Vitras geweigerd een gesprek over de personele gevolgen van de aanbesteding te voeren. In november 2013 heeft Welzijn in kort geding gevorderd Vitras te veroordelen tot het aanbieden van een arbeidsovereenkomst aan de boventallige werknemers. De voorzieningenrechter heeft de vordering afgewezen. Tegen deze beslissing is spoedappèl aangetekend. Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden heeft het vonnis, zij het op andere gronden, bekrachtigd. Welzijn vordert thans een verklaring voor recht dat Vitras in strijd heeft gehandeld met artikel 11.4, waardoor zij onrechtmatig jegens Welzijn heeft gehandeld.

Oordeel

De kantonrechter stelt voorop dat voor de toepassing van artikel 11.4 CAO Welzijn sprake dient te zijn van een situatie waarbij Welzijn ‘een eerder door de overheid gegunde opdracht’ niet langer uitvoert, doordat ‘deze opdracht’ aan Vitras is gegund. De kantonrechter oordeelt – onder verwijzing naar het arrest van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (zie AR 2014-0559) – dat de woorden ‘deze opdracht’ ruim dienen te worden uitgelegd. Welzijn stelt in dit verband dat de aanbesteding feitelijk niet heeft geleid tot ander werk, maar (slechts) tot een verandering van de organisatie van het werk, zodat sprake is van een gelijksoortige opdracht. Vitras verweert zich daarentegen met de stelling dat sprake is van een geheel nieuwe manier van werken, waarbij slechts aspecten van de werkzaamheden die door Welzijn werden verricht zijn opgenomen in het nieuwe model.

Gelijksoortige of geheel nieuwe opdracht?

Naar het oordeel van de kantonrechter is voldoende komen vast te staan dat de aan Vitras gegunde aanbestedingsopdracht gelijksoortig dan wel substantieel dezelfde is als de opdracht die voorheen door Welzijn is verricht. Hierbij is van belang dat beide partijen zich richten op het bevorderen van samenleven in wijk en buurt, de ondersteuning van vrijwilligers en mantelzorg en het bevorderen van zelfredzaamheid van kwetsbare burgers en ouderen. Het verschil tussen de werkzaamheden van partijen is dat Vitras een uitgebreider takenpakket heeft gekregen. Zij is naast het hiervoor genoemde ook verantwoordelijk voor onder meer (1) het bevorderen van de eigen verantwoordelijkheid van wijkbewoners en de inzet van vrijwilligers, (2) de activering en ondersteuning van bewonersinitiatieven en (3) het zorgdragen voor een basispakket per wijk. De kantonrechter is evenwel van oordeel dat het enkele feit dat het niet gaat om ‘exact gelijke of gelijk georganiseerde werkzaamheden’, niet aan het voornoemde oordeel in de weg staat. Dit leidt ertoe dat artikel 11.4 CAO Welzijn op de onderhavige situatie van toepassing is.

Benodigde en geschikt gebleken werknemers

Artikel 11.4 CAO Welzijn bepaalt voorts dat de nieuwe opdrachtnemer de voor het uitvoeren van de opdracht benodigde en geschikt gebleken werknemers dient over te nemen van de vorige opdrachtnemer. Welzijn stelt dat hiermee wordt bedoeld op de totale hoeveelheid werknemers die nodig is om de verkregen opdracht uit te voeren, terwijl Vitras betoogt dat hiermee slechts wordt bedoeld op werknemers die de nieuwe opdrachtgever gelet op zijn reeds bestaande personeelsbestand voor het vervullen van de opdracht nodig heeft. De kantonrechter acht de door Vitras voorgestane uitleg niet in redelijkheid verdedigbaar, omdat deze uitleg onverenigbaar is met de in het CAO-akkoord opgenomen bepaling dat bij verlies

van opdrachten werknemers hun werk volgen bij gebleken geschiktheid. De uitleg van Vitras leidt ertoe dat het personeelsbestand van de verkrijger bepalend is voor de vraag of werknemers daadwerkelijk hun werk kunnen volgen, waardoor de CAO-bepaling een loze garantie wordt.

Onrechtmatig handelen

De kantonrechter concludeert dat Vitras na verkrijging van de aanbestedingsopdracht – op grond van artikel 11.4 CAO Welzijn – gehouden was de werknemers van Welzijn, die nodig waren voor het uitvoeren van de overgenomen werkzaamheden, met ingang van 1 januari 2014 een dienstverband aan te bieden. De kantonrechter is dan ook van oordeel dat Vitras door de niet juiste naleving van de CAO toerekenbaar onrechtmatig heeft gehandeld jegens Welzijn, nu Vitras slechts aan tien werknemers van Welzijn – nadat zij daartoe hadden gesolliciteerd – een arbeidsovereenkomst heeft aangeboden.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 08-06-2015

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2015:9883

Zaaknummer: 3337508 UC EXPL 14-13058 JH/1050

Rechters: J. Sap

Advocaten: H.C.W. Geffroy en B.E.H. Zwezerijnen

Wetsartikelen: 11.4 CAO Welzijn en Maatschappelijke dienstverlening

RECHTSPRAAK

CSU Personeel BV/werknemers

Uitleg artikel 38 CAO Schoonmaak- en Glazenwassersbedrijf: contractswisseling via curator valt niet onder 'heraanbesteding'.

Feiten

Werknemers zijn tussen 1989 en begin 2010 in dienst getreden van (de rechtsvoorgangster van) het schoonmaakbedrijf Albatros B.V. (hierna: Albatros). Vanaf de aanvang van hun arbeidsovereenkomsten waren zij werkzaam bij het Crowne Plaza Hotel te Amsterdam (hierna: Crowne Plaza). Albatros is op 3 december 2012 in staat van faillissement verklaard. Op 6 december 2012 heeft de curator de arbeidsovereenkomsten met de medewerkers van Albatros opgezegd. Op 13 december 2012 heeft CSU Cleaning Services B.V. (hierna: CSU CS) met de curator in het faillissement van Albatros een overeenkomst gesloten waarbij CSU CS de door haar geselecteerde activa uit het faillissement van Albatros heeft gekocht. CSU CS en CSU zijn onderdeel van de CSU-groep die onder meer schoonmaakdiensten levert. Op 14 december 2012 heeft CSU een presentatie gehouden voor eventueel over te nemen medewerkers van Albatros. Daarbij heeft CSU uitdrukkelijk medegedeeld dat bij indiensttreding van de werknemers bij CSU de weekendtoeslag van artikel 18 CAO zou komen te vervallen. Artikel 18 CAO bevat een toeslagenregeling. Werknemers zijn met terugwerkende kracht tot 3 december 2012 in dienst getreden van CSU. Zij hebben hun werkzaamheden bij Crowne Plaza ongewijzigd voortgezet. Naar het oordeel van het hof was de situatie waarin CSU bij gelegenheid van het faillissement van Albatros de activa waaronder het contract met Crowne Plaza uit de boedel heeft verworven op één lijn te stellen met contractsovername als bedoeld in artikel 38 van de CAO. Artikel 38 lid 1 van de CAO bepaalt immers dat er sprake is van een contractswisseling 'als een werkgever een object verwerft door heraanbesteding, waaronder ook wordt verstaan een aanbesteding als gevolg van opzegging van het contract door het schoonmaak/glazenwassersbedrijf'. Om die reden zou CSU de toeslagen aan werknemers verschuldigd blijven.

Oordeel

De Hoge Raad oordeelt als volgt.

Uitleg artikel 38 CAO: contractswisseling via curator valt niet onder 'heraanbesteding'

Artikel 38 lid 1 CAO bepaalt dat sprake is van contractswisseling 'als een werkgever een object verwerft door een heraanbesteding. Onder heraanbesteding wordt ook verstaan een aanbesteding als gevolg van opzegging van het contract door het schoonmaak/glazenwassersbedrijf'. Lid 3 houdt onder meer in dat de werkgever die door contractswisseling een object verwerft, bij het aanbieden van een arbeidsovereenkomst aan werknemers die op het moment van de wisseling op het object werkzaam zijn, het voor de betrokken werknemers geldende cao-loon, alsmede andere opgebouwde rechten voor zover gebaseerd op de cao, dient te honoreren. De toeslagregeling van artikel 18 CAO betreft zo'n opgebouwd recht. Uit de tekst van artikel 38 CAO blijkt dat deze bepaling van toepassing is in geval van een heraanbesteding. In het begrip 'heraanbesteding' ligt besloten dat daarvan slechts sprake is indien deze plaatsvindt door dezelfde opdrachtgever als degene die het project waarom het gaat, eerder aanbesteedde. (Vgl. met betrekking tot de voorloper van art. 38 CAO: HR 8 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA3039, NJ 2007, 324, r.o. 3.5.2.) In het onderhavige geval heeft de biedingsprocedure naar de vaststelling van het hof in r.o. 3.6.2 echter plaatsgevonden op initiatief van de curator. De enkele omstandigheid dat dit volgens het hof is geschied 'met kennelijke instemming van Crowne Plaza' die daaraan 'geen verdere voorwaarden heeft verbonden', is onvoldoende om te kunnen spreken van een heraanbesteding (door Crowne Plaza) in de zin van artikel 38 CAO. De tekst van artikel 38 CAO, de strekking daarvan en de voor partijen kenbare toelichting daarbij bieden geen steun voor het andersluidende oordeel van het hof.

Aan de omstandigheid dat artikel 38 CAO ertoe strekt de betrokken werknemers te beschermen tegen de gevolgen van een heraanbesteding voor hun werkgelegenheid en arbeidsvoorwaarden (vgl. HR 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3634, r.o. 3.4.3) kan niet de gevolgtrekking worden verbonden dat een biedingsprocedure zoals deze volgens de vaststelling van het hof heeft plaatsgevonden, onder het toepassingsbereik van artikel 38 CAO valt, zonder dat daarvoor in de tekst van of toelichting bij artikel 38 CAO steun is te vinden.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 09-02-2018

ECLI: ECLI:NL:HR:2018:180

Zaaknummer: 16/06003

Rechters: C.A. Streefkerk, G. Snijders, M.J. Kroeze, C.E. Du Perron en C.H. Sieburgh

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

Wetsartikelen: 38 CAO Schoonmaak- en Glazenwassersbedrijf

RECHTSPRAAK

**OR De Friesland Zorgverzekeraar/DFZ Tussenholding N.V.
c.s.**

De ondernemer kon in redelijkheid komen tot het bestreden (fusie)besluit. De omstandigheid dat advies is gevraagd nadat reeds een keuze was gemaakt uit alternatieven impliceert niet dat het advies niet op een zodanig tijdstip is gevraagd dat het van wezenlijke invloed kon zijn op het te nemen besluit.

Feiten

Per 31 december 2011 zijn Coöperatie De Friesland U.A. en Vereniging Achmea gefuseerd als gevolg waarvan de onderneming van Coöperatie De Friesland U.A. onderdeel werd van de Achmea Groep. Bij de fusie is FBTO Zorg onderdeel geworden van de divisie De Friesland. De ondernemingsraad is een gemeenschappelijke ondernemingsraad ingesteld voor De Friesland (inclusief FBTO Zorg). De ondernemingsraad is vertegenwoordigd in de COR van de Achmea Groep (COR Achmea). De Friesland en Achmea hebben op 16 januari 2017 een overeenkomst gesloten inhoudende dat vanaf 1 januari 2017 een 'Voortgezette Periode van relatieve autonomie' zal gelden waarin onder meer is bepaald dat De Friesland een separate divisie binnen de Achmea Groep zal blijven. Op 28 april 2017 heeft De Friesland aan DNB gemeld dat de Solvency II-ratio van FBTO Zorg tot onder 100 procent is gedaald. Met het oog hierop heeft Achmea besloten FBTO Zorg per 31 december 2017 onder te brengen bij de divisie Zilveren Kruis. Een fusie tussen de divisie De Friesland en de divisie Zilveren Kruis heeft de voorkeur. Op 16 oktober 2017 heeft Achmea de COR Achmea advies gevraagd over het voornemen tot onderbrenging van De Friesland inclusief FBTO Zorg bij Zilveren Kruis. Een dag later heeft De Friesland een vrijwel gelijkkluidende adviesaanvraag voorgelegd aan de ondernemingsraad. De ondernemingsraad heeft op 20 november 2017 definitief advies uitgebracht. Het advies strekt ertoe FBTO Zorg onder te brengen bij Zilveren Kruis en vooralsnog geen besluit te nemen over de fusie van De Friesland met Zilveren Kruis en alles in het werk te stellen om De Friesland te behouden als zelfstandige onderneming en zorgverzekeraar. De Friesland heeft de ondernemingsraad bij brief van 26 november 2017 medegedeeld in het advies geen reden te

zien af te wijken van de voorgenomen besluitvorming en dat is besloten om uiterlijk per 31 december 2017 door middel van een fusie De Friesland en FBTO Zorg bij Zilveren Kruis onder aansturing te brengen. De juridische fusie is conform het genomen besluit vóór 1 januari 2018 gerealiseerd. De organisatorische samenvoeging van De Friesland en Zilveren Kruis is opgeschort in afwachting van de uitspraak van de Ondernemingskamer. Volgens de ondernemingsraad hebben De Friesland en Achmea bij afweging van alle belangen in redelijkheid niet tot het fusiebesluit van 26 november 2017 kunnen komen. De ondernemingsraad heeft voorts aangevoerd dat het aangaan van de overeenkomst van 16 januari 2017 een adviesplichtig besluit is tot wijziging van de relatieve autonomie van De Friesland en dat daarover ten onrechte geen advies is gevraagd. Ten slotte heeft de ondernemingsraad aangevoerd dat het fusiebesluit van 26 november 2017 tevens omvat een besluit tot beëindiging van de relatieve autonomie van De Friesland, zonder dat daarvoor een goede grond bestaat.

Oordeel

Het besluit tot aangaan van de overeenkomst van 16 januari 2017

Nu geen advies is gevraagd voorafgaand aan het besluit van De Friesland tot het aangaan van de overeenkomst van 16 januari 2017, ving de beroepstermijn aan op het moment waarop de ondernemingsraad de reikwijdte van het besluit heeft onderkend of redelijkerwijs kon onderkennen. Uit de geschetste omstandigheden volgt dat de ondernemingsraad vóór 19 november 2017 bekend was met de inhoud en strekking van de overeenkomst van 16 januari 2017. Voor zover het beroep van de ondernemingsraad is gericht tegen het besluit tot aangaan van de overeenkomst van 16 januari 2017 is het beroep dus niet-ontvankelijk omdat het niet tijdig is ingesteld.

Het fusiebesluit van 26 november 2017

De ondernemingsraad heeft er bezwaar tegen dat FBTO Zorg niet afzonderlijk wordt verhangen, maar in plaats daarvan De Friesland als geheel (inclusief FBTO Zorg) wordt ondergebracht bij Zilveren Kruis. De Ondernemingskamer zal de bezwaren van de ondernemingsraad tegen het fusiebesluit hieronder bespreken aan de hand van een aantal deelonderwerpen.

Bespreking deelonderwerpen (slechts gedeeltelijk)

De zeggenschap die De Friesland vanaf 2011 had met betrekking tot het beleid en de gang van zaken van FBTO Zorg (besturen vormen een personele unie), betekent dat De Friesland zich niet kan onttrekken aan haar verantwoordelijkheid voor de oplossing van het

solvabiliteitsprobleem van FBTO Zorg. Het standpunt van de ondernemingsraad dat het besluit onvoldoende rekening houdt met de omstandigheid dat de oorzaak van het solvabiliteitsprobleem van FBTO Zorg aan Achmea (en niet aan De Friesland) te wijten zou zijn, miskent die verantwoordelijkheid van De Friesland voor FBTO Zorg. De ondernemingsraad verwijt De Friesland en Achmea voorts dat zij de ondernemingsraad hebben voorgehouden dat de fusie een door DNB opgelegde verplichting was, terwijl dat niet zo is. De Ondernemingskamer oordeelt dat dit niet aangenomen kan worden. Uit hetgeen wordt besproken volgt juist dat het voor de ondernemingsraad steeds voldoende duidelijk moet zijn geweest dat DNB dit niet heeft voorgeschreven. De ondernemingsraad heeft voorts aangevoerd dat ten onrechte is nagelaten om de risico's verbonden aan een verhangings van FBTO Zorg op basis van een waarde nihil of tegen boekwaarde nader te onderzoeken. De Ondernemingskamer oordeelt dat deze alternatieven zijn verworpen op grond van argumenten die bij gebreke van nader onderzoek niet overtuigen. Zo had het op de weg van Achmea en De Friesland gelegen om in overleg te treden met *rating agencies* om meer duidelijkheid te krijgen over de consequenties. Ook had het voor de hand gelegen dat Achmea en De Friesland extern advies zouden hebben ingewonnen over de fiscale consequenties van een overdracht tegen boekwaarde. Het bovenstaande leidt evenwel niet tot het oordeel dat De Friesland en Achmea om deze reden niet in redelijkheid tot het fusiebesluit hadden kunnen komen. De Ondernemingskamer overweegt over de beëindiging van de relatieve autonomie van De Friesland als volgt. In de adviesaanvraag heeft De Friesland het belang van het Friese karakter van De Friesland onderstreept. De Ondernemingskamer neemt voorts in aanmerking dat, zoals De Friesland en Achmea hebben benadrukt, het besluit van 26 november 2017 strekt tot het tot stand brengen van een juridische fusie en tot de organisatorische samenvoeging van de organisaties van De Friesland en Zilveren Kruis door een centrale aansturing op directie- en managersniveau en dat het besluit geen betrekking heeft op (verdere) integratie van De Friesland en Zilveren Kruis. In het licht van het bovenstaande kan niet gezegd worden dat De Friesland en Achmea het belang van het behoud van de eigenheid van De Friesland zozeer hebben miskend dat zij daarom niet in redelijkheid tot de fusie tussen De Friesland en Achmea hebben kunnen besluiten. De omstandigheid dat advies is gevraagd nadat De Friesland en Achmea in de vorm van een voorgenomen besluit een keuze hadden gemaakt uit de alternatieven impliceert niet dat het advies niet op een zodanig tijdstip is gevraagd dat het van wezenlijke invloed kon zijn op het te nemen besluit.

Slotsom

Het bovenstaande leidt tot de conclusie dat de bezwaren van de ondernemingsraad tegen de wijze van totstandkoming, de inhoud en de gevolgen van het fusiebesluit van onvoldoende gewicht zijn om te oordelen dat De Friesland en Achmea niet in redelijkheid tot dit besluit

hadden kunnen komen. Het verzoek van de ondernemingsraad ten aanzien van het fusiebesluit en het besluit tot beëindiging van de relatieve autonomie van De Friesland zal daarom worden afgewezen.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 08-02-2018

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2018:422

Zaaknummer: 200.229.697/01 OK

Rechters: G.C. Makkink, J. den Boer en A.J. Wolfs

Advocaten: P.L.J. Bosch, B. Kloppert en D. van Gerven

Wetsartikelen: 25 WOR en 26 WOR

RECHTSPRAAK

X./kantonrechter

Wrakingsverzoek. De (subjectieve) bezwaren van verzoeker – onder meer dat de rechter hem niet heeft aangekeken, geen vragen heeft gesteld en hem geen gelegenheid heeft gegeven om te spreken – kunnen objectief bezien niet tot de constatering leiden dat het de kantonrechter aan onpartijdigheid heeft ontbroken.

Feiten

Het verzoek tot wraking is gericht tegen mr. C. Wallis als behandelend kantonrechter. In de ontbindingszaak en kortgedingprocedure was mr. Wallis behandelend rechter. Verzoeker heeft aan zijn wrakingsverzoek ten grondslag gelegd dat mr. Wallis de schijn van partijdigheid dan wel vooringenomenheid heeft gewekt tijdens de mondelinge behandeling in het kort geding; hij heeft daarvoor de volgende redenen aangedragen. Volgens verzoeker was de gedaagde partij al in de zittingzaal aanwezig voordat verzoeker werd opgeroepen. Door de aanwezigheid van veel belangstellenden aan de zijde van gedaagde partij was de zittingzaal te klein, waardoor de tolk niet naast de verzoeker kon plaatsnemen maar schuin voor verzoeker moest zitten. Verzoeker kon de tolk daardoor niet goed horen. De kantonrechter gaf mr. Hammerstein (advocaat van gedaagde, wrakingskamer) alle ruimte en knikte voortdurend instemmend, terwijl mr. Hammerstein nagenoeg alleen inging op het gegeven ontslag op staande voet terwijl dit niet de inzet van het kort geding was. De kantonrechter heeft de verzoeker niet aangekeken gedurende de zitting, hem geen enkele vraag gesteld en hem evenmin de gelegenheid geboden om iets te zeggen. Tot slot maakte de kantonrechter diverse opmerkingen, die niet relevant waren voor de zaak en deels ook als aanmatigend door verzoeker zijn ervaren. De rechter heeft niet berust in de wraking.

Oordeel

Voor de beoordeling van het wrakingsverzoek wordt de toepasselijke norm voorts gegeven door artikel 6 EVRM in samenhang met de door de Hoge Raad en het EHRM ontwikkelde criteria. Uit hetgeen verzoeker naar voren heeft gebracht, blijkt dat hij zich ongemakkelijk

heeft gevoeld tijdens de zitting door de wijze waarop de kantonrechter de zitting heeft geleid. Een ongelukkige samenloop van omstandigheden leidde ertoe dat de gedaagde partij zich eerder in de zittingzaal bevond dan verzoeker, maar daaruit kan geen (schijn van) vooringenomenheid worden afgeleid. Dit geldt ook voor de omstandigheid dat de zaal dusdanig klein was dat er voor de tolk geen ruimte was om direct naast de verzoeker plaats te nemen. De overige bezwaren van verzoeker richten zich op de wijze waarop de behandeling ter zitting is verlopen en de wijze van aandachtverdeling en bejegening. In objectief opzicht kan uit het aangevoerde geenszins worden geconcludeerd dat er sprake is van enige vooringenomenheid bij de handelend rechter. Aan het feit dat aan verzoeker geen vragen zouden zijn gesteld komt niet de betekenis toe die verzoeker daaraan toekent. De subjectieve interpretatie van non-verbale uitingen van de rechter geeft, mede gelet op de toelichting van de kantonrechter, geen objectieve grond voor het oordeel dat het de kantonrechter aan onpartijdigheid heeft ontbroken. Dat tijdens de behandeling ook enige aandacht is gegeven aan de bodemprocedure betreffende het ontslag, alsmede de familierelatie tussen partijen, kwam voor verzoeker kennelijk onverwacht. Een dergelijke onderzoekende en open aanpak is echter een gebruikelijke werkwijze in de hedendaagse procesvoering. De kantonrechter heeft ter zitting uitleg gegeven over de achtergrond van zijn opmerkingen en heeft beklemtoond dat hij nimmer de bedoeling heeft gehad verzoeker onheus te bejegenen. Het voorgaande leidt ertoe dat ook deze (subjectieve) bezwaren van verzoeker objectief bezien niet tot de constatering kunnen leiden dat het de kantonrechter aan onpartijdigheid heeft ontbroken. Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen zal de wrakingskamer het verzoek tot wraking ongegrond verklaren.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 06-02-2018

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2018:441

Zaaknummer: 51323 / HA RK 17-280

Rechters: G.L.M. Urbanus, M.J. Slootweg en I.P.H.M. Severeijns

Advocaten: A. Bongers

Wetsartikelen: 36 Rv en 6 EVRM

RECHTSPRAAK

werkgever/werknemer

Is werkgever aansprakelijk voor schade van werknemer bij wie maligne mesotheliom (ontstaan door asbest) is geconstateerd? Hoewel in eerste aanleg bewijslevering en getuigenverhoren hebben plaatsgevonden over blootstelling aan asbest, wil het hof getuigen nader horen. Aanhouding.

Feiten

Werknemer is van 2 juni 1984 tot 6 september 2008 in loondienst werkzaam geweest als bakker bij (de rechtsvoorganger van) Bakkersland. Op 7 december 2009 is bij werknemer de asbestziekte maligne mesotheliom in de vorm van longvlieskanker vastgesteld. De oorzaak van de ziekte is blootstelling aan asbest. Bij brief van 2 januari 2010 heeft werknemer Bakkersland aansprakelijk gesteld voor geleden en te lijden schade als gevolg van zijn ziekte. Bij brief van 29 september 2010 heeft de gemachtigde van Bakkerstand aan het Instituut medegedeeld dat werknemer noch tijdens het werken met noch tijdens de demontage van ovens op enigerlei wijze in aanraking is gekomen met asbest en zij daarom niet aansprakelijk kan worden gehouden voor de gevolgen van de ziekte maligne mesotheliom bij werknemer. In januari 2011 heeft het Instituut de bemiddeling afgerond omdat de asbestblootstelling (volgens haar) vooralsnog onvoldoende vaststaat dan wel omdat Bakkersland gemotiveerd betwist dat asbestblootstelling tijdens het dienstverband bij Bakkerstand heeft plaatsgevonden. Op 2 april 2013 heeft op verzoek van werknemer een voorlopig getuigenverhoor plaatsgevonden bij de Rechtbank Zeeland-West-Brabant. De kantonrechter heeft bij tussenvonnis van 9 april 2014 een comparitie van partijen gelast. Vervolgens heeft de kantonrechter bij tussenvonnis van 13 augustus 2014 werknemer toegelaten te bewijzen dat er in de koorden van de kijkluikjes van de oven bij Bakkersland (hierna: de oven) asbest zat en dat hij tijdens zijn dienstverband bij Bakkersland aan die asbest is blootgesteld. Bij het bestreden tussenvonnis van 20 april 2016 heeft de kantonrechter werknemer geslaagd geacht in zijn bewijslevering. Bakkersland heeft haar stelling dat zij heeft voldaan aan haar zorgplicht onvoldoende onderbouwd. De slotsom is dan ook dat Bakkersland aansprakelijk is voor de schade die werknemer als gevolg van zijn ziekte maligne mesotheliom heeft geleden, aldus

de kantonrechter. Bakkersland heeft samengevat vernietiging gevorderd van het tussenvonnis en te bepalen dat zij niet aansprakelijk is.

Oordeel

Haar primaire bezwaar houdt in dat de kantonrechter ten onrechte als vaststaand heeft aangenomen dat er afdichtingskoorden aanwezig waren op de luikjes van de oven. Het hof stelt het volgende voorop. Tijdens de op 12 januari 2017 bij het hof gehouden comparitie heeft werknemer desgevraagd op een foto van een kijkluik met pen aangegeven waar het afdichtingskoord zich volgens hem bevond. Gelet hierop en op de overige stellingen van werknemer is naar het oordeel van het hof het uitgangspunt dat op het vaste deel van het kijkluik (en niet op de beweegbare klep) volgens werknemer een afdichtingskoord was aangebracht. Tegenover verklaringen van getuigen die zelf met de oven hebben gewerkt c.q. de oven in bedrijf hebben gezien, ondersteund door verklaringen van getuigen die aan vergelijkbare ovens onderzoek hebben gedaan, staan dus verklaringen van getuigen die de oven niet zelf hebben gezien, althans niet meer uit eigen waarneming van die oven putten, maar waarbij de verklaringen een nader gewicht krijgen door foto's en tekeningen. Verder speelt een rol dat werknemer partijgetuige in de zin van artikel 164 lid 2 Rv is en dat hij en de andere getuigen hebben moeten verklaren omtrent hetgeen zij vóór 1993, dus ruim twintig jaar eerder, hebben waargenomen. Anderzijds moet evenmin uit het oog worden verloren dat getuige 5 werkzaam is bij de producent van de oven en in dat kader evenmin als geheel onafhankelijke getuige kan worden beschouwd. Bij deze stand van zaken acht het hof zich nog onvoldoende voorgelicht om een oordeel omtrent de bestreden bewijswaardering te kunnen geven. Gelet op de omvangrijke wederzijdse belangen en ook op het aanbod van werknemer om getuige 7 als getuige te horen wenst het hof zowel getuige 7 als, nader, getuige 5 te horen en gelast het aansluitend een meervoudige comparitie. Iedere verdere beslissing wordt aangehouden.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 06-02-2018

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2018:491

Zaaknummer: 200.200.077_01

Rechters: C.E.L.M. der Smeenk-van Weijden, J.M. Brandenburg en M.A. Wabeke

Advocaten: P.J. Klein Gunnewiek en J.A.H. Matthijssen

Wetsartikelen: 6:107 BW en 7:658 BW

RECHTSPRAAK

The Way of Beauty B.V./werknemer

Gegeven ontslag op staande voet van hairstylist na een week voldoet aan de onverwijldheidseis.

Feiten

Werkneemster is vanaf 1 maart 2009 in dienst getreden van The Way of Beauty als hairstylist. Werkneemster is met ingang van 18 juni 2013 ziekgemeld voor haar werk bij The Way of Beauty. In de arbeidsovereenkomst is een nevenwerkzaamhedenbeding opgenomen. Op 24 november 2014 is werkneemster op staande voet ontslagen, omdat zij tijdens haar arbeidsongeschiktheid zonder (schriftelijke) toestemming van haar werkgever, nevenwerkzaamheden voor derden heeft verricht die van gelijke aard zijn als haar werkzaamheden bij The Way of Beauty. De kantonrechter heeft geoordeeld dat niet is voldaan aan de formele vereisten voor het ontslag op staande voet, omdat The Way of Beauty te veel tijd zou hebben genomen voor onderzoek naar de juistheid van geruchten dat werkneemster concurrerende werkzaamheden verrichtte bij Kapsalon X. Tegen dit vonnis komt The Way of Beauty in hoger beroep.

Oordeel

Voor zover de kantonrechter meent dat The Way of Beauty onnodig lang heeft gewacht met het geven van ontslag en/of meedelen van de ontslagreden, overweegt althans motiveert de kantonrechter dat verder niet althans onvoldoende. Het hof oordeelt daarover hier in ieder geval anders. Zo stelt The Way of Beauty dat zij zich na vernomen geruchten dat werkneemster concurrerende werkzaamheden bij Kapsalon X zou verrichten, van welke geruchten zij in de week van 17 november 2014 had kennisgenomen, aanvankelijk niet kon voorstellen dat de voor haar eigen werk ziekgemelde werkneemster dat ook daadwerkelijk zou doen. In de ontslagbrief schreef The Way of Beauty vanwege ontvangen signalen en aanwijzingen: 'Daarop zijn we een onderzoek gestart (...) Er is meerdere malen naar Kapsalon X gebeld om een afspraak te maken en specifiek gevraagd naar u. De eigenaresse heeft bevestigd dat u inderdaad uithelpt in de salon. Om daadwerkelijk te constateren of dit klopt, is op 24 november 2014 gecontroleerd op dit adres. Tussen 15:00 en 15:30 is er iemand in de

Kapsalon X geknipt door u.' The Way of Beauty stelt dat haar pas uit de getuigenbevindingen van de toen door werkneemster geknipte persoon en uit de van die knipbeurt gemaakte geluids- en beeldopnames bleek dat werkneemster daadwerkelijk concurrerende werkzaamheden bij Kapsalon X verrichtte, waarna werkneemster nog diezelfde dag bij Kapsalon Salon mondeling het ontslag en de dringende ontslagreden zouden zijn meegedeeld. Zelfs als die mondelinge mededelingen toen niet zijn gedaan en het ontslag en de dringende ontslagreden werkneemster pas kenbaar werden via de ontslagbrief die werkneemster pas één of enkele dagen na 24 november 2014 bereikte, kan het hof niet oordelen dat The Way of Beauty onvoldoende voortvarend handelend is opgetreden. Hierbij speelt verder mee dat tussen het moment waarop The Way of Beauty stelt de eerste signalen en aanwijzingen te hebben vernomen en het moment waarop werkneemster de ontslagbrief ontving, niet meer dan een week is verlopen, althans niet gesteld of gebleken is dat daartussen meer tijd zou zijn verstreken. Dat The Way of Beauty na vernomen geruchten niet meteen reageerde en na de eerste ontvangen signalen en aanwijzingen enkele dagen bedenken- en onderzoektijd nam voor bevestiging en bewijs van (de juistheid van) de dringende reden alvorens deze met het daarop gebaseerde ontslag aan werkneemster mee te delen, getuigt hier eerder van zorgvuldigheid dan van een gebrek aan voortvarend handelen. Het hof vernietigt het vonnis waarvan beroep.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 06-02-2018

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2018:468

Zaaknummer: 200.181.774/01

Rechters: M.G.W.M. Stienissen, J.W. van Rijkom en M. Breur

Advocaten: F.H.C. Aarts en R.H.M. Wagemans

Wetsartikelen: 7:677 BW en 7:678 BW

RECHTSPRAAK

Altun c.s./Openbaar Ministerie België

Lidstaten gebonden aan A1-/ E101-verklaring van andere lidstaat, tenzij sprake is van fraude of misbruik van recht.

Feiten

De Belgische Sociale Inspectie heeft een onderzoek ingesteld naar de tewerkstelling van het personeel van Absa, een vennootschap naar Belgisch recht die actief is in de Belgische bouwsector. Uit dit onderzoek is gebleken dat Absa vanaf het jaar 2008 nauwelijks personeel in dienst had en al zijn bouwwerkzaamheden uitbesteedde aan Bulgaarse ondernemingen, die werknemers detacheerden in België. Tevens is opgemerkt dat de tewerkstelling van deze gedetacheerde werknemers niet was aangegeven bij de instelling die in België belast is met de inning van socialezekerheidsbijdragen, aangezien zij beschikten over E 101- of A 1-verklaringen die waren afgegeven door het orgaan dat de bevoegde Bulgaarse autoriteit daartoe had aangewezen in de zin van artikel 1, lid 1 van Verordening (EEG) nr. 574/72. Uit een gerechtelijk onderzoek dat in het kader van een door een Belgische onderzoeksrechter gelaste rogatoire commissie in Bulgarije was uitgevoerd, is gebleken dat deze Bulgaarse bedrijven daar geen activiteiten van betekenis uitoefenden. Op grond van de resultaten van dit onderzoek heeft de Belgische Sociale Inspectie op 12 november 2012 het door de bevoegde Bulgaarse autoriteit aangewezen orgaan gemotiveerd verzocht om de aan de gedetacheerde werknemers in het hoofdgeding afgegeven E 101- of A 1-verklaringen te heroverwegen of in te trekken. De beklaagden in het hoofdgeding worden in hun hoedanigheid van werkgever, aangestelde of lasthebber vervolgd door de Belgische autoriteiten, ten eerste wegens het feit dat zij arbeid hebben doen of laten verrichten door buitenlandse onderdanen die niet zijn toegelaten of gemachtigd tot een verblijf in België van meer dan drie maanden of tot vestiging zonder arbeidsvergunning, ten tweede, wegens het feit dat zij hebben verzuimd bij de indiensttreding van werknemers de wettelijk vereiste aangifte te doen bij de instelling die belast is met de inning van de socialezekerheidsbijdragen en, ten derde, wegens het feit dat zij hebben verzuimd de werknemers aan te sluiten bij de Belgische Rijksdienst voor Sociale Zekerheid. Bij arrest van 10 september 2015 heeft het Hof van beroep Antwerpen (België) de beklaagden in het hoofdgeding veroordeeld. Hoewel dit hof heeft vastgesteld dat aan alle

betrokken gedetacheerde werknemers een E 101- of A 1-verklaring was verstrekt en dat de Belgische autoriteiten de procedure om de geldigheid van deze verklaringen te betwisten niet uitputtend hadden gevolgd, heeft het desalniettemin geoordeeld dat het hierdoor niet gebonden was, aangezien de bedoelde verklaringen op frauduleuze wijze waren verkregen. Aangezien het Hof van Cassatie twijfels heeft over de juiste uitlegging van artikel 1, lid 1 van Verordening (EEG) nr. 574/72, heeft het de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vraag: 'Kan een krachtens artikel 11.1 van de verordening (EEG) nr. 574/72 (...), zoals van toepassing vóór de opheffing ervan door artikel 96.1 van de verordening (EG) nr. 987/2009 (...), uitgereikte E101-verklaring door een andere rechter dan deze van de uitzendende lidstaat worden vernietigd of buiten beschouwing gelaten, indien de feiten die aan zijn oordeel worden onderworpen toelaten vast te stellen dat de verklaring op frauduleuze wijze werd verkregen of ingeroepen?'

Oordeel

Met haar vraag wenst de verwijzende rechterlijke instantie in wezen te vernemen of artikel 14 punt 1 onder a van Verordening (EEG) nr. 1408/71 en artikel 11 lid 1 onder a) van Verordening (EEG) nr. 574/72 aldus moeten worden uitgelegd dat ingeval een werknemer van een in een lidstaat gevestigde onderneming in een andere lidstaat is gedetacheerd, een rechterlijke instantie van deze laatste lidstaat een krachtens deze tweede bepaling afgegeven E 101-verklaring buiten beschouwing kan laten indien zij uit de aan haar oordeel onderworpen feiten kan afleiden dat de verklaring op frauduleuze wijze werd verkregen of ingeroepen.

Eenvormigheid van sociale zekerheid

In dit verband dient eraan te worden herinnerd dat de bepalingen van titel II van Verordening (EEG) nr. 1408/71, waarvan artikel 14 van deze verordening deel uitmaakt, volgens vaste rechtspraak van het Hof een volledig en eenvormig stelsel van conflictregels vormen, dat tot doel heeft werknemers die zich binnen de Europese Unie verplaatsen onder de socialezekerheidsregeling van één lidstaat te brengen, teneinde te voorkomen dat meerdere nationale wettelijke regelingen toepasselijk zijn en dat daaruit complicaties kunnen voortvloeien (arresten van 10 februari 2000, FTS, C-202/97, ECLI:EU:C:2000:75, punt 20 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en 4 oktober 2012, Format Urzadzenia i Montaze Przemyslowe, C-115/11, ECLI:EU:C:2012:606, punt 29 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Daartoe is in artikel 13 lid 2 onder a) van Verordening (EEG) nr. 1408/71 het algemene beginsel neergelegd dat op een werknemer de socialezekerheidsregeling van toepassing is van de lidstaat waarin hij werkt (arrest van 4 oktober 2012, Format Urzadzenia i Montaze Przemyslowe, C-115/11, ECLI:EU:C:2012:606, punt 30 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Dat beginsel geldt echter '[o]nder voorbehoud van de artikelen 14 tot en met 17' van Verordening

(EEG) nr. 1408/71. In een aantal bijzondere gevallen zou een strikte toepassing van de in artikel 13 lid 2 onder a) van deze verordening neergelegde algemene regel immers ertoe kunnen leiden dat zowel voor de werknemer als voor de werkgever en de socialezekerheidsorganen juist administratieve complicaties worden geschapen in plaats van vermeden, waardoor de uitoefening van het vrije verkeer door de onder die verordening vallende personen zou kunnen worden belemmerd (arrest van 4 oktober 2012, *Format Urzadzenia i Montaze Przemyslowe*, C-115/11, ECLI:EU:C:2012:606, punt 31 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Voor dergelijke gevallen voorziet met name artikel 14 van Verordening (EEG) nr. 1408/71 in bijzondere regels. Artikel 14 punt 1 onder a) van Verordening (EEG) nr. 1408/71 heeft inzonderheid tot doel het vrije verkeer van diensten te bevorderen ten behoeve van ondernemingen die daarvan gebruikmaken door werknemers uit te zenden naar andere lidstaten dan de lidstaat waarin deze ondernemingen zijn gevestigd. Met deze bepaling wordt namelijk beoogd mogelijke belemmeringen voor het vrije verkeer van werknemers weg te nemen en de economische interpenetratie te begunstigen met vermindering van administratieve complicaties, in het bijzonder voor werknemers en ondernemingen (zie in die zin arrest van 10 februari 2000, *FTS*, C-202/97, ECLI:EU:C:2000:75, punt 28 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Artikel 14 punt 1 onder a) van Verordening (EEG) nr. 1408/71 biedt een onderneming de mogelijkheid, teneinde te vermijden dat zij als op het grondgebied van een lidstaat gevestigde onderneming verplicht zou zijn haar normaliter aan de socialezekerheidsregeling van die staat onderworpen werknemers aan te sluiten bij de socialezekerheidsregeling van een andere lidstaat waar deze zijn gedetacheerd om werkzaamheden van beperkte duur te verrichten, de aansluiting van haar werknemers bij de socialezekerheidsregeling van de eerste lidstaat te handhaven (zie in die zin arrest van 10 februari 2000, *FTS*, C-202/97, ECLI:EU:C:2000:75, punt 29 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Deze bepaling kan echter alleen worden toegepast indien is voldaan aan twee voorwaarden. Volgens de eerste voorwaarde is het noodzakelijk dat er tussen de onderneming die een werknemer detacheert in een andere lidstaat dan de staat waar zij is gevestigd en de aldus gedetacheerde werknemer een organische band blijft bestaan gedurende de detachingsperiode van de werknemer. Volgens de tweede voorwaarde, die betrekking heeft op de relatie tussen deze onderneming en de lidstaat waarin zij is gevestigd, is het verplicht dat de genoemde onderneming doorgaans activiteiten van betekenis verricht op het grondgebied van de lidstaat waar zij is gevestigd (zie in die zin arrest van 10 februari 2000, *FTS*, C-202/97, ECLI:EU:C:2000:75, punten 21-24, 30, 33 en 40-45). In dit verband is de E 101-verklaring, net als de regeling van materieel recht van artikel 14 punt 1 onder a) van Verordening (EEG) nr. 1408/71, bedoeld om het vrije verkeer van werknemers en het vrij verrichten van diensten te vergemakkelijken (arrest van 26 januari 2006, *Herbosch Kiere*, C-2/05, ECLI:EU:C:2006:69, punt 20 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

Uitgangspunt is gebondenheid E 101- of A1-verklaring

Aangezien de E 101-verklaring een vermoeden in het leven roept dat de betrokken werknemer regelmatig is aangesloten bij de socialezekerheidsregeling van de lidstaat waar de tewerkstellende onderneming is gevestigd, is zij dus in beginsel bindend voor het bevoegde orgaan van de lidstaat waarin die werknemer arbeid verricht (zie in die zin arrest van 27 april 2017, A-Rosa Flussschiff, C-620/15, ECLI:EU:C:2017:309, punt 41 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Zolang de E 101-verklaring niet is ingetrokken of ongeldig is verklaard, dient het bevoegde orgaan van de lidstaat waarin de werknemer arbeid verricht er dus rekening mee te houden dat de werknemer reeds is aangesloten bij de socialezekerheidsregeling van de lidstaat waar de tewerkstellende onderneming is gevestigd, zodat dit orgaan de betrokken werknemer niet aan zijn eigen socialezekerheidsregeling mag onderwerpen (arrest van 27 april 2017, A-Rosa Flussschiff, C-620/15, ECLI:EU:C:2017:309, punt 43 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Evenwel moet in herinnering worden geroepen dat uit het beginsel van loyale samenwerking volgt dat elk orgaan van een lidstaat de toepassing van zijn eigen socialezekerheidsregeling zorgvuldig dient na te gaan. Uit dit beginsel vloeit tevens voort dat de organen van andere lidstaten mogen verwachten dat het orgaan van de betrokken lidstaat deze verplichting naleeft (zie naar analogie arrest van 3 maart 2016, Commissie/Malta, C-12/14, ECLI:EU:C:2016:135, punt 37). Het bevoegde orgaan van de lidstaat die de E 101-verklaring heeft afgegeven, dient bijgevolg de juistheid van die afgifte opnieuw te onderzoeken en deze verklaring zo nodig in te trekken wanneer het bevoegde orgaan van de lidstaat waar de werknemer arbeid verricht twijfels uit over de juistheid van de feiten die aan die verklaring ten grondslag liggen en dus van de daarin opgenomen gegevens, met name wanneer deze niet voldoen aan de vereisten van artikel 14 punt 1 onder a) van Verordening (EEG) nr. 1408/71 (zie in die zin arrest van 27 april 2017, A-Rosa Flussschiff, C-620/15, ECLI:EU:C:2017:309, punt 44 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Indien de betrokken organen het niet eens worden over met name de beoordeling van de concrete feiten van een specifieke situatie, en derhalve over de vraag of die situatie onder artikel 14 punt 1 onder a) van Verordening (EEG) nr. 1408/71 valt, staat het hun volgens artikel 84 bis lid 3 van deze verordening vrij de zaak voor te leggen aan de Administratieve Commissie bedoeld in artikel 80 van deze verordening (zie naar analogie arrest van 27 april 2017, A-Rosa Flussschiff, C-620/15, ECLI:EU:C:2017:309, punt 45 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Slaagt de Administratieve Commissie er niet in de standpunten van de bevoegde organen over de in het betrokken geval toepasselijke wettelijke regeling met elkaar te verzoenen, dan staat het de lidstaat op het grondgebied waarvan de betrokken werknemer arbeid verricht, in ieder geval vrij, met behoud van eventuele mogelijkheden van beroep in rechte in de lidstaat van het orgaan van afgifte, een niet-nakomingsprocedure in de zin van artikel 259 VWEU in te leiden, en aldus het Hof de mogelijkheid te bieden in een dergelijk beroep de vraag betreffende de op

die werknemer toepasselijke wettelijke regeling en dus ook de juistheid van de gegevens in de E 101-verklaring te onderzoeken (arrest van 27 april 2017, A-Rosa Flussschiff, C-620/15, ECLI:EU:C:2017:309, punt 46 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Derhalve dient, wanneer sprake is van een – zelfs kennelijke – beoordelingsfout bij de toepassing van de Verordeningen (EEG) nr. 1408/71 en nr. 574/72, de verplichte procedure voor de beslechting van eventuele geschillen tussen de organen van de betrokken lidstaten over de geldigheid of juistheid van een E 101-verklaring te worden gevolgd, zelfs al zou zijn gebleken dat de arbeidsvoorwaarden van de betrokken werknemers kennelijk niet binnen de materiële werkingssfeer vallen van de bepaling op grond waarvan de E 101-verklaring werd afgegeven (zie in die zin arrest van 27 april 2017, A-Rosa Flussschiff, C-620/15, ECLI:EU:C:2017:309, punten 52 en 53).

Administratieve Commissie, tenzij fraude

Volgens vaste rechtspraak van het Hof mogen zulke overwegingen er evenwel niet toe leiden dat justitiabelen zich door middel van fraude of misbruik zouden kunnen beroepen op het Unierecht (zie in die zin arresten van 2 mei 1996, Paletta, C-206/94, ECLI:EU:C:1996:182, punt 24; 21 februari 2006, Halifax e.a. C-255/02, ECLI:EU:C:2006:121, punt 68; 12 september 2006, Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas, C-196/04, ECLI:EU:C:2006:544, punt 35, en 28 juli 2016, Kratzer, C-423/15, ECLI:EU:C:2016:604, punt 37). Het in deze rechtspraak weergegeven beginsel dat fraude en misbruik van recht verboden zijn, vormt een algemeen beginsel van Unierecht dat justitiabelen dienen na te leven. De Unieregelgeving mag immers niet zo ruim worden toegepast dat zij handelingen zou dekken die zijn verricht met het doel om door fraude of misbruik te profiteren van de door het Unierecht toegekende voordelen (zie in die zin arresten van 5 juli 2007, Kofoed, C-321/05, ECLI:EU:C:2007:408, punt 38, en 22 november 2017, Cussens e.a., C-251/16, ECLI:EU:C:2017:881, punt 27). In het bijzonder berust de vaststelling van fraude op een samenstel van bij elkaar passende aanwijzingen waaruit zowel een objectief als een subjectief gegeven blijkt. Het objectieve gegeven bestaat erin dat niet is voldaan aan de voorwaarden om een E 101-verklaring te kunnen verkrijgen en zich hierop te kunnen beroepen, zoals die zijn vastgelegd in titel II van Verordening (EEG) nr. 1408/71. Het subjectieve gegeven betreft de intentie van de betrokkenen om de voorwaarden voor afgifte van deze verklaring te omzeilen of te ontduiken teneinde op die manier het eraan verbonden voordeel te verkrijgen. In casu volgt uit de door de verwijzende rechterlijke instantie overgelegde gegevens dat dankzij het onderzoek van de Belgische Sociale Inspectie in Bulgarije kon worden vastgesteld dat de Bulgaarse ondernemingen die de werknemers detacheerden over wie het in het hoofdgeding gaat, in Bulgarije geen activiteiten van betekenis uitoefenden. Uit de door de verwijzende rechterlijke instantie verstrekte aanwijzingen volgt tevens dat de verklaringen in het hoofdgeding op frauduleuze wijze

werden verkregen via een voorstelling van de feiten die niet met de werkelijkheid overeenstemde, teneinde de voorwaarden die in de Unieregelgeving aan detachering worden gesteld, te ontduiken. In een situatie zoals die in het hoofdgeding kan de nationale rechter de betrokken E 101-verklaringen buiten beschouwing laten en dient hij te bepalen of de personen die ervan worden verdacht onder de dekmantel van frauduleus verkregen verklaringen een beroep te hebben gedaan op gedetacheerde werknemers, aansprakelijk kunnen worden gesteld op grond van het toepasselijke nationale recht. Gelet op een en ander moet op de gestelde vraag worden geantwoord dat artikel 14 punt 1 onder a) van Verordening (EEG) nr. 1408/71 en artikel 11 lid 1 onder a) van Verordening (EEG) nr. 574/72 aldus moeten worden uitgelegd dat, wanneer het orgaan van de lidstaat waar de werknemers gedetacheerd zijn aan het orgaan dat E 101-verklaringen heeft afgegeven een verzoek heeft gericht om deze verklaringen te heroverwegen en in te trekken, gelet op in het kader van een gerechtelijk onderzoek verkregen gegevens waaruit kon worden afgeleid dat deze verklaringen frauduleus waren verkregen of ingeroepen, en dit orgaan van afgifte heeft nagelaten om deze gegevens met het oog op de heroverweging van de gegrondheid van de afgifte van die verklaringen in aanmerking te nemen, de nationale rechter in het kader van een procedure tegen personen die ervan worden verdacht onder de dekmantel van dergelijke verklaringen een beroep te hebben gedaan op gedetacheerde werknemers, deze verklaringen buiten beschouwing kan laten indien hij op basis van de voornoemde gegevens en onder eerbiediging van de aan deze personen toekomende waarborgen die eigen zijn aan het recht op een eerlijk proces, oordeelt dat er een dergelijke fraude heeft plaatsgevonden.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 06-02-2018

ECLI: ECLI:EU:C:2018:63

Zaaknummer:

Rechters: K. Lenaerts, A. Tizzano, R. de Silva Lapuerta, M. Ilešič, A. Rosas, C. Toader, J.L. da Cruz Vilaça, C. Vajda, M. Safjan, A. Prechal, D. Šváby, M. Berger en E. Regan

Wetsartikelen: Vo. 1408/71 en Vo. 574/72

RECHTSPRAAK

werkneemster/werkgever

Op grond van de voor 1 juli 2015 geldende ketenregeling (art. 7:668a BW) is een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ontstaan.

Feiten

Partijen hebben op 1 mei 2011 een arbeidsovereenkomst gesloten. In de arbeidsovereenkomst is opgenomen dat het dienstverband aanvangt op 1 mei 2011 en van rechtswege eindigt op 30 april 2012, en dat de arbeidsovereenkomst bij goed functioneren wordt omgezet naar een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Partijen hebben vervolgens afgesproken dat werkneemster haar werkzaamheden al op 21 april 2011 zou aanvangen. Na het verstrijken van de overeengekomen periode van één jaar is de arbeidsovereenkomst tussen partijen voortgezet. Op 18 april heeft werkgever werknemer bericht dat de verlengde arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd eindigt op 20 april 2014, omdat werkneemster feitelijk op 21 april 2011 in dienst is getreden. Werkneemster stelt dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd en heeft een loonvordering ingesteld. De kantonrechter heeft geoordeeld dat werkgever bewezen heeft dat werkneemster niet goed functioneerde. Op grond daarvan heeft de kantonrechter de vorderingen van werkneemster afgewezen. Tegen dit vonnis komt werkneemster in hoger beroep.

Oordeel

Voor zover er niet reeds een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is ontstaan met ingang van 1 mei 2012, maar de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is verlengd, zoals werkgever stelt, is de vraag met welke periode de arbeidsovereenkomst is verlengd. Nu werkgever aangeeft dat partijen bij het overeenkomen van de verlenging voor bepaalde tijd niet gesproken hebben over de termijn van verlenging, is het hof van oordeel dat overeenkomstig artikel 7:668 lid 1 BW, zoals dat luidde vóór 1 juli 2015, de verlengde arbeidsovereenkomst geacht moet worden te zijn aangegaan voor dezelfde tijd als de vorige arbeidsovereenkomst, doch ten hoogste voor een jaar. Dit betekent dat de arbeidsovereenkomst met een jaar is verlengd tot 1 mei 2013. Daarna is de arbeidsovereenkomst stilzwijgend voortgezet, op grond van artikel 7:668 lid 1 BW opnieuw voor de duur van een jaar, derhalve tot 1 mei 2014.

Werkgever is hier blijkbaar ook zelf van uitgegaan gelet op de overgelegde salarisstrook van mei 2012 waarop een einddatum van 30 april 2013 staat vermeld en de overgelegde salarisstrook van maart 2014 waarop een einddatum van 30 april 2014 staat vermeld. Uit het voorgaande volgt dat, voor zover met ingang van 1 mei 2012 geen arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is ontstaan, de arbeidsovereenkomst steeds voor bepaalde tijd is verlengd tot 1 mei 2014. Aangezien de eerste arbeidsovereenkomst is aangevangen op 21 april 2011, hebben de opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd een periode van 36 maanden overschreden en geldt op grond van het vóór 1 juli 2015 geldende artikel 7:668a lid 1 BW met ingang van 21 april 2014 de laatste arbeidsovereenkomst als aangegaan voor onbepaalde tijd. Het hof is dan ook van oordeel dat in ieder geval met ingang van 21 april 2014 een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is ontstaan. Het hof wijst de loonvordering van werkneemster toe.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 06-02-2018

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2018:476

Zaaknummer: 200.192.310/01

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

Advocaten: D. Knecht en G. Dietz

Wetsartikelen: 7:668a BW (oud)

RECHTSPRAAK

Svb/belanghebbende

Hoge Raad stelt prejudiciële vragen aan HvJ EU over uitsluiting AKW-verzekering voor ingezetene die in bepaalde perioden een beperkte dienstbetrekking in Duitsland heeft gehad.

Feiten

Belanghebbende woont in Nederland en heeft de Nederlandse nationaliteit. Op grond van de AKW heeft zij voor haar dochter aanvankelijk kinderbijslag ontvangen. Vanaf 1 januari 2001 is belanghebbende in Duitsland in loondienst werkzaam geweest als kapster voor twintig uur per week. Vanwege het geringe salaris dat belanghebbende daarmee verdiende, werd zij ter zake van deze arbeidsverhouding volgens het Duitse recht aangemerkt als een 'geringfügig Beschäftigte'. Een werknemer met een dergelijke arbeidsverhouding, dat wil zeggen een dienstverband waarbij de werknemer minder dan een bepaald aantal dagen in een tijdvak werkt of een relatief laag bedrag per maand verdient, behoort in Duitsland niet tot de kring der verzekerden voor de sociale verzekering, met uitzondering van de verzekering tegen arbeidsongevallen. Voor de Centrale Raad was in geschil of de Svb terecht heeft vastgesteld dat belanghebbende vanaf 1 januari 2001 geen recht heeft op kinderbijslag omdat zij toen niet verzekerd was op grond van de AKW. In dit verband is de vraag gerezen of uitsluiting van de AKW-verzekering gedurende die periode in strijd is met het recht van de EU. Bij uitspraak van 1 juli 2013 (ECLI:NL:CRVB:2013:783, hierna: de verwijzingsuitspraak) heeft de Centrale Raad het Hof van Justitie prejudiciële vragen gesteld. Het HvJ EU heeft prejudiciële vragen beantwoord (arrest van 23 april 2015, Franzen e.a., C-382/13, ECLI:EU:C:2015:261). Bij uitspraak van 6 juni 2016 (ECLI:NL:CRVB:2016:2144) heeft de Centrale Raad geoordeeld dat de Svb ten onrechte op grond van de aanwijzing van de Duitse wetgeving door artikel 13, lid 2, letter a, van Verordening (EEG) nr. 1408/71 heeft aangenomen dat in het geval van belanghebbende met ingang van 1 januari 2001 geen toepassing kan worden gegeven aan de Nederlandse wetgeving. Naar het oordeel van de Centrale Raad is daarom ten onrechte vastgesteld dat belanghebbende om die reden met ingang van 1 januari 2001 niet verzekerd is geweest voor de AKW. Het middel klaagt dat de Centrale Raad een onjuiste toepassing heeft gegeven aan artikel 6a van de AKW.

Oordeel

De Svb is naar Nederlands nationaal recht niet bevoegd om – al dan niet met toepassing van de hardheidsclausule – kinderbijslag aan belanghebbende toe te kennen over de perioden met ingang van 2001 waarin belanghebbende in Duitsland heeft gewerkt. Aanleiding om toch, in afwijking van het nationale recht, over deze perioden kinderbijslag toe te kennen, zou bestaan indien het Unierecht, in het bijzonder de bepalingen inzake het recht op vrij verkeer van werknemers, in de omstandigheden van dit geding in de weg staat aan toepassing van de uitsluitingsclausule van artikel 6a, aanhef en letter b, van de AKW en deze bepaling daarom niet aan belanghebbende kan worden tegengeworpen. De vraag of het recht van de Unie in de omstandigheden van dit geding meebrengt dat artikel 6a, aanhef en letter b, van de AKW buiten toepassing moet blijven, kan niet zonder redelijke twijfel op basis van het arrest van het HvJ EU worden beantwoord. De Hoge Raad verzoekt het Hof van Justitie van de Europese Unie uitspraak te doen over de volgende vragen:

(1) Moeten de artikelen 45 en 48 VWEU aldus worden uitgelegd dat die bepalingen in een geval als het onderhavige in de weg staan aan een nationale regeling als artikel 6a, aanhef en letter b, van de AKW? Die regeling brengt mee dat een ingezetene van Nederland niet verzekerd is voor de volksverzekeringen van die woonstaat, indien deze ingezetene in een andere lidstaat werkt en op grond van artikel 13 van Verordening (EEG) nr. 1408/71 is onderworpen aan de socialezekerheidswetgeving van de werkstaat. Het onderhavige geval kenmerkt zich erdoor dat belanghebbende op grond van de wettelijke regeling van de werkstaat niet voor kinderbijslag in aanmerking komt vanwege de beperkte omvang van haar werkzaamheden aldaar.

(2) Is voor de beantwoording van de vorige vraag van belang dat voor belanghebbende de mogelijkheid bestond de Svb te verzoeken om een overeenkomst als bedoeld in artikel 17 van Verordening (EEG) nr. 1408/71 tot stand te brengen?

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 02-02-2018

ECLI: ECLI:NL:HR:2018:127

Zaaknummer: 16/03747

Rechters: R.J. Koopman, M.A. Fierstra, Th. Groeneveld, J. Wortel en A.F.M.Q. Beukers-van Dooren

Advocaten: K. Teuben en S. Ikiz

Wetsartikelen: 6a AKW, 45 VWEU en 48 VWEU

RECHTSPRAAK

Svb/X

Hoge Raad stelt prejudiciële vragen aan HvJ EU over uitsluiting AOW-verzekering voor ingezetenen die in bepaalde perioden een beperkte dienstbetrekking in Duitsland hebben gehad.

Feiten

X heeft op 17 januari 2008 een aanvraag ingediend voor een ouderdomspensioen op grond van de AOW. Bij besluit van 1 augustus 2008 heeft de Svb naar aanleiding daarvan aan hem een ouderdomspensioen toegekend. Op het ouderdomspensioen is een korting toegepast omdat X gedurende een aantal jaren niet verzekerd is geweest op grond van de AOW. X woont in Nederland en heeft de Nederlandse nationaliteit. In 1972 is hij in de Bondsrepubliek Duitsland werkzaam geweest. In de periode van 1 januari 1990 tot en met 31 december 1994 is hij opnieuw in Duitsland werkzaam geweest, als zogeheten 'geringfügig Beschäftigte'. Een werknemer met een dergelijke arbeidsverhouding, dat wil zeggen een dienstverband waarbij de werknemer minder dan een bepaald aantal dagen in een tijdvak werkt of een relatief laag bedrag per maand verdient, behoort in Duitsland niet tot de kring der verzekerden voor de sociale verzekering, met uitzondering van de verzekering tegen arbeidsongevallen. Voor de Centrale Raad was in geschil of de Svb terecht voor X en zijn echtgenote geen verzekering voor de AOW heeft aangenomen gedurende de hiervoor vermelde perioden waarin zij in Duitsland werkzaam waren als 'geringfügig Beschäftigte'. In dit verband is de vraag gerezen of uitsluiting van de AOW-verzekering gedurende die perioden in strijd is met het recht van de EU. Het HvJ EU heeft prejudiciële vragen beantwoord (arrest van 23 april 2015, Franzen e.a., C-382/13, ECLI:EU:C:2015:261). Bij uitspraak van 6 juni 2016 (ECLI:NL:CRVB:2016:2145) heeft de Centrale Raad geoordeeld dat de Svb ten onrechte op grond van de aanwijzing van de Duitse wetgeving door artikel 13, lid 2, letter a, van Verordening (EEG) nr. 1408/71 heeft aangenomen dat in de hiervoor vermelde perioden geen toepassing kon worden gegeven aan de Nederlandse wetgeving. Naar het oordeel van de Centrale Raad is daarom ten onrechte vastgesteld dat X en zijn echtgenote in de perioden in geding om die reden niet verzekerd zijn geweest voor de AOW. Het middel klaagt dat de Centrale Raad een onjuiste toepassing heeft gegeven aan artikel 6a van de AOW.

Oordeel

De SvB is naar Nederlands nationaal recht over tijdvakken vanaf 1 januari 1989 niet bevoegd om – al dan niet met toepassing van de hardheidsclausule – een (toeslag op het) ouderdomspensioen toe te kennen voor zover die uitkering betrekking heeft op de perioden dat X en zijn echtgenote in Duitsland hebben gewerkt. Aanleiding om toch, in afwijking van het nationale recht, over deze perioden (een toeslag op) het ouderdomspensioen toe te kennen, zou bestaan indien het Unierecht, in het bijzonder de bepalingen inzake het recht op vrij verkeer van werknemers, in de omstandigheden van dit geding in de weg staat aan toepassing van de uitsluitingsclausule van artikel 6a, aanhef en letter b, van de AOW en deze bepaling daarom niet aan de betrokkenen kan worden tegengeworpen. De vraag of het recht van de Unie in de omstandigheden van dit geding meebrengt dat artikel 6a, aanhef en letter b, van de AOW buiten toepassing moet blijven, kan niet zonder redelijke twijfel op basis van het arrest van het HvJ EU worden beantwoord. De Hoge Raad verzoekt het Hof van Justitie van de Europese Unie uitspraak te doen over de volgende vragen:

(1a) Moeten de artikelen 45 en 48 VWEU aldus worden uitgelegd dat die bepalingen in gevallen als de onderhavige in de weg staan aan een nationale regeling als artikel 6a, aanhef en letter b, van de AOW? Die regeling brengt mee dat een ingezetene van Nederland niet verzekerd is voor de volksverzekeringen van die woonstaat, indien deze ingezetene in een andere lidstaat werkt en op grond van artikel 13 van Verordening (EEG) nr. 1408/71 is onderworpen aan de socialezekerheidswetgeving van de werkstaat. De onderhavige gevallen kenmerken zich erdoor dat de betrokkenen op grond van de wettelijke regeling van de werkstaat niet voor een ouderdomspensioen in aanmerking komen vanwege de beperkte omvang van hun werkzaamheden aldaar.

(1b) Is bij de beantwoording van vraag 1a van belang dat voor een ingezetene van een op grond van artikel 13 van Verordening (EEG) nr. 1408/71 niet-bevoegde woonstaat geen premieplicht bestaat voor de volksverzekeringen van die woonstaat? Voor de tijdvakken waarin die ingezetene in een andere lidstaat werkt, valt hij immers op grond van artikel 13 van Verordening (EEG) nr. 1408/71 bij uitsluiting onder het socialezekerheidsstelsel van de werkstaat, en ook de nationale Nederlandse wetgeving voorziet in een dergelijk geval niet in premieplicht.

(2) Is voor de beantwoording van vraag 1 van belang dat voor betrokkenen de mogelijkheid bestond een vrijwillige verzekering op grond van de AOW af te sluiten, dan wel dat voor hen de mogelijkheid bestond de SvB te verzoeken om een overeenkomst als bedoeld in artikel 17 van Verordening (EEG) nr. 1408/71 tot stand te brengen?

(3) Staat artikel 13 van Verordening (EEG) nr. 1408/71 eraan in de weg dat voor iemand als de echtgenote van X, die vóór 1 januari 1989 enkel beoordeeld naar de nationale wetgeving in haar woonland Nederland verzekerd was voor de AOW, op basis van die verzekering recht op ouderdomsuitkeringen wordt opgebouwd, voor zover het gaat om tijdvakken waarin zij op grond van die verordeningsbepaling wegens werkzaamheden in een andere lidstaat onderworpen was aan de wetgeving van die werkstaat? Of moet het recht op een uitkering op grond van de AOW worden aangemerkt als een recht op uitkering dat in de nationale wetgeving niet afhankelijk is gesteld van voorwaarden inzake werkzaamheden in loondienst of inzake verzekering zoals bedoeld in het arrest Bosmann, zodat de gedachtegang van dat arrest in haar geval kan worden toegepast?

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 02-02-2018

ECLI: ECLI:NL:HR:2018:126

Zaaknummer: 16/03746

Rechters: R.J. Koopman, M.A. Fierstra, Th. Groeneveld, J. Wortel en A.F.M.Q. Beukers-van Dooren

Advocaten: K. Teuben

Wetsartikelen: 6a AOW, 45 VWEU en 48 VWEU

RECHTSPRAAK

werknemer/NiVo Engineering B.V.

Ook de werknemer die voor onbepaalde tijd in dienst is bij de uitlener kan een beroep doen op het belemmeringsverbod van artikel 9a Waadi.

Feiten

NiVo is een onderneming die onder andere adviseert over netwerken en die netwerken bij opdrachtgevers implementeert. Werknemer is op 1 maart 2016 in dienst getreden bij NiVo in de functie van consultant. Vanaf 1 oktober 2016 heeft werknemer een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. In de arbeidsovereenkomst is een concurrentie- en relatiebeding opgenomen. Daarnaast hebben partijen in de arbeidsovereenkomst een vaststellingsovereenkomst neergelegd, die erop neerkomt dat werknemer slechts een beroep op artikel 9a Waadi kan doen als hij met een derde een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd kan sluiten. Werknemer is op of rond 1 juni 2016 in dienst van NiVo gaan werken voor Ahold. Werknemer vordert dat de kantonrechter bij wijze van voorlopige voorziening NiVo veroordeelt om te dulden en toe te staan dat werknemer een arbeidsovereenkomst sluit met Ahold.

Oordeel

De kantonrechter is van oordeel dat werknemer terecht een beroep doet op de nietigheid van het concurrentie- en relatiebeding, op grond van artikel 9a Waadi. Daarover wordt het volgende overwogen. NiVo stelt dat werknemer geen aanspraak kan maken op de bescherming van artikel 9a Waadi, omdat hij al een vast dienstverband heeft met NiVo, te weten een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Dit standpunt van NiVo is naar het oordeel van de kantonrechter onjuist. De tekst van artikel 9a Waadi is op zichzelf helder: degene die arbeidskrachten ter beschikking stelt, legt geen belemmeringen in de weg voor de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst na afloop van de terbeschikkingstelling tussen de arbeidskracht en de inlener, en ieder beding in strijd daarmee is nietig. In die tekst wordt geen onderscheid gemaakt tussen arbeidsovereenkomsten voor bepaalde of onbepaalde tijd, en evenmin tussen een vast of een andersoortig dienstverband. Het maakt volgens de tekst

dus niet uit of de arbeidskracht in vaste dienst is bij de uitlener of niet, en evenmin of de arbeidskracht bij de inlener in vaste dienst komt of niet. Verder heeft NiVo erop gewezen dat in artikel 11.5 van de arbeidsovereenkomst een vaststellingsovereenkomst is neergelegd, die erop neerkomt dat werknemer slechts een beroep op artikel 9a Waadi kan doen als hij met Ahold een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd kan sluiten. Die vaststellingsovereenkomst heeft in dit geval echter geen effect. Artikel 9a Waadi is dwingend recht. In een vaststellingsovereenkomst kan alleen dan van dwingend recht worden afgeweken, als deze overeenkomst tot doel heeft om een al bestaand geschil te beëindigen. Een vaststellingsovereenkomst die bij voorbaat en ter voorkoming van een geschil een afwijking van dwingend recht beoogt, is niet rechtsgeldig. In dat laatste geval zou immers door middel van een overeenkomst de werking van dwingend recht op voorhand kunnen worden uitgesloten en zou het dwingende karakter daarvan op ontoelaatbare wijze worden ondermijnd (zie: HR 9 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:39 (Heesen Yachts Builders)). Partijen hebben met de vaststellingsovereenkomst van artikel 11.5 van de arbeidsovereenkomst geen bestaand geschil beëindigd, maar zijn met de vaststellingsovereenkomst bij voorbaat en ter voorkoming van een geschil afgeweken van artikel 9a Waadi. De vaststellingsovereenkomst is dus niet rechtsgeldig. Overigens heeft werknemer op de zitting voldoende aannemelijk gemaakt dat Ahold hem voor onbepaalde tijd in dienst wil nemen, gelet op het feit dat Ahold al geruime tijd ervaring heeft met werknemer. De kantonrechter veroordeelt NiVo om te dulden en toe te staan dat werknemer een arbeidsovereenkomst sluit met Ahold.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 01-02-2018

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2018:848

Zaaknummer: 6522374 VV EXPL 17-104

Rechters: P.J. Jansen

Advocaten: H.A. van Hapert en J.D. de Rooij

Wetsartikelen: 9a Waadi en 7:900 BW

RECHTSPRAAK

Stichting Insula Dei Huize Kohlmann/werknemer

Stichting heeft ernstig verwijtbaar gehandeld bij het ontslag van de statutair bestuurder. Ontbinding op h-grond onder toekenning van de transitievergoeding, een contractuele vergoeding (€ 75.000) en een billijke vergoeding (€ 137.844).

Feiten

De kantonrechter blijft bij hetgeen is overwogen en beslist in de tussenbeschikking van 2 november 2017. Daaruit volgt dat het ontbindingsverzoek voor zover gebaseerd op de h-grond toewijsbaar is. Partijen zijn het erover eens zijn dat op de arbeidsovereenkomst de WNT van toepassing is. Naar het oordeel van de kantonrechter is in deze zaak afwijking van de WNT aanvaardbaar. In de tussenbeschikking is geoordeeld dat werknemster (statutair directeur) in ieder geval aanspraak kan maken op de transitievergoeding en de contractuele schadevergoeding. Op de mondelinge behandeling heeft de Stichting verklaard zich erbij neer te leggen, als wordt bepaald dat zij ter zake van transitievergoeding een bedrag van € 26.803 is verschuldigd en als contractuele vergoeding een bedrag van € 75.000. Gelet hierop zal de Stichting worden veroordeeld deze bedragen ter zake van genoemde vergoedingen aan werknemster te voldoen. De vraag die nu met name dient te worden beantwoord is of de Stichting een billijke vergoeding is verschuldigd.

Oordeel

Een dergelijke situatie (ernstig verwijtbaar handelen van de Stichting) doet zich hier naar het oordeel van de kantonrechter voor. Uitsluitend door toedoen van de Stichting heeft de relatie tussen partijen geen toekomstperspectief. Er is terecht door werknemster aangevoerd dat de Stichting onder meer het beginsel van hoor en wederhoor niet heeft gerespecteerd, en werknemster heeft terecht een aantal kanttekeningen geplaatst bij de gang van zaken, die uiteindelijk tot haar schorsing en ontslag als statutair directeur heeft geleid. De op non-actiefstelling van werknemster en later het ontslag als statutair directeur heeft de Stichting ten onrechte gebaseerd op het verwijt dat de door werknemster doorgevoerde verbeterprogramma's en maatregelen onvoldoende effectief bleken en dat zij bewust nalatig

was bij het verstrekken van de benodigde informatie aan de raad van toezicht. De op non-actiefstelling kwam ook als een donderslag bij heldere hemel. Bovendien zou volgens de gespreksagenda het overleg waarin werkneemster op non-actief is gesteld gaan over de voortgang van de maatregelen rondom het verscherpte toezicht (en niet over een mogelijke op non-actiefstelling). Werkneemster moest het pand na afloop van het gesprek direct verlaten, zonder contact te mogen opnemen met haar collega's. Voorts heeft de Stichting tegenover werkneemster ernstig onzorgvuldig gehandeld door iedereen binnen de Stichting direct over de op non-actiefstelling te informeren en door over de op non-actiefstelling de media actief te benaderen. Als goed werkgever heeft de Stichting de verantwoordelijkheid om vooraf na te denken over hoe zij met haar werknemers omgaat. In dit geval is sprake van een opeenstapeling van fouten. Dat de Stichting zich laakbaar heeft gedragen jegens werkneemster en dat de relatie tussen partijen daardoor geen toekomstperspectief heeft – waarmee het ernstig verwijtbaar handelen is gegeven – staat derhalve onverkort overeind. De kantonrechter stelt ten aanzien van de hoogte van de toe te kennen billijke vergoeding het volgende voorop. De kantonrechter neemt bij de bepaling van de hoogte van de vergoeding naast het ernstig verwijtbare handelen van de Stichting in aanmerking dat werkneemster nog geen nieuwe baan heeft gevonden, terwijl vaststaat dat werkneemster zich sinds zij is ontslagen aanzienlijk heeft ingespannen een nieuwe dienstbetrekking te vinden. Dit rechtvaardigt – mede gezien haar ernstig geschonden reputatie en professionele integriteit door de vanuit de Stichting geïnitieerde uiterst negatieve berichtgeving in de gedrukte en digitale media, het blijvend makkelijk vindbaar zijn van de aan werkneemster gemaakte verwijten op internet en het geringe aantal beschikbare functies op het niveau van een bestuurder zoals werkneemster – de verwachting dat zij gedurende een langere periode werkloos zal raken. Van eigen schuld aan de zijde van werkneemster is niet gebleken. Alle omstandigheden in aanmerking nemende acht de kantonrechter termen aanwezig de billijke vergoeding te bepalen op € 137.844.

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 31-01-2018

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2018:353

Zaaknummer: 6121314/ HA VERZ 17-150

Advocaten: H.A. Hoving en J.C.M. Bonnier

Wetsartikelen: 7:673 BW, 7:681 BW, 1.6 lid 2 WNT en 7:669 lid 3 onderdeel h BW

RECHTSPRAAK

werknemer/NLW GROEP N.V.

Werkgever heeft arbeidsongeschikte werknemer na de wachttijd van een jaar terecht (slechts) 70 procent van het loon doorbetaald. Ondanks tussentijdse nieuwe gezondheidsklachten is geen sprake van een doorbreking van de wachttijd geweest. Verrichte werkzaamheden waren passend.

Feiten

Werknemer is op 5 maart 1991 in dienst getreden bij NLW in de functie van meewerkend voorman. Op de arbeidsovereenkomst is van toepassing de cao voor de sociale werkvoorziening. Op 8 april 2015 heeft werknemer zich ziekgemeld wegens knieklachten. In verband met de knieklachten oordeelt de bedrijfsarts in eerste instantie dat werknemer beperkt is in langer zitten/staan/lopen/hurken/ knielen. Op 17 november 2015 oordeelt de bedrijfsarts dat werknemer daarnaast fors beperkt is in veel praten. In zijn rapportage van 1 maart 2016 oordeelt de bedrijfsarts dat hij medisch geen bezwaar ziet om alle uren te werken in werkzaamheden die passen bij de (bij het advies gevoegde) FML (Functie Mogelijkheden Lijst). Tevens meldt de bedrijfsarts dat werknemer dan reeds alle uren werkt. De bedrijfsarts acht de prognose goed voor passend werk. De door beide partijen opgestelde en op 4 maart 2016 ondertekende (Eerstejaars)evaluatie vermeldt dat geen re-integratie tweede spoor is ingezet, omdat de verwachting is dat er voldoende passende mogelijkheden aanwezig zijn binnen de eigen organisatie en omdat werknemer op dat moment al (volledig) in aangepaste arbeid werkzaam is. Op 2 augustus 2016 oordeelt de bedrijfsarts dat de beperkingen ten aanzien van de communicatie duidelijk zijn verminderd en dat er op dat moment geen bezwaar bestaat tegen volledige hervatting in het eigen werk. Werknemer is dan ook per 3 augustus 2016 hersteld gemeld. NLW heeft het loon van werknemer over de maanden mei, juni en juli 2016 deels gekort tot 70 procent. Werknemer heeft op 15 november 2016 bij het UWV een deskundigenoordeel aangevraagd over de vraag of hij zijn eigen werk op 4 januari 2016 kon doen. Werknemer vordert, na vermeerdering van eis bij repliek – samengevat – veroordeling van NLW tot betaling van € 1.318,33 bruto.

Oordeel

Het deskundigenoordeel van 29 december 2016 vermeldt letterlijk: *'Ons oordeel is dat u uw eigen werk op 4 januari 2016 niet kon doen. U heeft op 4 januari 2016 het volledig aantal uren hervat in aangepast werk. Op 3 augustus 2016 heeft u volledig hervat in uw eigen werk.'* Naar het oordeel van de kantonrechter is dit oordeel van de deskundige geheel in lijn met het feitenrelaas. De kantonrechter kan werknemer ook niet volgen in zijn stelling dat uit de bij het deskundigenoordeel bijgevoegde rapportage van de arbeidsdeskundige moet worden geconcludeerd dat werknemer op 4 januari 2016 geschikt was voor zijn eigen functie als meewerkend voorman dan wel dat hij deze functie op dat moment daadwerkelijk vervulde. Gelet op al het voorgaande moet het ervoor worden gehouden dat werknemer van 4 januari 2016 tot 3 augustus 2016 passend werk verrichtte in het kader van zijn re-integratie. Van een doorbreking van de wachttijd is dan ook geen sprake geweest. Dat er vanaf november 2015 nieuwe klachten zijn bijgekomen maakt dit niet anders. Werknemer heeft de door NLW gestelde ziekmeldingen in de periode mei tot en met juli 2016 niet betwist, zodat werknemer ingevolge artikel 8.1, lid 5, van de cao voor die periodes recht heeft op 70 procent van het loon. Hoewel de kantonrechter de brieven van NLW van 11 februari en 13 april 2016 niet erg duidelijk vindt, is hij van oordeel dat werknemer daaraan niet het vertrouwen mocht ontnemen dat hem 100 procent zou worden doorbetaald. Gelet op het voorgaande moet de vordering van werknemer, inclusief de nevenvorderingen, worden afgewezen.

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 31-01-2018

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2018:1009

Zaaknummer: 6309189 \ CV EXPL 17-7313

Rechters: J.W. Rijkse

Advocaten: A.W. van Duijnhoven en M.M. van Kralingen-Haanstra

Wetsartikelen: 7:629 BW

RECHTSPRAAK

de vereniging c.s./OR Belastingdienst/Douane

Het is niet aan de voorzieningenrechter om op de stoel van de OR te gaan zitten. OR mag vooralsnog een onderdeelcommissie opheffen, omdat onderdeelcommissie weigert overleg te voeren met de directie.

Feiten

BVPP is een vakbond. De Douane heeft tien kantoren, waaronder het Douanekantoor Schiphol Passagiers (DSP). De OR is de ondernemingsraad ten behoeve van Douane Nederland. Sinds 1 december 2012 werkt de Douane met één centrale ondernemingsraad en met onderdeelcommissies (OC's) ten behoeve van de tien douanekantoren, waaronder de OC van Douanekantoor Schiphol Passagiers (OC DSP). Eiser 1 en eiser 2 zijn werkzaam op DSP, zij zijn lid van BDPN en zij hebben of hadden zitting in de OC DSP. De OC DSP heeft bij brief van 20 december 2016 het vertrouwen in de directie opgezegd. De OR heeft bij brief van 3 januari 2017 onder meer medegedeeld begrepen te hebben dat de leden van de OC DSP hun taken en bevoegdheden als lid van de OC DSP kennelijk hebben neergelegd en dat de OR voornemens is over te gaan tot het benoemen van nieuwe leden van de OC DSP, die de plaats zullen innemen van de teruggetreden leden. De OR heeft bij brief van 22 juni 2017 aan de OPC DSP medegedeeld dat op 16 juni 2016 besloten is om OC DSP te ontbinden. De OC DSP heeft de OR bij brief van 27 juni 2017 geantwoord niet in te stemmen met de voorgestelde wijzigingen in het instellingsbesluit OC's. BDPN heeft de OR verzocht het besluit tot opheffing van de OC DSP te heroverwegen. De OR heeft dit geweigerd. BVPP c.s. verzoeken de OR te veroordelen om de Onderdeelcommissie in de vorm en samenstelling zoals deze bestond tot 16 juni 2017 te herinstalleren, dan wel verkiezingen te organiseren voor een Onderdeelcommissie ten behoeve van DSP.

Oordeel

De voorzieningenrechter acht het treffen van de primair gevorderde voorziening niet gerechtvaardigd. Niet alle negen (voormalige) leden van de OC DSP zijn verschenen. BVPP c.s. kunnen zonder machtiging niet spreken namens de zeven leden die niet verschenen zijn. Indien kan worden aangenomen dat BVPP c.s., ook zonder de gehele OC DSP te

vertegenwoordigen, in rechte kunnen opkomen tegen het – principiële – besluit van een OR om een OC op te heffen, heeft het volgende te gelden. Waar een OR een OC mag oprichten (op grond van art. 15 lid 1 WOR), kan op voorhand niet worden aangenomen dat een OR een OC niet ook zou mogen ontbinden. Maar het blijft wel mogelijk om een besluit daartoe te toetsen op eventuele onrechtmatigheid. Het is echter niet aan de voorzieningenrechter om op de stoel van de OR te gaan zitten, waar het beleidsmatige keuzes van een OR betreft over de wijze waarop hij de delegatie van medezeggenschap in de onderneming vorm wenst te geven. Een OR wordt democratisch gekozen en zal als zodanig tegenover zijn kiezers verantwoording moeten afleggen. Terughoudendheid is dus geboden bij het oordeel dat de ontbinding van een OC onrechtmatig is. Er is onvoldoende grond voor het voorshands oordeel dat de OR onrechtmatig heeft gehandeld. Mogelijk is juist dat sprake is van '*management by intimidation*'. In deze procedure kan echter niet worden vastgesteld of daadwerkelijk sprake is van management by intimidation, alleen al niet omdat de directie van DSP hier geen partij is. Evenmin zal de subsidiaire vordering (spoedige verkiezingen) worden toegewezen. Ter zitting bleek dat de OR inmiddels al een aanvang heeft gemaakt met het instellen van een nieuwe vorm van medezeggenschap op DSP. Er is een oproep geplaatst voor kandidaten en eiser 1 en eiser 2 hebben zich hier bovendien voor aangemeld. Dat de nieuwe vorm van medezeggenschap waaraan of waarmee thans gewerkt wordt niet volstaat, al was het maar als zijnde een voorlopige vorm, blijkt niet. Eiser 1 en eiser 2 zijn kennelijk zelf óók bereid om in de nieuwe vorm van zeggenschap te participeren, ook al is dat dan wellicht met de nodige reserves van hun kant. Het gevorderde zal derhalve worden afgewezen.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 30-01-2018

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2018:850

Zaaknummer: C/10/540914 / KG ZA 17-1346

Rechters: P. de Bruin

Advocaten: J.D.A. Domela en G. Stouthart

Wetsartikelen: 13 WOR, 15 lid 1 WOR, 36 lid 1 WOR en 3:305a BW

RECHTSPRAAK

X./Y.

<p>ZZP'er die na vijf ZZP-jaarcontracten een arbeidsovereenkomst meent te hebben, vist achter het net. Wijze waarop uitvoering is gegeven aan de (opdracht)overeenkomsten, bijvoorbeeld door maandelijkse facturering van bedrag verhoogd met btw, afspraken over verrekening van de urennorm en afwijkende arbeidsvoorwaarden, leiden tot weerlegging rechtsvermoeden (art. 7:610a BW).</p>

Feiten

X heeft sinds 1 oktober 1999 een eenmanszaak, een organisatie-adviesbureau. Bij brief van 6 november 2012 heeft stichting Y aan X een aanbod gedaan om op basis van een interimopdracht in de functie van rayonmanager werkzaamheden voor Y te verrichten. Daarnaast heeft Y aan X de mogelijkheid geboden om bij Y in dienst te treden. X heeft vervolgens op basis van een vijftal overeenkomsten aansluitend werkzaamheden voor Y verricht. De overeenkomsten betreffende de periode (1) 1 december 2012 – 30 november 2013, (2) 1 december 2013 – 30 november 2014, (3) 1 december 2014 – 30 november 2015, (4) 1 december 2015 – 31 mei 2016 en (5) 1 april 2016 – 30 november 2016. In de overeenkomsten staat dat partijen een overeenkomst van opdracht hebben gesloten. In de laatste tussen partijen gesloten overeenkomst staat dat partijen met elkaar wensen te contracteren op basis van een overeenkomst van opdracht en dat zij uitdrukkelijk niet beogen een arbeidsovereenkomst aan te gaan. Verder is bepaald dat bij een succesvolle uitvoering van de interimopdracht zal worden overwogen om in november 2016 de interimopdracht om te zetten in een vaste aanstelling. Bij brief van 28 november 2016 heeft Y aan X meegedeeld dat de op 1 juni 2016 aangegane interimopdracht van rechtswege per 30 november 2016 zou eindigen. Hierop heeft X bij e-mail van 28 november 2016 aan Y laten weten dat hij van mening was dat tussen partijen een arbeidsovereenkomst bestond die niet op deze wijze kon worden beëindigd. In de bestreden beschikking heeft de kantonrechter geoordeeld dat van een arbeidsovereenkomst tussen partijen geen sprake is geweest.

Oordeel

De grieven van X houden, kort samengevat, in dat de kantonrechter ten onrechte en op deels onjuiste gronden tot het oordeel is gekomen dat Y het rechtsvermoeden dat sprake is van een arbeidsovereenkomst (art. 7:610a BW) heeft weerlegd. Het hof oordeelt als volgt. Vaststaat dat Y aan X in ieder geval tot in 2014 de keuze heeft gegeven om zijn werkzaamheden voor Y in loondienst dan wel als zelfstandige te gaan verrichten. Evenmin is in geschil dat X heeft gekozen om per 1 december 2012 als ZZP'er voor Y aan de slag te gaan. Het hof stelt vast dat partijen bij het aangaan van de eerste overeenkomst de bedoeling hebben gehad om de verhouding tussen partijen in de vorm van een opdrachtovereenkomst en niet een arbeidsovereenkomst te gieten. Partijen hebben als volgt uitvoering gegeven aan de overeenkomst. X heeft maandelijks vanuit zijn eenmanszaak een factuur aan Y gezonden voor de door hem verrichte werkzaamheden. Hierbij werd telkens een vast bedrag, verhoogd met btw, in rekening gebracht. Dat is een relevant verschil met de situatie in het aangehaalde arrest PGGM/Stichting Thuiszorg Rotterdam van de Hoge Raad van 13 juli 2007. Verder heeft X volgens de Belastingdienst in elk geval over de jaren 2013 en 2014 gewerkt als zelfstandige en heeft de Belastingdienst aan hem een VAR-Wuo verstrekt. Werknemer heeft een btw-administratie gevoerd en heeft gebruikgemaakt van de fiscale vrijstellingen die gelden voor ondernemers. Deze feiten en omstandigheden wijzen ondubbelzinnig in de richting van het ondernemerschap. Dat X werd doorbetaald bij ziekte, zoals hij heeft aangevoerd, is onjuist. Een afspraak over verrekening bij het niet halen van de urennorm per (half) jaar alsook bij het voortijdig beëindigen van de overeenkomst is eveneens een van een normale arbeidsovereenkomst afwijkende regeling. Dat partijen steeds de bedoeling hebben gehad dan wel tussentijds ervoor hebben gekozen een arbeidsovereenkomst aan te gaan, is uit de stukken niet af te leiden. Integendeel, uit diverse in het geding overgelegde stukken volgt eerder het tegenovergestelde. Het feit dat ieder jaar functioneringsgesprekken zijn gevoerd en dat Y aan X instructies heeft gegeven, is niet van doorslaggevend belang omdat dit bij een overeenkomst van opdracht ook aan de orde kan zijn. Concluderend is het hof van oordeel dat op grond van alle hiervoor behandelde feiten en omstandigheden, in onderling verband en samenhang beschouwd, het rechtsvermoeden dat X de arbeid voor Y krachtens arbeidsovereenkomst heeft verricht – nu hij vier jaar achtereen voor Y werkzaamheden heeft verricht – als weerlegd dient te worden beschouwd. De rechtsverhouding tussen X en Y kan niet als een arbeidsovereenkomst worden gekwalificeerd, gelijk ook de kantonrechter heeft geoordeeld.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 30-01-2018

Zaaknummer: 200.218.895/01

RECHTSPRAAK

Amsterdam City Tours c.s./werkneemster

***Werkneemster mocht vertrouwen op eerder gedane toezeggingen.
Arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd verlengd.***

Feiten

Op 21 april 2015 zijn partijen een arbeidsovereenkomst (nulurencontract) voor bepaalde tijd overeengekomen waarbij werkneemster op 28 april 2015 bij ACT voor de duur van zes maanden in dienst is getreden. De arbeidsovereenkomst zou van rechtswege eindigen op 28 oktober 2015. Bij e-mail van 15 september 2015 heeft werkneemster een gespreksverslag ontvangen van een gesprek tussen A en B van ACT en werkneemster. Hierin is onder meer te lezen dat B heeft aangegeven dat het contract van werkneemster wordt verlengd en dat A in september een nieuw contract zal maken. Bij e-mail van 27 september 2015 heeft ACT werkneemster bericht dat na intern overleg is besloten om haar contract niet te verlengen. Na 28 oktober 2015 heeft werkneemster geen werkzaamheden meer verricht voor ACT. De kantonrechter heeft onder meer voor recht verklaard dat de arbeidsovereenkomst tussen partijen is beëindigd per 28 april 2016. Vanaf 28 oktober 2015 is aan werkneemster loon toegewezen op basis van een arbeidsduur van 24 uur per week. Werkneemster mocht ervan uitgaan dat de toezegging op 11 september 2015 aan haar door twee personeelsleden van ACT bevoegdlijk is geschied. Nu partijen verder destijds niet hebben gesproken over de duur van de verlenging, dient de arbeidsovereenkomst te zijn voortgezet voor dezelfde tijd als destijds bij het aangaan daarvan was overeengekomen. Tegen deze beslissing en de daaraan ten grondslag gelegde motivering komt ACT op.

Oordeel

Het hof stelt allereerst vast dat uit de e-mail afkomstig van A en de vaststaande feiten op geen enkel wijze blijkt van enig voorbehoud ten aanzien van de daarin neergelegde toezeggingen. Van belang is dat werkneemster al eerder met A te maken had gehad toen zij een sollicitatiegesprek met haar voerde voorafgaand aan de totstandkoming van de overeenkomst voor bepaalde tijd in april 2015. Onder deze omstandigheden mocht werkneemster erop vertrouwen dat de aan haar in het gesprek van 11 september 2015 gedane mededelingen over

het verdere verloop van haar arbeidsovereenkomst wederom bevoegd werden gedaan namens ACT. ACT betoogt dat voorts, als al moet worden aangenomen dat er door ACT een aanbod is gedaan, dat aanbod niet door werkneemster is aanvaard, althans is ingetrokken. De stelling van ACT snijdt geen hout. ACT voert verder aan dat werkneemster geen beroep toekomt op het bepaalde in artikel 7:610b BW. Het hof stelt allereerst vast dat uit de overeenkomst tussen partijen van september 2015 valt af te leiden dat ACT van mening was dat er behoefte bestond aan de werkkraft van werkneemster ook na het 'hoogseizoen'. In ieder geval kan worden aangenomen dat het verschijnsel van de piek in de werkzaamheden in het hoogseizoen er niet toe leidt dat er geen werkzaamheden meer voor werkneemster beschikbaar waren in de door haar gewenste omvang van 24 uur per week. Voorts betoogt ACT dat de arbeidsovereenkomst is opgezegd per 28 oktober 2015 en dat daarmee ook een einde is gekomen aan de eventueel overeengekomen verlenging van de arbeidsovereenkomst. Het hof stelt voorop dat een uitleg van een mededeling van een werkgever als een (onregelmatige) opzegging van een arbeidsovereenkomst ten koste zou kunnen gaan van de bescherming van werknemers; het hof wijst in dit verband op de korte vervaltermijn om tegen een zodanige opzegging op te komen. In elk geval behoefde werkneemster in dit geval een zodanige verderstreckende betekenis niet toe te kennen aan die mededeling. Werkneemster stelt zich nog op het standpunt dat ervan uitgegaan dient te worden dat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is ontstaan. Het hof overweegt dat van een stilzwijgende voortzetting in dit geval geen sprake is, nu partijen uitdrukkelijk hebben gesproken over een verlenging van de arbeidsovereenkomst. In dit geval doet zich in wezen de situatie voor dat de arbeidsovereenkomst is voortgezet zonder dat gesproken is over de voorwaarden waaronder de arbeidsovereenkomst werd voortgezet. De toezegging van ACT dat werkneemster (ook) aanspraak kon maken op een hoger salaris gold reeds vanaf 1 augustus 2015, derhalve onder de vigeur van de reeds bestaande arbeidsovereenkomst. Daarmee is niet voldaan aan de verplichting als bedoeld in artikel 7:668 lid 1 onder b BW met het rechtsgevolg als bedoeld in artikel 7:668 lid 4 aanhef en onder a BW dat de arbeidsovereenkomst wordt geacht voor dezelfde tijd maar ten hoogste voor een jaar op de vroegere voorwaarden te zijn aangegaan. Daarmee is het oordeel van de kantonrechter dat de verlengde arbeidsovereenkomst van rechtswege haar einde vond op 28 april 2016 juist.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 23-01-2018

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2018:231

Zaaknummer: 200.207.488/01

Rechters: R.J.F. Thiessen, H. Th. van der Meer en C.M. Aarts

Advocaten: D. Maats en J.F.R. Eisenberger

Wetsartikelen: 7:610b BW en 7:668 lid 4 BW

RECHTSPRAAK

werknemers/werkgever

Faillietverklaring. Faillissementsprocedure leent zich niet voor geven van een oordeel over de vraag of arbeidsovereenkomsten (rechtsgeldig) zijn beëindigd.

Feiten

Werkgever is actief als restaurant en heeft aan haar werknemers medegedeeld dat het restaurant gesloten zou worden en dat het openstaande salaris en overige emolumenten niet meer konden worden betaald aan de werknemers. Daarop hebben werknemers het faillissement van werkgever aangevraagd. Werknemers hebben ter zitting van 2 januari 2018 gesteld dat slechts een gedeelte van de openstaande vorderingen is betaald. Werkgever voert aan dat zij al hetgeen zij aan werknemers is verschuldigd, heeft voldaan. Zij heeft alle werknemers op 5 december 2017 naar huis gestuurd. Tussen partijen is daarbij overeengekomen dat de openstaande vorderingen verrekend zouden worden met de minuren die werknemers zouden opbouwen over de maand december 2017, zodat thans geen vorderingen meer resteren, aldus werkgever. Dat is door werknemers weersproken.

Oordeel

De faillissementsprocedure leent zich niet voor het geven van een oordeel over de vraag of werkgever de arbeidsovereenkomsten (rechtsgeldig) heeft beëindigd, zodat de rechtbank het ervoor houdt dat de arbeidsovereenkomsten nog voortduren. Door werknemers is voldoende gedocumenteerd aangetoond dat zij een (loon)vordering hebben uit hoofde van hun arbeidsovereenkomst en dat deze niet is voldaan door werkgever. Van een contractuele verrekeningsafpraak is naar het oordeel van de rechtbank niet gebleken. Aan de vereisten van artikel 6:127 BW dan wel artikel 7:632 BW is voorts niet voldaan. De rechtbank gaat daarom voorbij aan het verweer van werkgever en komt tot het oordeel dat werknemers vorderingen hebben op werkgever. Naar het oordeel van de rechtbank verkeert werkgever voorts in de toestand dat zij heeft opgehouden te betalen, nu zij – ondanks betalingstoezeggingen – de vorderingen van werknemers alsook andere partijen onbetaald laat. De rechtbank verklaart werkgever in staat van faillissement.

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 23-01-2018

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2018:1089

Zaaknummer: C/09/18/35 R

Rechters: A.M.H. van der Poort-Schoenmakers

Advocaten: M.M.C. van der Sanden

Wetsartikelen: 6:127 BW, 7:616 BW en 7:632 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Nederlands Gereformeerde Kerk Hattem

Predikant van een kerkgenootschap in de zin van artikel 2:2 BW heeft een arbeidsovereenkomst. Kennelijk onredelijk ontslag.

Feiten

De NGK Hattem is een kerkgenootschap in de zin van artikel 2:2 BW. Het bestuur van de NGK Hattem wordt gevormd door de Kerkenraad. Werknemer is de predikant van NGK Hattem. Bij brief van 10 december 2007 heeft werknemer aan de Kerkenraad medegedeeld gescheiden van zijn vrouw te gaan leven en wonen. Op 10 september 2008 heeft de Regiovergadering op advies van de regiocommissie ingestemd met het verzoek van de NGK Hattem om goedkeuring te verlenen aan het voorgenomen ontslag. Werknemer heeft in eerste aanleg gevorderd voor recht te verklaren dat de NGK Hattem de arbeidsovereenkomst met werknemer kennelijk onredelijk heeft opgezegd. De rechtbank heeft bij vonnis van 17 oktober 2012 geoordeeld dat er geen sprake is van een arbeidsovereenkomst. Tegen dit vonnis komt werknemer in hoger beroep.

Oordeel

Arbeidsovereenkomst

Tussen partijen is niet in geschil dat werknemer sinds zijn beroeping (voorafgaand aan zijn arbeidsongeschiktheid) gedurende langere tijd een dagtaak had aan het vervullen van zijn ambt voor de NGK Hattem, zodat sprake was van arbeid gedurende zekere tijd. Dat hij traktement ontving, staat evenmin ter discussie. Door de NGK Hattem is ook niet, althans hoogstens indirect, bestreden dat hetgeen tussen partijen is overeengekomen een gezagsverhouding meebracht. Dat in de beroepingsbrief wordt verwezen naar de WAP-richtlijn, in artikel 1 lid 3 waarvan is vermeld dat de verbondenheid tussen 'de predikant en de gemeente' geen arbeidsovereenkomst is, is voor de aard van de overeenkomst niet doorslaggevend. Naar het oordeel van het hof is er sprake van een arbeidsovereenkomst. De NGK Hattem werpt werknemer in verband met de vraag of ter zake sprake is van een arbeidsovereenkomst in het bijzonder nog tegen artikel 2:2 BW, op grond waarvan kerken

worden geregeerd door hun eigen statuut. Dit eigen statuut geldt volgens artikel 2:2 lid 2 BW 'voor zover het niet in strijd is met de wet'. Het arbeidsrecht volgens het BW evenwel is, zoals werknemer ook aanvoert, in hoge mate dwingendrechtelijk van aard. Aldus zal het hof het ontslag van werknemer toetsen aan het arbeidsrecht volgens het BW voor zover dit, als dwingend recht, het kerkelijke statuut ter zijde stelt.

Kennelijk onredelijk ontslag

Gelet op de kritische opmerkingen van de regiocommissie over de Kerkenraad, de wijze waarop NGK Hattem invulling heeft gegeven aan haar re-integratieverplichting en de (ernstige) gevolgen die het ontslag voor werknemer heeft, mede in aanmerking nemende de leeftijd van werknemer en de voor hem beperkte mogelijkheden om ander passend werk te vinden, is het hof van oordeel dat de gevolgen van de opzegging voor werknemer te ernstig zijn in vergelijking met het belang van de NGK Hattem bij die opzegging. Dit betekent dat het aan werknemer gegeven ontslag kennelijk onredelijk is. Het hof kent € 61.750 bruto als schadevergoeding toe aan werknemer.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 02-01-2018

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2018:38

Zaaknummer: 200.124.042

Rechters: H. van Loo, P.L.R. Wefers Bettink en L.F. Wiggers-Rust

Advocaten: T. van Kooten en P.L. Hellinga

Wetsartikelen: 2:2 BW, 7:610 BW en 7:681 BW (oud)

RECHTSPRAAK

werkgever/werknemer

Is werkgever aansprakelijk voor schade van werknemer bij wie maligne mesotheliom (ontstaan door asbest) is geconstateerd? Hof ziet aanleiding meervoudige comparitie van partijen te gelasten; doel is beproeven van een minnelijke regeling of de doorwijzing naar mediation.

Het hof ziet aanleiding om een meervoudige comparitie van partijen te gelasten. Het doel is het beproeven van een minnelijke regeling of de doorwijzing naar mediation. Voorts kan de comparitie worden benut om informatie uit te wisselen en om eventuele instructies met betrekking tot de zaak te geven. Iedere verdere beslissing wordt aangehouden.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 22-11-2016

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2016:5227

Zaaknummer: 200.200.077/01

Rechters: C.E.L.M. der Smeenk-van Weijden, J.M. Brandenburg en M.A. Wakebe

Advocaten: P.J. Klein Gunnewiek en R.F. Ruers

Wetsartikelen: 6:107 BW en 7:658 BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/Golf & businessclub Maastricht B.V.

Geen sprake van opvolgend werkgeverschap aangezien er geen zodanige banden tussen GBM en MIG bestaan op grond waarvan GBM inzicht heeft verkregen in de hoedanigheden en geschiktheid van werkneemster.

Feiten

Werkneemster is met ingang van mei 2007 krachtens arbeidsovereenkomst bij MIG in dienst getreden. MIG is op 7 november 2011 failliet verklaard. Met ingang van 1 januari 2012 is werkneemster krachtens arbeidsovereenkomst bij GBM in dienst getreden als manager interne zaken en receptiemedewerker. Op 24 juli 2017 is door het UWV aan GBM toestemming verleend om de arbeidsovereenkomst met werkneemster wegens bedrijfseconomische redenen op te zeggen. Het UWV heeft in zijn beslissing een wederindiensttretingsvoorwaarde opgenomen. De arbeidsovereenkomst van werkneemster is door GBM bij brief van 27 juli 2017 opgezegd tegen 1 oktober 2017. GBM heeft een transitievergoeding aan werkneemster voldaan. Werkneemster verzoekt onder meer herstel van de arbeidsovereenkomst, dan wel toekenning van een billijke vergoeding en een hogere transitievergoeding. GBM verzoekt bij wijze van voorwaardelijk tegenverzoek terugbetaling van de transitievergoeding.

Oordeel

Valse of voorgewende reden en afspiegelingsbeginsel

Werkneemster is allereerst van oordeel dat er sprake is van een valse of voorgewende reden. Zij stelt dat de huidige managing director van GBM het op haar gemunt heeft. Een valse reden is een niet bestaande reden. Het vervallen van de arbeidsplaats van werkneemster ten gevolge van bedrijfseconomische motieven is in deze procedure niet door haar ter discussie gesteld. Daarmee staat vast dat louter bedrijfseconomische redenen aan het ontslag van werkneemster ten grondslag liggen. Ten tweede heeft werkneemster aangevoerd dat het afspiegelingsbeginsel niet juist is toegepast. Werkneemster stelt in dat verband dat zij samen

met X en Y werkzaam was aan de receptie van GBM. Aangezien Y het kortst in dienst is, had hij voor ontslag voorgedragen moeten worden. Ter zitting is door de kantonrechter aan de orde gesteld dat in de UWV-procedure niet is betwist dat werkneemster een uniek functie bekleedde, terwijl in deze procedure zonder nadere verklaring van deze opmerkelijke switch uitvoerig wordt betoogd dat zij géén unieke functie had. Die wisseling in standpunten geeft te denken. De kantonrechter stelt voorop dat het bij uitwisselbare functies gaat om de uitwisselbaarheid van *functies* (en niet van medewerkers). Behoudens de algemene receptietaken is de functie van werkneemster noch voor wat betreft de inhoud van haar functie, noch voor wat betreft de voor die functie vereiste kennis, vaardigheden en competenties vergelijkbaar met de *functies* van Y en/of X. De conclusie is dat werkneemster een unieke functie binnen GBM vervulde. Aan toepassing van het afspiegelingsbeginsel wordt daardoor niet toegekomen.

Wederindiensttredingsvoorwaarde

Er moet worden geconcludeerd dat de werkzaamheden die de medewerkster communicatie & marketing verricht, een volstrekt andere aard en inhoud hadden dan de werkzaamheden die werkneemster verrichtte. Zij kan dan ook niet aangemerkt worden als ‘opvolgster’ van werkneemster. Ook anderszins is niet gebleken dat deze wederindiensttredingsvoorwaarde door GBM is geschonden.

Opvolgend werkgeverschap en overgangsregeling 50-plussers

Partijen zijn het erover eens dat de vraag of er in casu sprake is van opvolgend werkgeverschap beantwoord moet worden aan de hand van de criteria die de Hoge Raad in het ‘Van Tuinen-arrest’ heeft gegeven. Ten aanzien van de eerste voorwaarde heeft werkneemster onvoldoende gemotiveerd en concreet uitgewerkt dat de nieuwe arbeidsovereenkomst met GBM wezenlijk dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden vereist als de arbeidsovereenkomst die zij met MIG was aangegaan. Voor wat betreft de tweede voorwaarde is niet komen vast te staan dat er zodanige banden tussen GBM en MIG bestaan op grond waarvan GBM inzicht heeft verkregen in de hoedanigheden en geschiktheid van werkneemster. Aan het ‘zodanige banden-criterium’ uit het Van Tuinen-arrest is dus evenmin voldaan. Op grond van het bepaalde in artikel 7:673a lid 1 BW heeft een werknemer die vijftig jaar of ouder is en wiens arbeidsovereenkomst ten minste 120 maanden heeft geduurd, recht op een hogere transitievergoeding. Allereerst is, nu er geen sprake is van opvolgend werkgeverschap, geen sprake van een arbeidsovereenkomst die ten minste 120 maanden heeft geduurd. Daarnaast gaat werkneemster eraan voorbij dat lid 1 van artikel 7:673a BW niet van toepassing is op de werkgever die minder dan 25 werknemers in dienst had in de tweede helft van het kalenderjaar waarin voor de werknemer een verzoek om

toestemming als bedoeld in artikel 7:671a BW is ingediend. Het betoog van werknemer faalt. Wel heeft GBM erkend dat bij de berekening van de transitievergoeding abusievelijk geen rekening is gehouden met de vakantiebijslag en dat werknemer nog recht heeft op een nabetaling van € 385 bruto.

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 02-02-2018

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2018:1079

Zaaknummer: 6509081 AZ VERZ 17-157

Rechters: H.W.M.A. Staal

Advocaten: S.J.M. Peters en I. Swennen

Wetsartikelen: 7:669 lid 1 en 3 onderdeel a BW, 7:671a BW, 7:673 BW, 7:673a lid 1 BW, 7:681 lid 1 onderdeel d BW, 7:682 lid 4 BW, 7:682 lid 6 BW en 7:686a lid 1 BW

RECHTSPRAAK

Ondernemingsraad van de Gemeente Landgraaf/Gemeente Landgraaf

De fictieve-pauzeregeling is formeel nooit bij besluit van de gemeente gewijzigd. Hoewel in de praktijk (bijna tien jaar) werd gehandeld conform een geaccordeerd wijzigingsvoorstel is de mededeling van de gemeente dat de pauze weer zal worden berekend conform de ongewijzigde regeling geen besluit in de zin van de WOR.

Feiten

De ambtenaren van de gemeente maken voor de registratie van hun werk- en pauzetijden gebruik van een kloksysteem. Binnen de gemeente is de Arbeidsvoorwaardenregeling gemeente Landgraaf van toepassing. Deze wordt bij besluit van het college van B&W van 17 december 2007 gewijzigd. In de nieuwe werktijdenregeling is de fictieve-pauzeregeling ('strafkorting') gewijzigd in die zin dat een fictieve pauze van dertig minuten wordt geregistreerd als een ambtenaar niet of te weinig pauzeert. Wegens onduidelijkheden over de nieuwe fictieve-pauzeregeling wordt aan het college van B&W bij nota van 11 augustus 2008 voorgesteld de regeling te wijzigen. Uit een stempelafdruk op een nota van het college van B&W van 23 september 2008 blijkt de tekst 'ACCOORD MET VOORSTEL'. De OR heeft met het voorstel ingestemd. De werktijdenregeling wordt niet formeel gewijzigd. Op 4 juni 2009 wordt een instemmingsaanvraag gedaan met betrekking tot aanpassing van de werktijdenregeling. Hierin is de fictieve-pauzeregeling nog steeds ongewijzigd opgenomen. De OR stemt met het voorstel in. Sinds 2008 wordt de fictieve-pauzeregeling conform de voorgestelde wijziging van 11 augustus 2008 feitelijk toegepast. Bij bericht op het intranet van de gemeente van 20 december 2016 laat de gemeente weten dat de pauzetijden per 1 januari 2017 weer conform de (ongewijzigde) fictieve-pauzeregeling vastgesteld bij besluit van 17 december 2007 zullen worden berekend. De OR stelt zich op het standpunt dat het bericht kan worden gezien als een wijziging van de werktijdenregeling en aldus een besluit is dat instemming behoeft van de OR. De OR wendt zich tot de kantonrecht en verzoekt een verklaring voor recht dat sprake is van een wijziging van een arbeids- en rusttijdenregeling en

dat het bericht van 20 december 2016 nietig is. De kantonrechter wijst de verzoeken af. De Arbeidsvoorwaardenregeling is met betrekking tot de fictieve-pauzeregeling in 2008 niet gewijzigd. In wezen houdt het bericht van 20 december 2016 in dat niet langer in afwijking van de formele regeling zal worden geregistreerd. Er is geen sprake van een besluit.

Oordeel

Op 23 september 2008 is uitsluitend een voorgenomen besluit genomen en is vastgesteld dat de OR ten aanzien van dit voorgenomen besluit instemming moest verlenen. De aangepaste werktijdenregeling is echter niet door het college van B&W als zodanig vastgesteld. Een besluit van het college van B&W ontbreekt immers, terwijl een besluit op grond van de Gemeentewet een wettelijk vereiste is. Dit wordt bevestigd door een instemmingsaanvraag van 4 juni 2009, waarin is opgenomen dat de wijziging die de 'onduidelijkheid over de toepassing van de automatische pauze' wegneemt aan het college zal worden aangeboden. Ook daarna is een dergelijk collegebesluit echter uitgebleven. Bovendien heeft de OR op 25 mei 2011 instemming verleend aan de werktijdenregeling als opgenomen in de Arbeidsvoorwaardenregeling zonder dat daarin de wijziging van de fictieve-pauzeregeling was opgenomen. De OR heeft in 2011 voor wat betreft de fictieve-pauzeregeling instemming verleend aan de nog altijd bestaande regeling die in december 2007 is vastgesteld. De OR heeft bij die gelegenheid niet gesignaleerd en er ook geen opmerkingen over gemaakt dat de betreffende tekst geen rekening hield met het eerdere voorstel van wijziging waarmee de OR destijds had ingestemd en evenmin met de sinds 2008 gehanteerde praktijk. Het hof is van oordeel dat het zowel in 2009 als in 2011 op de weg van de OR had gelegen om zelf actie te ondernemen om de door hem bepleite werktijdenregeling geformaliseerd te krijgen. De fictieve-pauzeregeling is formeel niet gewijzigd in 2008, nu een concreet besluit van het college van B&W ontbreekt. Daarmee is de mededeling van 20 december 2016 geen besluit tot vaststelling, wijziging of intrekking van een arbeids- en rusttijdenregeling. De mededeling is enkel een wijziging van de feitelijke praktijk. Ook al staat vast dat binnen de gemeente in de praktijk de werktijdenregeling jarenlang 'verkeerd' is uitgevoerd dan wel dat een voorgenomen besluit jarenlang is uitgevoerd, dan is daarmee nog geen sprake van een besluit in de zin van de WOR. Van een stilzwijgende wijziging kan in de publieke sector evenmin sprake zijn.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 01-02-2018

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2018:365

Zaaknummer: 200.221.178/01

Rechters: A.P. Zweers-van Vollenhoven, R.R.M. de Moor en M.W.M. Souren

Advocaten: L.J.M. van Westerlaak en S.F.H. Jellinghaus

Wetsartikelen: 27 WOR

RECHTSPRAAK

werknemer/Stichting Avans Hogeschool

Werknemer vordert wegens het niet verlengen van zijn arbeidsovereenkomst schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad. De exclusiviteit van het verzoeken van een billijke vergoeding verzet zich onder de gegeven omstandigheden tegen deze doorbraak.

Feiten

Werknemer treedt op 1 augustus 2015 voor bepaalde tijd van een jaar in dienst bij werkgeefster als docent hbo. Begin juni 2016 wordt een conceptrooster voor het schooljaar 2016/2017 naar alle docenten gestuurd, inclusief werknemer. Op 23 juni 2016 vindt een gesprek plaats tussen werknemer en directrice. In dit gesprek krijgt werknemer een onvoldoende beoordeling en wordt schriftelijk vastgelegd dat de arbeidsovereenkomst niet verlengd zal worden.

Werknemer maakt bezwaar tegen de onvoldoende beoordeling. De Commissie Personeelsbeoordeling Avans Hogeschool adviseert op 18 oktober 2016 de beoordeling te vernietigen omdat de beoordeling niet tot stand is gekomen in overeenstemming met het Protocol Gesprekkencyclus. Het college van bestuur besluit bij 14 november 2016 de beoordeling te vernietigen, maar voegt daaraan toe dat dit niet afdoet aan de inhoudelijke gronden om tot een onvoldoende beoordeling te komen. Werknemer wendt zich tot de kantonrechter en vordert een schadevergoeding wegens onrechtmatige daad. Tevens stelt werknemer zich op het standpunt dat de arbeidsovereenkomst is verlengd door het sturen van het conceptrooster 2016/2017. Werkgeefster stelt zich op het standpunt dat werknemer de vervaltermijn heeft laten verlopen om een billijke vergoeding te verzoeken.

Oordeel

Schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad

Volgens de kantonrechter is de hoofdregel dat het ontslagstelsel onder de WWZ een gesloten stelsel is, mede gezien de korte vervaltermijn en het specifieke en gedetailleerde karakter van de desbetreffende bepalingen, waarin tevens de redelijkheid en billijkheid zijn verdisconteerd. Dat brengt mee dat de billijke vergoeding wegens het niet voortzetten van de

arbeidsovereenkomst als gevolg van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever in beginsel exclusief is, in die zin dat er naast deze (specifieke) vergoeding geen ruimte is voor een andere (generieke) vergoeding. Deze exclusiviteit is echter niet absoluut. Zo geldt de exclusiviteit niet voor aanspraken die geen verband houden met de wijze van beëindiging van de arbeidsovereenkomst en de gevolgen van de beëindiging. De schadevergoeding die werknemer op grond van onrechtmatige daad vordert, houdt echter wel verband met de wijze van beëindiging (althans niet voortzetten) van de arbeidsovereenkomst en de gevolgen daarvan. Voormelde op de specialiteitsregel gebaseerde exclusiviteit zou mogelijk ook kunnen worden doorbroken als toepassing daarvan zou leiden tot een naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbare uitkomst. Bovendien zou het naar het oordeel van de kantonrechter meer voor de hand liggen om in een dergelijk geval eventueel alsnog in een door werknemer te starten verzoekschriftprocedure een billijke vergoeding te verzoeken met de stelling dat onverkorte toepassing van de vervaltermijn in het licht van de uitzonderlijke omstandigheden van het geval zou leiden tot een uitkomst die naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. De kantonrechter wijst het verzoek af.

Verlenging arbeidsovereenkomst

Of door het sturen van het conceptrooster 2016/2017 een overeenkomst tot stand is gekomen is afhankelijk van hetgeen partijen over en weer hebben verklaard en uit elkaars verklaringen hebben afgeleid en in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs mochten afleiden. Werknemer heeft onvoldoende aangetoond dat sprake is van vast gebruik dat een arbeidsovereenkomst wordt verlengd, tenzij de werknemer een onvoldoende beoordeling krijgt. Het conceptrooster 2016/2017 is in de gegeven omstandigheden onvoldoende om het tot stand komen van een verlengde arbeidsovereenkomst aan te nemen. Hierbij is van belang dat het slechts een eerste conceptrooster betrof.

Instantie: Rechtbank Zeeland-West-Brabant

Datum uitspraak: 31-01-2018

ECLI: ECLI:NL:RBZWB:2018:740

Zaaknummer: 6092887 CV EXPL 17-3001

Rechters: T.N.E. Meyboom

Advocaten: F.J.C.M. Kessels en I.C.M. de Boer

Wetsartikelen: 6:162 BW, 7:673 lid 9 BW en 7:686a BW

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgever

Werknemer onterecht op staande voet ontslagen na het niet verschijnen op werk na mishandeling in eigen woning. De eerdere officiële waarschuwing voor te laat komen houdt geen verband met de bijzondere omstandigheden van het geval. Billijke vergoeding toegekend.

Feiten

Werknemer treedt op 7 september 1998 voor onbepaalde tijd in dienst bij werkgever. Wegens meermaals te laat op het werk verschijnen krijgt hij op 22 augustus 2017 een officiële waarschuwing waarin tevens staat dat ontslag op staande voet zal volgen bij een volgende keer te laat verschijnen. Op 23 november 2016 wordt werknemer thuis mishandeld. Op 24 en 25 november verschijnt hij niet op zijn werk. Op 24 november 2016 om 00.32 uur laat hij werkgever weten dat hij 's ochtends aangifte zal doen en daarna gelijk door naar het werk zal gaan. Op 25 november 2016 om 19.23 laat hij werkgever weten dat hij zich die dag niet in staat achtte om op het werk te verschijnen. Werkgever ontslaat werknemer vervolgens op staande voet. Uit een deskundigenoordeel van het UWV blijkt dat werknemer niet geschikt was te achten voor zijn eigen werk op die dagen. Werknemer wendt zich tot de kantonrechter en verzoekt vernietiging van het ontslag op staande voet, gecombineerd met een verzoek tot wedertewerkstelling en doorbetaling van het loon. De kantonrechter wijst de verzoeken af en wijst het verzoek van werkgever tot het betalen van een gefixeerde schadevergoeding toe.

Oordeel

Dringende reden

Werknemer is, zonder daartoe uitdrukkelijk toestemming te hebben of zich volgens de daarvoor geldende voorschriften bij zijn leidinggevende ziek te hebben gemeld, op 24 en 25 november 2016 niet op het werk verschenen. Een werkgever mag in beginsel van zijn werknemer verlangen dat hij op tijd op het werk verschijnt. Dat werknemer op 24 en 25 november 2016 niet kwam opdagen, heeft echter een bijzondere reden. Werkgever wist ook

wat er met werknemer was gebeurd. Duidelijk is dat werknemer onhandig heeft gecommuniceerd. Deze onhandige communicatie neemt niet weg dat werkgever met hetgeen werknemer is overkomen en de impact die een mishandeling doorgaans heeft onvoldoende rekening heeft gehouden. Bovendien blijkt uit een verzekeringsgeneeskundige rapportage en het deskundigenoordeel van het UWV dat werknemer niet in staat was te achten zijn eigen werk te doen. De afwezigheid van werknemer op 24 en 25 november 2016 is niet op een lijn te plaatsen met de eerdere gevallen van te laat komen, waarvoor werknemer de waarschuwing van 22 augustus 2016 heeft gehad. Dat werknemer ontslag op staande voet is voorgehouden in de brief van 22 augustus 2016 bij een volgende keer te laat komen, wil niet zeggen dat als zich een geval als het onderhavige voordoet, dat ontslag op staande voet dan ook gegeven moet/mag worden. Door direct over te gaan tot het ontslag op staande voet heeft werkgever onvoldoende gewicht toegekend aan de bijzondere omstandigheden waaronder het verzuim heeft plaatsgevonden en aan de persoonlijke omstandigheden en belangen van werknemer, mede gelet op de lengte van het dienstverband van achttien jaar. Het ontslag op staande voet heeft voor werknemer verstrekken gevolgen. Er is geen sprake van een dringende reden.

Vergoedingen

Het hof veroordeelt werkgever een billijke vergoeding te betalen. Het hof baseert de hoogte van de vergoeding door de situatie van rechtsgeldige opzegging op grond van een verstoorder arbeidsrelatie te vergelijken met de situatie waarin het ontslag op staande voet is gegeven. Werkgever had immers gelet op de onzorgvuldige manier waarmee werknemer met zijn verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst omsprong en waartoe hij bij brief van 22 augustus 2016 een laatste waarschuwing had ontvangen, in de gegeven omstandigheden wel een redelijke grond voor beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Werkgever wordt tevens veroordeeld een schadevergoeding wegens onregelmatige opzegging en de transitievergoeding te betalen. De gefixeerde schadevergoeding wordt daarbij in mindering gebracht op de billijke vergoeding.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 30-01-2018

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2018:120

Zaaknummer: 200.221.384/01

Rechters: S.R. Mellema, M.D. Ruizeveld en C.J. Frikkee

Advocaten: F. von Werdmüller Elgg en J.C. Bröckling

Wetsartikelen: 7:669 lid 3 sub g BW, 7:672 lid 10 BW, 7:673 BW, 7:677 BW, 7:678 BW en 7:683 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Chubb Fire & Security B.V.

Werkgeefster mag werknemer die bij concurrent in dienst is getreden aan concurrentiebeding houden nadat zij hem nadrukkelijk heeft medegedeeld dit te zullen doen. Concurrentiebeding is na reorganisatie niet aanmerkelijk zwaarder gaan drukken.

Feiten

Werknemer treedt op 1 september 1998 in dienst bij werkgeefster. Hij is van 1 januari 2009 tot 1 april 2017 werkzaam als Hoofd Proposal & Engineering. Op 11 juni 2009 wordt een concurrentiebeding overeengekomen. Begin 2017 vindt een reorganisatie plaats. Op 17 februari heeft werknemer een gesprek met de Business Unit Manager FSY en maakt zijn overweging kenbaar bij een concurrent in dienst te treden. Werkgeefster laat daarop weten hem aan het concurrentiebeding te houden. Bij brief van 29 maart 2017 bericht werkgeefster dat werknemer geplaatst zal worden in de functie van Calculator FSY. Werknemer zegt vervolgens de arbeidsovereenkomst tegen 1 januari 2018 op en treedt per die datum bij een concurrent in dienst. Werknemer vordert schorsing van het concurrentiebeding.

Oordeel

Het concurrentiebeding is ver vóór invoering van de WWZ overeengekomen en wordt beoordeeld op basis van artikel 7:653 BW zoals dat daarvoor luidde. Werknemer stelt dat zijn nieuwe functie een demotie inhoudt en dat het concurrentiebeding een groter beletsel is gaan vormen om in zijn branche elders in een vergelijkbare functie aan het werk te gaan. Volgens de kantonrechter is de aard van de werkzaamheden van werknemer door de reorganisatie niet ingrijpend gewijzigd; werkgeefster heeft aannemelijk gemaakt dat de functie-inhoudelijke wijzigingen beperkt waren. Bovendien is aan werknemer een bonusregeling toegekend en is zijn overige loon gelijk gebleven. Werknemer heeft niet aannemelijk gemaakt dat het concurrentiebeding aanmerkelijk zwaarder is gaan drukken en door de reorganisatie een grotere belemmering is geworden om een nieuwe gelijkwaardige werkkring elders te vinden. Werknemer mocht er ook niet op vertrouwen dat werkgeefster hem niet aan het concurrentiebeding zou houden; het tegenovergestelde is aan werknemer uitdrukkelijk

medegedeeld. Werkgeefster beoordeelt per geval of zij een werknemer aan zijn concurrentiebeding houdt en in welke mate. Twee ex-collega's die niet aan het beding werden gehouden vormden voor werkgeefster geen bedreiging. Vervolgens overweegt de kantonrechter of werknemer door het concurrentiebeding onbillijk wordt benadeeld in verhouding tot het te beschermen belang van werkgeefster. Werkgeefsters belang bestaat uit bescherming van haar bedrijfsdebet. Werkgeefster geeft aan dat de concurrent in casu gebruikmaakt van dezelfde systemen als werkgeefster. Werknemer is bekend met bedrijfsgevoelige informatie en kan prijsniveaus nauwkeurig benaderen. Werkgeefster stelt voorts dat zij tijd nodig heeft om het weglekken van technische kennis en ervaring te verwerken, zonder dat werknemer de concurrent laat profiteren van zijn specifieke wetenschap van de prijsstrategie. Niet is gebleken dat sprake is van een aanzienlijke positieverbetering van werknemer. Het belang van werknemer is onvoldoende zwaarwegend om het concurrentiebeding te schorsen. Ook is niet aannemelijk geworden dat het gewenste beschermingsniveau met een geografisch beding of relatiebeding kan worden bereikt. Ten slotte is niet aannemelijk geworden dat werknemer niet elders een baan kan vinden of zal kunnen vinden waardoor hij in zijn levensonderhoud kan voorzien.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 31-01-2018

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2018:423

Zaaknummer: 6565685 UV EXPL 18-3 JH/1050

Rechters: H.A.M. Pinckaers

Advocaten: B. van den Berg en M. de Jong

Wetsartikelen: 7:653 BW

RECHTSPRAAK

**werknemer/Fondation Hassan II pour les Marocains
Résidant à l'Étranger en Koninkrijk Marokko**

Werkgever baseert de opzegging ten onrechte op de Marokkaanse pensioengerechtigde leeftijd van werknemer. Nederlandse rechter bevoegd en Nederlands recht van toepassing. Nietig forumkeuzebeding.

Feiten

Werknemer heeft zowel de Marokkaanse als Nederlandse nationaliteit. Op 1 januari 1985 treedt hij in dienst als leraar bij het Ministerie van Schenkingen en Islamitische Zaken van het Koninkrijk Marokko. Sinds 1 april 1986 verricht hij zijn werkzaamheden in Nederland. Stichting Hassan II (hierna: de Stichting) en werknemer ondertekenen in 2011 op het consulaat een arbeidsovereenkomst met als ingangsdatum 1 januari 1992. Hierin staat een forumkeuze voor de rechtbanken te Rabat (Marokko). Bij brief van 6 juni zegt de Stichting de arbeidsovereenkomst op omdat werknemer de in Marokko geldende pensioengerechtigde leeftijd heeft bereikt. Werknemer is verzekerd voor de AOW met een AOW-pensioendatum van 1 mei 2019. Werknemer wendt zich tot de kantonrechter en vordert vernietiging van de opzegging en veroordeling van het Koninkrijk Marokko dan wel de Stichting tot doorbetaling van loon en wedertewerkstelling. De kantonrechter wijst de vorderingen tegen het Koninkrijk Marokko af omdat werknemer een arbeidsovereenkomst heeft met de Stichting, vernietigt de opzegging en veroordeelt de Stichting tot betaling van het gebruikelijke loon en tot tewerkstelling van werknemer. De kantonrechter heeft rechtsmacht aangenomen omdat werknemer zijn arbeid gewoonlijk te Amsterdam verricht, en Nederlands recht op de arbeidsovereenkomst van toepassing geacht.

Oordeel

Bevoegde rechter en toepasselijk recht

De Stichting stelt dat de Nederlandse rechter zich ten onrechte bevoegd heeft verklaard omdat het consulaat niet geldt als een vestiging in Nederland van de Stichting Hassan II. Het hof gaat

hieraan voorbij, omdat een werkgever die geen woonplaats heeft op het gebied van een lidstaat kan worden opgeroepen voor het gerecht van de plaats waar de werknemer gewoonlijk werkt of heeft gewerkt. In het onderhavige geval heeft werknemer zijn werkzaamheden in Amsterdam verricht en kan de Stichting dan ook voor de Nederlandse rechter worden opgeroepen. De Stichting voert verder aan dat ten onrechte Nederlands recht op de arbeidsovereenkomst van toepassing is verklaard. Het hof overweegt dat een rechtskeuze uitdrukkelijk gedaan moet worden of duidelijk blijken uit de overeenkomst of omstandigheden van het geval. Een forumkeuze is slechts een van de factoren waar rekening mee moet worden gehouden, maar op zichzelf onvoldoende om een rechtskeuze aan te nemen. Daarbij komt dat het forumkeuzebeding in dit geval nietig is, zodat daaraan minder betekenis toekomt. De Stichting heeft onvoldoende gesteld om een rechtskeuze voor Marokkaans recht aan te kunnen nemen. Van een kennelijk nauwere band met Marokko is geen sprake. Het hof laat zwaar meewegen dat werknemer langdurig zijn werkzaamheden in Nederland heeft uitgevoerd.

Vordering tegen het Koninkrijk Marokko

Werknemer stelt dat de arbeidsovereenkomst tussen hem en de Stichting een voortzetting vormt van zijn eerdere dienstbetrekking met het Koninkrijk Marokko. Hij stelt nimmer de wil te hebben gehad om een arbeidsovereenkomst aan te gaan met de Stichting; de arbeidsovereenkomst zou hij onder dwang ondertekend hebben en het Koninkrijk Marokko zou via de Stichting als werkgever inhoud aan de arbeidsovereenkomst hebben gegeven. Er is hooguit sprake van een schijnconstructie dan wel een accessoire arbeidsovereenkomst. Het hof overweegt dat de Nederlandse rechter slechts over verbintenissen uit de arbeidsovereenkomst kan oordelen indien tussen werknemer en het Koninkrijk Marokko een arbeidsovereenkomst bestaat. Werknemer heeft onvoldoende aangevoerd dat sprake is van een gezagsverhouding tussen hem en het Koninkrijk Marokko. Niet is gebleken dat hij werkinstructies van laatste ontving, en met vragen over zaken als verlof en salaris wendde hij zich tot de Stichting. Het salaris werd bovendien slechts betaald in opdracht van de Stichting. Werknemer heeft na ondertekening van zijn arbeidsovereenkomst met de Stichting nimmer de ongeldigheid of vernietigbaarheid wegens een wilsgebrek ingeroepen. Er is geen sprake van een arbeidsovereenkomst en het hof komt geen rechtsmacht toe.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 28-11-2017

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2017:4959

Zaaknummer: 200.191.313/01 en 200.194.076/01

Rechters: D. Kingma, G.C. Boot en F.J. Verbeek

Advocaten: M. Kaouass en E.E.P. Gosling-Verheijen

Wetsartikelen: 3 Rome I-Vo., 8 Rome I-Vo., 20 EEX-Vo., 21 EEX-Vo., 23 EEX-Vo. en 6:229 BW