

Nieuwsbrief AR Updates - Nummer 18, 2019

Nummer 18, 2019

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

INHOUDSOPGAVE

Hof

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2019:1649 02-05-2019

werknemer/werkgeefster

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2019:3760 30-04-2019

werknemer/Arriva Personenvervoer Nederland B.V.

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2019:1622 30-04-2019

werknemer/werkgeefster

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2019:1626 30-04-2019

uitzendonderneming en werkgeefster/werknemer

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2019:1522 30-04-2019

werknemer/Workers4U B.V.

Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2019:916 30-04-2019

werknemer/werkgever

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2019:1615 30-04-2019

Stichting Elisabeth-Tweesteden Ziekenhuis/werknemer & Stichting Pensioenfonds Zorg en Welzijn

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2019:1614 30-04-2019

Werknemer/Stichting Sint Elisabeth-Tweesteden Ziekenhuis & Stichting Pensioenfonds Zorg en Welzijn

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2019:1607 30-04-2019

Werknemer/Govola B.V.

Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2019:819 18-04-2019

werkneemster/Talententuinen B.V.

Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2019:870 16-04-2019

werknemer/werkgever

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2019:3662 11-04-2019

Werknemer/Vereniging

Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2019:818 29-03-2019

werkneemster/werkgeefster

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2017:4194 03-10-2017

Werknemer/Stichting Sint Elisabeth-Tweesteden Ziekenhuis & Stichting
Pensioenfonds Zorg en Welzijn

Rechtbank

Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2019:1911 29-04-2019

werknemer/werkgeefster

Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2019:3298 25-04-2019

ABN AMRO Bank N.V./werkneemster

Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2019:2397 24-04-2019

X/Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen

Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2019:1652 18-04-2019

werknemer/werkgever

Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2019:3480 15-04-2019

werkneemster/Advocatenpraktijk B.V.

Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2019:1471 11-04-2019

werknemer/werkgever

Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2019:2707 08-04-2019

werkneemster c.s./Eneco Levering B.V.

Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2019:2603 03-04-2019

Trigion Beveiliging B.V./werknemer

Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2019:2166 21-03-2019

werkneemster/werkgever c.s.

Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2018:5087 12-12-2018

openbaar lichaam de gemeenschappelijke regeling Soweco/gemeente Oldenzaal

Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2015:8362 16-10-2015

werknemer c.s./NXP Semiconductors Netherlands B.V.

Centrale Raad van Beroep

Centrale Raad van Beroep, ECLI:NL:CRVB:2019:1096 27-03-2019

Annotatie

WGA-lasten: frustraties van de werkgever

J.P.M. van Zijl

Annotatie

**Het primaat van de politiek in de WOR en de normalisering van de ambtelijke
rechtspositie**

mr. dr. L.C.J. Sprengers

ANNOTATIE

WGA-lasten: frustraties van de werkgever

J.P.M. van Zijl

Het belang van de WGA-uitkering van een (ex-)werknemer voor de werkgever

WGA-uitkeringen veroorzaken tijdens de eerste tien jaar financiële lasten voor werkgevers. Dat kan op twee manieren het geval zijn.

In beginsel beïnvloedt de WGA-uitkering in de eerste tien jaar [1] de hoogte van de premiecomponent WGA-lasten van de gedifferentieerde premie Werkhervattingskas die de werkgever aan de Belastingdienst moet betalen. [2] Dit geldt overigens niet voor kleine werkgevers, omdat voor hen de gedifferentieerde premie Werkhervattingskas wordt vastgesteld op een sectorpercentage. [3] Voor middelgrote werkgevers geldt dat de gedifferentieerde premie Werkhervattingskas voor een deel wordt vastgesteld op het sectorpercentage. [4] Hoe groot dat deel is, is afhankelijk van de hoogte van de loonsom.

Een werkgever kan er ook voor kiezen om eigenrisicodrager voor de WGA-uitkering te zijn. De werkgever hoeft dan niet de premiecomponent WGA-lasten van de gedifferentieerde premie Werkhervattingskas te betalen. [5] In plaats daarvan betaalt de werkgever de WGA-uitkering zelf. [6] Doorgaans is dat risico verzekerd, omdat voor het verkrijgen van toestemming van de Belastingdienst om het risico van de betaling van de WGA-uitkering zelf te betalen een garantie [7] vereist is die, ook voor grote werkgevers, zonder verzekering niet eenvoudig te verkrijgen is.

De omvang van het belang

Het zijn van eigenrisicodrager is een kostbare kwestie. Bij grote werkgevers (want die zijn het vooral die eigenrisicodrager zijn) is eigenlijk voortdurend rekening te houden met het bestaan van de verplichting om WGA-uitkeringen van (ex-)werknemers zelf te betalen. De vraag is vaak niet óf WGA-uitkeringen moeten worden betaald, maar hoeveel.

Verzekeringsmaatschappijen maken daarvan een inschatting en bepalen de hoogte van de verzekeringspremie op basis van die inschatting, daarnaast nog rekening houdend met hun

kosten en met een winstopslag.

Anders dan vaak gedacht wordt, is de betaling van gedifferentieerde premie Werkhervattingskas nog veel duurder dan het zelf betalen van de WGA-uitkering. In de praktijk bedraagt de premiestijging die (twee kalenderjaren later) het gevolg is van de betaling door het UWV van een WGA-uitkering aan een (ex-)werknemer, vaak ongeveer tweemaal het bedrag van de uitkering dat tot die premiestijging aanleiding gaf!

De vaststelling van de hoogte van de WGA-uitkering van een (ex-)werknemer is dus voor een (middel)grote werkgever hoe dan ook van groot belang.

Een voorbeeld

Tijdens de loongerelateerde fase van de WGA-uitkering [8] is die uitkering volledig voor rekening van de werkgever. Daarna komt de WGA-uitkering voor rekening van de werkgever tot maximaal het bedrag van de WGA-vervolguitkering. [9] Ter voorkoming van zogenoemde 'perverse prikkels' bij de re-integratie is het bedrag van de WGA-loonaanvullingsuitkering voor rekening van het UWV voor zover die hoger is dan het bedrag van de WGA-vervolguitkering. [10] Hoe groot het belang van de WGA-uitkering van een (ex-) werknemer voor een werkgever is, blijkt uit het onderstaande voorbeeld, waarbij ik uitga van een gemiddeld loon [11] en een duur van de loongerelateerde WGA-uitkering van 24 maanden.

loongerelateerde WGA-uitkering

2 maanden x 75% x € 3.310: € 4.965,00

22 maanden x 70% x € 3.310: € 50.974,00

WGA-loonaanvullingsuitkering/WGA-vervolguitkering

96 maanden x 70% x € 1.938,96 [12] € 130.298,10

totaal gedurende tien jaar: € 186.237,10

De werkelijke WGA-lasten van een werkgever zijn doorgaans hoger, omdat verzekeraars van eigenrisicodragers in hun premie niet alleen de (vooraf ingeschatte) kosten van de betaling van de WGA-uitkering incalculeren maar ook hun kosten en een winstopslag en omdat de stijging van de gedifferentieerde premie Werkhervattingskas (die voor werkgevers die geen eigenrisicodrager zijn het gevolg is van de betaling van de WGA-uitkering), vaak neerkomt op het dubbele van het bovengenoemde bedrag. Deze forse financiële prikkels moeten werkgevers (en verzekeraars) ertoe aanzetten om een maximale re-integratie-inspanning te leveren om het beroep van de (ex-)werknemer op de WIA zo veel mogelijk te beperken.

Toetsing van WGA-beslissingen van UWV

De omvang van dit financiële belang maakt dat werkgevers (of verzekeraars die het risico van de betaling als eigenrisicodrager van de WGA-uitkering hebben verzekerd) niet alleen belang hebben bij optimale re-integratie van hun arbeidsongeschikte (ex-)werknemers, maar ook bij toetsing van de juistheid van de beslissingen omtrent die WGA-uitkering door het UWV. Deze toetsing kan uitsluitend in bezwaar plaatsvinden, omdat de werkgever [13] eerder geen inzage heeft in de stukken die ten grondslag liggen aan de beslissing omtrent de WGA-uitkering.

Het voortdurende en welhaast verlamme tekort van het UWV aan verzekeringsartsen [14] brengt bovendien met zich mee dat werkgevers zelf dienen te bewaken of een eenmaal toegekende WGA-uitkering nog steeds terecht wordt uitbetaald, want van herbeoordeling van de arbeidsongeschiktheid komt in de praktijk anders niet veel terecht, ook wanneer die herbeoordeling door de verzekeringsarts wel was ingepland. Waarschijnlijk om die reden had de werkgever in kwestie ook zelf een herbeoordeling aangevraagd.

WGA of IVA?

Verreweg het grootste deel van de WGA-uitkeringen wordt toegekend wegens volledige arbeidsongeschiktheid (80-100 procent). In die gevallen is van groot belang of de arbeidsongeschiktheid duurzaam is of niet. Als dat niet het geval is, moet immers een WGA-uitkering worden toegekend [15] terwijl een IVA-uitkering moet worden toegekend als wel sprake is van duurzaamheid van de arbeidsongeschiktheid. [16] Waar de WGA-uitkering voor de werkgever financiële lasten veroorzaakt in een omvang zoals die hierboven is weergegeven, zijn de kosten van de IVA-uitkering niet voor rekening van de werkgever. Al dan niet duurzaamheid van de volledige arbeidsongeschiktheid betekent dus voor de werkgever een verschil van dag en nacht.

Duurzaamheid van de arbeidsongeschiktheid

Van duurzaamheid van de arbeidsongeschiktheid is sprake als de (ex-)werknemer geen kans op herstel heeft, [17] maar ook als er nog een kans op herstel is die als niet meer dan gering moet worden ingeschat. [18] Er is inmiddels uitgebreide jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep, [19] waarin aan de motivering van het oordeel van het UWV ten aanzien van het niet duurzaam zijn van de arbeidsongeschiktheid hoge eisen worden gesteld. Daarbij speelt een rol dat de beslissing tot toekenning van een WGA-uitkering aan een (ex-)werknemer voor een werkgever een belastende beslissing is, waaraan de Centrale Raad van Beroep hoge motiveringseisen stelt. [20] Als het oordeel van het UWV dat de arbeidsongeschiktheid niet duurzaam is, gebaseerd is op een mogelijkheid van behandeling, is volgens de Raad een onderbouwing vereist die ziet op het mogelijke resultaat daarvan voor de individuele

verzekerde. [21] Een motivering die te zeer berust op algemene noties ten aanzien van de herstelkansen in algemene zin en die te zeer gebaseerd is op aannames met betrekking tot voor de (ex-)werknemer beschikbare behandelopties zonder die verder te concretiseren, zal daarbij niet kunnen gelden als een deugdelijke, voldoende concrete en voldoende op de situatie van de betrokkene toegespitste beoordeling. [22]

Als het UWV echter kan motiveren dat voor de betreffende (ex-)werknemer nog een mogelijkheid tot behandeling bestaat waarvan een (voor de arbeidsmogelijkheden) relevante mate van verbetering van de belastbaarheid kan worden verwacht, staat die behandelbaarheid eraan in de weg dat duurzaamheid van de arbeidsongeschiktheid wordt aangenomen en een IVA-uitkering wordt toegekend. Dat de (ex-)werknemer die behandeling niet wenst te ondergaan is geen reden om tot duurzaamheid van de arbeidsongeschiktheid te besluiten, tenzij de weigering om de behandeling te ondergaan verklaard kan worden vanuit, en verband houdt met, het ziektebeeld van de (ex-)werknemer.

Verplichting van de (ex-)werknemer tot het ondergaan van adequate behandeling

Nu staat het de (ex-)werknemer die aanspraak wil maken op een WIA-uitkering niet vrij om te weigeren om een adequate behandeling te ondergaan. Hij is verplicht om zich geneeskundig te laten behandelen of aanwijzingen van een arts op te volgen indien het UWV of de eigenrisicodragers (of het re-integratiebedrijf in opdracht van het UWV of de eigenrisicodragers) daartoe opdracht geeft. [23] Het niet nakomen van deze verplichting dient te leiden tot het opleggen van een maatregel. [24] Het opleggen van deze maatregel is voor het UWV een verplichting. [25] De toepasselijke maatregel zou inhouden dat de WGA-uitkering gedurende vier maanden met 25 procent zou worden gekort (met een mogelijkheid tot afwijking tot ten minste 10 procent en ten hoogste 100 procent). [26]

Is de werkgever eigenrisicodragers dan is het al dan niet opleggen van een maatregel een bevoegdheid (geen verplichting) van de werkgever. [27] In dat geval kan de werkgever zelf bepalen of een maatregel wordt getroffen en zo ja welke, met dien verstande dat afstemming moet plaatsvinden op de ernst van de gedraging en de mate van verwijtbaarheid en dat geen maatregel kan worden opgelegd als van verwijtbaarheid geen sprake is. [28]

Wel behandelbaarheid aangegeven, maar geen maatregel opgelegd wegens het niet ondergaan van deze behandelbaarheid

In de casus waarover de Centrale Raad van Beroep moest beslissen, was de werkgever geen eigenrisicodragers. Het opleggen van de maatregel was dus een verplichting van het UWV. Desalniettemin legde het UWV geen maatregel op. Dat komt in de praktijk vaker voor, vermoedelijk omdat verzekeringsartsen van het UWV het in strijd achten met het recht op de

lichamelijke integriteit dat iemand verplicht zou worden een behandeling te ondergaan. Maar de wet verbindt aan het recht op WIA-uitkering nu eenmaal de verplichting om een adequate behandeling te ondergaan en het niet opleggen van de maatregel was dus in strijd met de wet.

De (ex-)werknemer was volledig arbeidsongeschikt en er bestonden voor hem behandel mogelijkheden die aan de toekenning van een IVA-uitkering in de weg stonden. De (ex-)werknemer weigerde deze behandelingen echter te ondergaan omdat hij die 'te stigmatiserend' vond. Tegelijkertijd had het UWV nagelaten om de (ex-)werknemer een maatregel op te leggen. Omdat de werkgever geen eigenrisicodrager was, kon hij dat zelf niet doen.

De frustratie van de werkgever daarover is voorstelbaar. Immers: als de werknemer niet wordt aangezet tot het ondergaan van de behandeling is enerzijds geen herstel te verwachten en blijft anderzijds toekenning van een IVA-uitkering onmogelijk. De uitkering van de (ex-)werknemer blijft daardoor ten laste komen van de werkgever en niet van het UWV, terwijl het UWV wettelijk verplicht is om te proberen aan die situatie wat te veranderen door middel van het opleggen van een maatregel, maar dat achterwege laat.

Claimbeoordeling en opleggen maatregel gescheiden trajecten

Dat de werkgever zich over deze situatie beklagt, is dan ook niet vreemd. De werkgever deed dat in het kader van bezwaar (en later: beroep en hoger beroep) tegen het besluit waarbij werd vastgesteld dat de (ex-)werknemer nog steeds recht had op een WGA-uitkering, omdat hij nog steeds volledig maar niet duurzaam arbeidsongeschikt was. Volgens de werkgever was het UWV verplicht om bij de beoordeling van de arbeidsongeschiktheid van de (ex-)werknemer uit eigen beweging tevens te beoordelen of een maatregel moet worden opgelegd.

Op dat laatste punt stelt de Centrale Raad van Beroep de werkgever in het ongelijk. De Raad wijst er daarbij op dat:

afzonderlijke besluitvorming plaatsvindt over de claimbeoordeling enerzijds en het opleggen van een maatregel anderzijds; de claimbeoordeling aan het opleggen van een maatregel voorafgaat; voor beide beoordelingen verschillende criteria gelden, verschillende afwegingen moeten worden gemaakt en dat verschillende procedurele regels gelden;

verschillende besluiten worden genomen waartegen afzonderlijk bezwaar en beroep kan worden ingesteld.

Commentaar

De overwegingen van de Centrale Raad met betrekking tot de verschillende besluitvormingstrajecten van enerzijds de claimbeoordeling en anderzijds het opleggen van een maatregel zijn op zichzelf juist. Maar betekent dat nu dat het UWV ermee wegblijft dat enerzijds niet voldaan is aan de wettelijke verplichting tot het opleggen van een maatregel en anderzijds voor de beoordeling van de duurzaamheid van de arbeidsongeschiktheid wel wordt uitgegaan van de mogelijkheid van een behandeling die de werknemer weigert te ondergaan terwijl het UWV de werknemer er niet via het opleggen van een maatregel toe aanzet om die behandeling te ondergaan?

Tegen de beslissing van de Centrale Raad van Beroep pleit dat dan weliswaar sprake is van gescheiden besluitvormingstrajecten maar dat het opleggen van een maatregel een verplichting voor het UWV is waaraan opvolging zou moeten worden gegeven zodra blijkt dat daartoe aanleiding bestaat, terwijl het moment van de claimbeoordeling het meest voor de hand liggende moment is waarop zou kunnen blijken dat die aanleiding bestaat.

Toch denk ik dat de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep juist is. Het besluit tot voortzetting van de WGA-uitkering omvat niet meer dan de vaststelling van het recht op de uitkering. Dat recht bestaat in beginsel vanwege de volledige arbeidsongeschiktheid van de (ex-)werknemer. De op te leggen maatregel is bedoeld om de (ex-)werknemer ertoe aan te zetten om zijn wettelijke verplichting ten aanzien van het ondergaan van adequate behandeling na te komen. Die verplichting geldt uitsluitend als eerst recht op een WIA-uitkering is vastgesteld. Weliswaar leidt die maatregel gedurende vier maanden tot een lagere WGA-uitkering, maar dat zijn gevolgen die na de vaststelling van het recht op uitkering optreden. Anders gezegd: de vaststelling van het recht op WGA-uitkering vindt plaats naar de situatie op de datum van de beslissing van het UWV, terwijl de korting op de WGA-uitkering na de datum van de beslissing van het UWV plaatsvindt.

Hoe dan wel?

Toch dient het natuurlijk niet zo te kunnen zijn dat het UWV niet voldoet aan zijn wettelijke verplichting tot het opleggen van een maatregel, dat de (ex-)werknemer aldus niet wordt aangezet tot het ondergaan van een mogelijk geachte behandeling en dat het niet ondergaan van die behandeling ervoor zorgt dat de WIA-uitkering voor rekening van de werkgever komt (en niet van het UWV). Hoe kan de werkgever deze situatie dan wel voorkomen?

Ik wil dan wijzen op een uitspraak van de Centrale Raad van Beroep van 14 december 2016.
[29] In die uitspraak ging het om het recht van een ex-werknemer op een Ziektewetuitkering.
[30] De werkgever werd daardoor geconfronteerd met een dreigende verhoging van de gedifferentieerde premie Werkhervattingskas, in dit geval zelfs met terugwerkende kracht

door de invoering van de Wet Bezava. [31] In bezwaar (en later in beroep en hoger beroep) beklaagt de werkgever zich over het feit dat het UWV (althans in de ogen van de werkgever) in de periode waarin de (ex-)werknemster na het eindigen van de arbeidsovereenkomst een Ziektewetuitkering had genoten, onvoldoende beoordelingen had gedaan en onvoldoende re-integratie-inspanningen had gepleegd. Het UWV stelde zich op het standpunt dat de re-integratieactiviteiten (of het gebrek daaraan) niet bepalend zijn voor de mate van arbeidsongeschiktheid en derhalve niet bepalend zijn voor het recht op Ziektewetuitkering. De rechtbank was van mening dat uitsluitend de rechtmatigheid van de Ziektewetuitkering aan de orde was. De Centrale Raad van Beroep overwoog echter: [32] 'dat het Uwv ook rekening dient te houden met de belangen van werkgevers en moet zorgen dat werknemers niet langer dan noodzakelijk ZW-uitkering ontvangen. In een situatie waarin te lang ZW-uitkering is verstrekt, kan sprake zijn van onrechtmatig handelen en schadeplichtigheid van het Uwv jegens de (ex-)werkgever. Gelet op deze omstandigheden is het mogelijk dat in een bestuursrechtelijke procedure een oordeel wordt gegeven over de zorgvuldigheid waarmee een beslissing tot beëindiging van een ZW-uitkering is voorbereid en de motivering die daaraan ten grondslag is gelegd. Bij het ontbreken van de vereiste zorgvuldigheid of een draagkrachtige motivering is vernietiging van een beslissing op bezwaar mogelijk, zij het dat gelet op artikel 30b, eerste lid, van de ZW dan tevens moet worden bepaald dat de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit in stand blijven.'

Aldus moest het UWV volgens de Centrale Raad van Beroep in het kader van bezwaar tegen de beslissing omtrent het recht op Ziektewetuitkering een oordeel geven over de zorgvuldigheid waarmee de beslissing inzake het recht op Ziektewetuitkering was voorbereid, ook al zouden gebreken ten aanzien van de zorgvuldigheid bij het voorbereiden van de beslissing niet kunnen leiden tot wijziging van die beslissing.

Anders dan in het geval van het opleggen van een maatregel geldt voor het plegen van re-integratie-inspanningen niet dat daarover afzonderlijke besluitvorming plaatsvindt. In zoverre gaat de parallel met de uitspraak van 14 december 2016 dus niet op. Maar de overweging dat het UWV rekening moet houden met de belangen van werkgevers en ervoor moet zorgen dat werknemers niet langer dan noodzakelijk een uitkering ontvangen, bij gebreke waarvan sprake kan zijn van onrechtmatig handelen en schadeplichtigheid van het UWV, geeft aan langs welke weg de werkgever genoegdoening zou kunnen krijgen. De werkgever zou van het UWV schadevergoeding kunnen vorderen. Nu het hier gaat om schade als gevolg van het niet (tijdig) nemen van een besluit, zou die schadevergoeding moeten worden gevraagd bij de bestuursrechter, op de voet van artikel 8:88 van de Algemene wet bestuursrecht.

In dat geval moet de omvang van de schade worden bepaald aan de hand van een vergelijking met het geval waarin het UWV wel een maatregel zou hebben opgelegd. Afgezien van de

korting van de WGA-uitkering met 25 procent gedurende vier maanden is dan de vraag of de (ex-)werknemer zich als gevolg van die korting wel zou hebben laten behandelen en zo ja, wat daarvan uiteindelijk het gevolg zou zijn geweest voor de vast te stellen mate van arbeidsongeschiktheid.

Gelet op deze onzekerheden meen ik dat de werkgever er beter aan doet om bij het UWV een besluit tot het opleggen van een maatregel aan te vragen. Tegen de weigering om aan deze aanvraag te voldoen kan dan zo nodig afzonderlijk bezwaar en beroep worden ingesteld. Dat aldus wordt gevraagd om het nemen van een besluit dat het UWV al verplicht was uit eigen beweging te nemen, moet dan daarbij maar voor lief worden genomen.

Als het UWV het besluit tot het opleggen van de maatregel eenmaal heeft genomen, kan blijken of de (ex-)werknemer als gevolg daarvan alsnog de mogelijk geachte behandeling ondergaat, en zo ja, of dat dan uiteindelijk leidt tot verlaging van de mate van arbeidsongeschiktheid. Is dat niet het geval, dan is de toekenning van een IVA-uitkering aan de orde.

mr. J.P.M. (Joop) van Zijl

Noten

[1] Art. 83 lid 1 WIA jo. art. 1 Regeling vaststelling periode eigenrisicodragen WGA-uitkeringen. Art. 117b lid 1 Wet financiering sociale verzekeringen.

[2] Art. 38 Wet financiering sociale verzekeringen jo. art. 2.11 Besluit Wfsv.

[3] Art. 2.6 lid 3 Besluit Wfsv.

[4] Art. 2.6 lid 5 Besluit Wfsv.

[5] Art. 2.7 Besluit Wfsv.

[6] Art. 82 lid 1 WIA.

[7] Art. 40 lid 2 Wet financiering sociale verzekeringen.

[8] Art. 59 WIA.

[9] Art. 84 lid 2 WIA. Art. 117b lid 3 onder b Wet financiering sociale verzekeringen.

[10] Dit deel van de uitkering komt op grond van art. 115 lid 1 onder d Wet financiering sociale verzekeringen ten laste van het Arbeidsongeschiktheidsfonds. Dit betekent dat de werkgevers collectief de lasten van dit deel van de WGA-uitkering dragen door middel van de betaling van

de basispremie van art. 36 Wet financiering sociale verzekeringen.

[11] Op grond van art. 1 van het Besluit gedifferentieerde premie Werkhervattingskas 2019 (*Stcrt.* 2018, 48450) was dit in 2017 € 33.100. Verhoogd met een geschat percentage aan werkgeverslasten van 20 procent is dat per maand € 3.310.

[12] Het bedrag van het wettelijk minimumloon ad € 1.615,80 verhoogd met een geschat percentage aan werkgeverslasten van 20 procent.

[13] Althans als het gaat om stukken die medische gegevens bevatten: de gemachtigde van de werkgever op grond van art. 105 WIA.

[14] Zie daarover bijvoorbeeld de brief van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aan de Tweede Kamer van 13 december 2017, *Kamerstukken II* 2017/18, 26447, 599.

[15] Art. 54 lid 1 onder b WIA jo. art. 5 WIA.

[16] Art. 47 lid 1 onder b WIA jo. art. 4 WIA.

[17] Art. 4 lid 2 WIA.

[18] Art. 4 lid 3 WIA.

[19] Beginnend met CRvB 4 februari 2009, ECLI:NL:CRVB:2009:BH1896.

[20] Het is aan het UWV om zijn beslissing inzake de WGA-uitkering van een (ex-)werknemer zorgvuldig, goed onderbouwd en inzichtelijk te motiveren, zodanig dat de werkgever de mogelijkheid heeft om overtuigd te raken van de juistheid van de beslissing en eventueel te komen tot een gemotiveerde bestrijding. Zie de uitspraken van de Centrale Raad van Beroep van 15 februari 1995, ECLI:NL:CRVB:1995:ZF1673, *RSV* 1996/214; 24 februari 2004, ECLI:NL:CRVB:2004:AO6273; 6 maart 2007, ECLI:NL:CRVB:2007:BA0035; 6 november 2007, ECLI:NL:CRVB:2007:BB7853; 2 oktober 2009, ECLI:NL:CRVB:2009:BJ9342; 30 oktober 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:3776; 6 november 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:4292; 19 juli 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:2196; 10 januari 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:183; 13 februari 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:606.

[21] CRvB 4 februari 2009, ECLI:NL:CRVB:2009:BH1896.

[22] CRvB 25 juli 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:2519, CRvB 22 augustus 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:2598.

[23] Art. 29 lid 2 onder a WIA.

[24] Art. 29 lid 1 onder a WIA.

[25] Sinds de invoering per 1 augustus 1996 van de Wet boeten, maatregelen, terug- en invordering sociale zekerheid (Wet van 25 april 1996, *Stb.* 1996, 248).

[26] Art. 6 lid 4 onder 6 jo. art. 2 lid 1 onder c Maatregelenbesluit socialezekerheidswetten.

[27] Art. 89 WIA.

[28] Art. 90 WIA.

[29] CRvB 14 december 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:4860.

[30] Dat het hier ging om een Ziektewetuitkering en niet om een WGA-uitkering lijkt mij geen relevant verschil, omdat de toerekening van die uitkering aan werkgevers, al dan niet eigenrisicodragers, in beide gevallen op dezelfde wijze geschiedt.

[31] Wet van 1 oktober 2012 tot wijziging van de Ziektewet en enige andere wetten om ziekteverzuim en arbeidsongeschiktheid van vangnetters te beperken (Wet beperking ziekteverzuim en arbeidsongeschiktheid vangnetters), *Stb.* 2012, 464.

[32] R.o. 4.5.

RECHTSPRAAK

UWV is bij de beoordeling van het voortduren van de uitkering niet verplicht ambtshalve te bezien of er aanleiding is een maatregel op te leggen wegens het niet voldoen aan een van de verplichtingen.

Werkneemster is bij appellante werkzaam als schoonmaakster voor 12,5 uur per week en valt op 8 juli 2008 uit. Naar aanleiding van een aanvraag om uitkering op grond van de Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen (Wet WIA) stelt UWV vast dat voor werkneemster met ingang van 26 juli 2010 recht ontstaat op een loongerelateerde WGA-uitkering, waarbij de mate van arbeidsongeschiktheid is vastgesteld op 100 procent. Vervolgens zet UWV de loongerelateerde WGA-uitkering met ingang van 26 september 2013 om in een WGA-loonaanvullingsuitkering. Bij brief van 10 januari 2014 verzoekt appellante om een herbeoordeling. Bij besluit van 3 juli 2014 stelt UWV vast dat de mate van arbeidsongeschiktheid van werkneemster niet is gewijzigd. Tegen dit besluit maakt de werknemer bezwaar. Een verzekeringsarts bezwaar en beroep overweegt in zijn rapport van 9 januari 2015 dat zowel voor schouderklachten als de psychische klachten behandelmogelijkheden bestaan, die de verwachting wettigen dat herstel van de belastbaarheid binnen het eerste jaar dan wel het tweede jaar niet gering is. Werkneemster wenst nu geen behandeling vanwege het stigmatiserende karakter. Dit is echter geen verzekeringsgeneeskundige reden om te concluderen tot duurzaamheid. Het bezwaar en beroep worden ongegrond verklaard. In hoger beroep is niet meer in geschil de vaststelling van UWV dat werkneemster per 3 juli 2014 volledig, maar niet duurzaam arbeidsongeschikt was. Appellante voert in hoger beroep, evenals in beroep, aan dat UWV heeft verzuimd om te toetsen aan de artikelen 27, 28 en 29 van de Wet WIA waarin belangrijke plichten van de verzekerde zijn opgenomen. Uit de rapporten van de verzekeringsartsen blijkt immers dat werkneemster geen adequate medische behandeling volgt. Appellante meent dat UWV bij de beoordeling van het voortduren van de uitkering ambtshalve zou moeten bezien of er aanleiding is een maatregel op te leggen als aan die verplichtingen niet is voldaan.

De Centrale Raad van Beroep oordeelt als volgt. Uit de systematiek van de wet en parlementaire geschiedenis blijkt dat de Wet WIA voorziet in aparte besluitvorming over enerzijds het ontstaan, voortduren, eindigen en herleven van het recht op uitkering alsmede of

sprake is van duurzaamheid en anderzijds over de verplichtingen van de verzekerde en het opleggen van sancties bij overtreding van die verplichtingen. De besluitvorming over het recht op uitkering staat los van en gaat vooraf aan besluitvorming over de verplichtingen van de verzekerde en het opleggen van sancties. De aard van deze besluitvorming verschilt aanzienlijk wat betreft de toepasselijke criteria, de te maken afwegingen en de procedurele regels. De besluitvorming resulteert in verschillende besluiten waartegen afzonderlijk bezwaar en beroep kan worden ingesteld. Anders dan appellante betoogt, is er in de Wet WIA noch anderszins een verplichting voor UWV om bij een beoordeling van de arbeidsongeschiktheid van een verzekerde tevens te beoordelen of er aanleiding is de verzekerde een maatregel op te leggen wegens het niet naleven van diens verplichtingen op grond van de Wet WIA als daartoe geen verzoek is gedaan. Gelet hierop heeft UWV zich kunnen beperken tot het nemen van beslissingen over de mate van arbeidsongeschiktheid en de duurzaamheid van de arbeidsongeschiktheid, resulterend in het besluit tot het ongewijzigd voortzetten van de WGA-uitkering van werkneemster per 3 juli 2014. Voor het nemen van een beslissing over het ondergaan van een medische behandeling of het opleggen van een maatregel wegens het niet naleven van een opdracht een medische behandeling te ondergaan, was in het kader van de herbeoordeling van de arbeidsongeschiktheid geen aanleiding. Het hoger beroep slaagt niet.

Instantie: Centrale Raad van Beroep

Datum uitspraak: 27-03-2019

ECLI: ECLI:NL:CRVB:2019:1096

Zaaknummer: 16/4752 WIA

Rechters: I.M.J. Hilhorst-Hagen, E. Dijt en M.F.J.M. de Werd

Wetsartikelen: 27 WIA, 28 WIA en 29 WIA

ANNOTATIE

Het primaat van de politiek in de WOR en de normalisering van de ambtelijke rechtspositie

mr. dr. L.C.J. Sprengers

(N.a.v. HR 22 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:397 (OR Gemeente Maastricht/Gemeente Maastricht))

1 Inleiding

Inmiddels is door het parlement de Wet Normalisering rechtspositie Ambtenaren aangenomen (Wet 9 maart 2017, *Stb.* 2017, 123). De invoeringsdatum moet formeel nog worden vastgesteld, maar alles wijst erop dat dit per 1 januari 2020 zal worden. Daarna zal voor het grootste deel van de huidige ambtenaren de rechtspositie op basis van het arbeidsovereenkomstenrecht worden bepaald. Daarmee komt een einde aan een proces van normalisering van de ambtelijke rechtspositie waarmee gestart is in de jaren tachtig van de vorige eeuw onder toenmalig minister van Binnenlandse Zaken Ien Dales. Een van de deelstappen in dit traject is geweest het van toepassing verklaren van de WOR voor (het overgrote deel) van de overheidssectoren in 1995. In de WOR zijn in een apart hoofdstuk de bijzondere bepalingen opgenomen voor overheidsondernemers, waarvan de bepaling over het primaat van de politiek (art. 46d sub b WOR) verreweg de belangrijkste is. Er is geen bepaling in de WOR die tot zoveel HR-uitspraken heeft geleid, inmiddels zeven. De recente beschikking van de Hoge Raad inzake een geschil dat heeft gespeeld bij de gemeente Maastricht zal in deze annotatie besproken worden (par. 2). Deze zal geplaatst worden in een overzicht van de HR-rechtspraak tot nu toe over het primaat van de politiek (par. 3). Vervolgens zal stilgestaan worden bij de aandacht die bij de totstandkoming van de WNRA aan medezeggenschap is besteed (par. 4) om tot slot stil te staan bij de vraag of de rechtspraak over het primaat van de politiek en de komst van de WNRA een reden zou kunnen opleveren om de regeling van de bepaling ter bescherming van het primaat van de politiek in de WOR te heroverwegen.

Ik heb aan dit onderwerp in de afgelopen decennia, in mijn proefschrift en tal van publicaties

daarvoor en daarna, aandacht besteed, hetgeen mijn interesse in dit onderwerp illustreert en mede reden is om deze annotatie aan deze ontwikkelingen te wijden. Ik ben echter ook als advocaat geregeld in zaken over dit onderwerp betrokken geraakt. Zo heb ik in de procedure bij de Ondernemingskamer waar de hier te bespreken HR-beschikking over gaat als advocaat voor de OR opgetreden. Ik hecht eraan om dit aan het begin van de annotatie expliciet te vermelden.

2 Beschikking Hoge Raad inzake OR Gemeente Maastricht

Feiten

De gemeenten Heerlen, Maastricht en Sittard-Geleen en aanvankelijk de provincie Limburg hebben sinds medio 2011 overleg gevoerd over de vorming van een gemeenschappelijke regeling op het gebied van bedrijfsvoering, onder de naam Shared Service Center Zuid-Limburg (SSC-ZL). Hun ondernemingsraden zijn sinds begin 2012 actief betrokken geweest bij de gang van zaken rondom de vorming en inrichting van de SSC-ZL. In oktober 2013 hebben de ondernemingsraden een adviesaanvraag gekregen over de vorming van SSC-ZL. Zij vinden dat onvoldoende duidelijk is of SSC-ZL tot de beoogde kostenvoordelen kan gaan leiden. Afgesproken wordt dat er een bedrijfsplan komt, waarna de ondernemingsraden een go-no-go-advies kunnen uitbrengen. De provincie Limburg besluit medio 2015 uit de samenwerking te stappen. In oktober 2015 wordt de gemeenschappelijke regeling bedrijfsvoeringsorganisatie SSC-ZL opgericht. In juli 2016 wordt advies gevraagd over het voorgenomen besluit tot de ontvlechting taakveld inkoop ten behoeve van de overgang naar SSC-ZL. De OR Gemeente Maastricht heeft in april 2017 een negatief advies uitgebracht en deze adviesaanvraag aangegrepen om het go-no-go-advies uit te brengen. De OR adviseert: no-go. De WOR-bestuurder heeft bij brief aan de OR 'overeenkomstig het door het college genomen besluit', het bestreden besluit kenbaar gemaakt. Over de aangelegenheid vindt mede naar aanleiding van het OR-advies nog een uitgebreid debat plaats binnen de gemeenteraad. De OR heeft tegen het besluit beroep ingesteld bij de Ondernemingskamer. De Ondernemingskamer heeft dit beroep verworpen omdat de toekenning van een bovenwettelijk adviesrecht over een besluit als bedoeld in artikel 46d aanhef en sub b WOR, dat valt onder het primaat van de politiek, wel ertoe leidt dat de OR advies kan uitbrengen over dit besluit, maar niet tot gevolg heeft dat de OR vervolgens tegen het voorgenomen besluit beroep kan instellen bij de Ondernemingskamer. De OR heeft tegen deze beslissing van de Ondernemingskamer cassatie ingesteld.

Hoge Raad

De OR stelt dat de Ondernemingskamer in zijn oordeel heeft miskend dat als de ondernemer

de OR op voet van artikel 32 lid 2 WOR een bovenwettelijk adviesrecht heeft gegeven, ook het in artikel 26 WOR verankerde beroepsrecht van toepassing is. Uit het stelsel van de WOR volgt dat besluiten over die aangelegenheden ingevolge artikel 46d aanhef en sub b WOR in zoverre niet alleen zijn uitgezonderd van de verplichting tot overleg met de OR, maar ook van het in artikel 25 WOR neergelegde adviesrecht van de OR en van het in artikel 26 opgenomen recht van beroep bij de Ondernemingskamer. Artikel 32 lid 2 WOR houdt in dat bij schriftelijke overeenkomst tussen de ondernemer en de OR aan de OR meer bevoegdheden dan de in de WOR genoemde kunnen worden toegekend en dat aanvullende voorschriften over de toepassing van het bij of krachtens de WOR bepaalde kunnen worden gegeven. Artikel 32 lid 4 WOR bepaalt dat indien in de overeenkomst aan de OR een recht op advies wordt gegeven over andere voorgenomen besluiten dan genoemd in artikel 25 WOR, het in artikel 26 WOR opgenomen recht van beroep bij de Ondernemingskamer van overeenkomstige toepassing is. Uit de totstandkomingsgeschiedenis van deze bepalingen, die van latere datum zijn dan artikel 46d WOR, blijkt niet dat onder ogen is gezien hoe de in artikel 46d aanhef en sub b WOR opgenomen uitzondering voor politieke besluiten op het advies- en beroepsrecht zich verhoudt tot artikel 32 WOR.

De wetgever heeft blijkens de parlementaire behandeling van artikel 46d WOR en de evaluatie van de werking van de WOR bij de overheid in 2001 (weergegeven in de conclusie van de advocaat-generaal onder 3.5 respectievelijk 3.14-3.15) uitdrukkelijk niet gewild dat politieke besluiten van democratisch gecontroleerde organen door de Ondernemingskamer in het kader van de WOR worden getoetst. Nu niet is gebleken dat de wetgever hiervan heeft willen afwijken bij de totstandkoming van artikel 32 WOR, moet worden aangenomen dat de wetgever met die bepaling alleen de medezeggenschap heeft willen uitbreiden tot andere besluiten dan die genoemd in artikel 25 WOR, en artikel 32 WOR niet tevens heeft willen betrekken op besluiten als bedoeld in artikel 46d, aanhef en sub b, WOR. Het middel, dat uitgaat van een andere rechtsopvatting, faalt.

Opmerking verdient nog het volgende. De ondernemer kan aan de OR een 'informeel adviesrecht' verlenen voor besluiten als bedoeld in artikel 46d, aanhef en sub b, WOR. De inhoud van dat adviesrecht wordt bepaald door wat de ondernemer en de ondernemingsraad daarover zijn overeengekomen. Dit strookt met de door de wetgever bij herhaling benadrukte mogelijkheid en wenselijkheid dat ook bij besluiten als bedoeld in artikel 46d, aanhef en sub b, WOR de ondernemingsraad door middel van overleg wordt betrokken en om advies wordt gevraagd. De wet verbindt aan een dergelijk adviesrecht niet de mogelijkheid van beroep in de zin van artikel 26 WOR. De ondernemer kan een zodanig beroepsrecht ook niet aan de OR toekennen.

Commentaar

In deze beschikking werd een vraag beantwoord, die in de wetsgeschiedenis niet onderkend is en in de rechtspraak van de Hoge Raad nog niet eerder was beantwoord, namelijk of artikel 32 lid 4 WOR ook van toepassing is in het geval van een toegekend bovenwettelijk adviesrecht ten aanzien van een onderwerp dat blijkens artikel 46d, aanhef en sub b, WOR onder het primaat van de politiek valt. In artikel 32 WOR is het minimumkarakter van de WOR tot uiting gebracht. Daarin staat dat bij cao of ondernemingsovereenkomst de ondernemingsraad extra bevoegdheden kunnen worden toegekend. Uit lid 4 volgt dat als het gaat om een extra adviesrecht, dat dan ook de regels van artikel 26 WOR van toepassing zijn, inclusief de beroepsmogelijkheid bij de Ondernemingskamer. Dit is een codificatie van eerdere rechtspraak van de Hoge Raad (HR 17 maart 1993, *JAR* 1993/77 (*Baracuda*)). In die zaak had de Ondernemingskamer geoordeeld dat hij niet bevoegd was ten aanzien van een extra toegekend adviesrecht dat niet valt onder de reikwijdte van het wettelijk adviesrecht in artikel 25 WOR. De Hoge Raad oordeelde dat daarmee het minimumkarakter van de WOR werd miskend. Indien een adviesrecht wordt toegekend als extra bevoegdheid dan houdt dat in dat ook de beroepsprocedure daarop van toepassing is. Dit is later vaste lijn in de rechtspraak van de Ondernemingskamer geworden en bij de wetswijziging van 1998 in de tekst van artikel 32 WOR vastgelegd. Het wettelijk systeem houdt dus in dat bij een extra toegekend adviesrecht het beroepsrecht bij de Ondernemingskamer ook geldt, tenzij in de afspraken over de toekenning van het adviesrecht een voorbehoud dienaangaande is gemaakt. Bij een ongeclausuleerd adviesrecht zijn dus alle toetsers en bellen van het adviesrecht van toepassing.

Deze wijziging van artikel 32 WOR is in 1998 doorgevoerd op een moment dat de WOR bij de overheid al was ingevoerd (vanaf 1995). Bij de wijziging van artikel 32 WOR is niet aan de orde geweest dat dit voor overheidsondernemingsraden anders zou liggen. Er is in het geheel geen aandacht aan overheidsondernemingsraden besteed. De Ondernemingskamer heeft in eerste instantie, ook in geschillen bij de overheid, dezelfde lijn gevolgd als in alle overige geschillen: indien pas in de beroepsfase een beroep gedaan wordt op het primaat van de politiek in een geval waar zonder voorbehoud advies is gevraagd, dan zijn alle voorschriften van de adviesprocedure van toepassing, inclusief de procedure bij de Ondernemingskamer (zie bijv. Ondernemingskamer 9 februari 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BV7331 (*OR Gemeente Middelburg*)). In 2015 is de Ondernemingskamer op dit punt 'om' gegaan en heeft dit ook uitdrukkelijk gemotiveerd (OK 19 november 2015: ECLI:NL:GHAMS:2015:4890 (*OR Gemeente Diemen*)). De Ondernemingskamer oordeelde dat de regel zoals deze blijkt uit vaste rechtspraak van de Ondernemingskamer dat wanneer een ondernemer zonder voorbehoud advies heeft gevraagd, de voorschriften van het adviesrecht inclusief beroepsprocedure daarop van toepassing zijn ('eens gegeven blijft gegeven'), niet geldt voor zover het besluit van medezeggenschap is uitgesloten op grond van artikel 46d sub b WOR. Toepassing van die

regel in een geval als dit zou ertoe (kunnen) leiden dat een democratisch genomen besluit waaraan een politieke afweging ten grondslag ligt alsnog wordt onderworpen aan rechterlijke toetsing, terwijl artikel 46d sub b WOR dat juist wil voorkomen (vgl. HR 8 november 2013 ECLI:NL:HR:2013:1139 (*De Mirandabad*) en de daarin aangehaalde jurisprudentie van de Hoge Raad). Hiertegen is in 2015 geen cassatieberoep ingesteld. Dat is in de zaak van de OR Gemeente Maastricht, waar de Ondernemingskamer dezelfde lijn als in 2015 heeft gevolgd, wel gebeurd.

De Hoge Raad leidt uit de parlementaire behandeling van het (oorspronkelijke) wetsontwerp over de invoering van de WOR bij de overheid af, dat de wetgever uitdrukkelijk niet heeft gewild dat politieke besluiten van democratisch gecontroleerde organen door de Ondernemingskamer in het kader van de WOR worden getoetst, en daarmee volgens de Hoge Raad dus ook niet in het geval van extra bevoegdheden. Het feit dat bij de introductie van de ondernemingsovereenkomst (art. 32 WOR) in latere wetgeving geen uitzondering is opgenomen voor de overheid speelt voor de Hoge Raad geen rol. Uit de wetsgeschiedenis blijkt ook niet het omgekeerde, dat de wetgever bewust de rechter in geval van extra bevoegdheden wel een rol heeft willen toekennen. Daarmee wordt de bedoeling van de wetgever uit het oorspronkelijke wetsontwerp doorslaggevend geacht.

3 Overzicht HR-rechtspraak over primaat van de politiek

Hiermee sluit de Hoge Raad aan bij een consistente lijn uit zijn eerdere rechtspraak over het primaat van de politiek. De Ondernemingskamer en Hoge Raad hebben, in ieder geval tot 2015, deze bepaling verschillend geïnterpreteerd, hetgeen alles te maken heeft met het ambivalente karakter van de wetsbepaling (het primaat van de politiek wordt niet absoluut beschermd, want het geldt niet als het gaat om de personele gevolgen van een voorgenomen besluit) en de niet-eenduidige wetsgeschiedenis, waarin de ambivalentie op verscheidene plaatsen tot uiting komt. In onderstaand schematisch overzicht wordt per uitspraak de vraag beantwoord of de rechter van mening is dat er sprake is van een bevoegdheid voor de ondernemingsraad.

Zaken 1 en 2

(1) Haagse grenscorrectie, ECLI:NL:HR:2000:AA4735 en (2) Fusie waterschappen, ECLI:NL:HR:2000:AA4734

Oordeel ondernemingskamer

Ja,

medeondernemer
besluit heeft gevolgen voor personeel

Oordeel HR

Nee,

geen medeondernemer
gaat om inherente personele gevolgen, besluit strekt niet tot regelen personele gevolgen

Zaak 3

Rijksrecherche, ECLI:NL:HR:2002:AD9856

Oordeel Ondernemingskamer

Ja,

coördinatiecommissie houdt in personele gevolgen
uitvoerende macht: besluit democratisch gecontroleerd orgaan valt niet onder primaat

Oordeel HR

Nee,

gaat om publiekrechtelijke taak

ook besluit democratisch gecontroleerd orgaan valt onder bereik primaat

Zaak 4

Shared Service Centrum HRM, ECLI:NL:HR:2005:AS5953

Oordeel Ondernemingskamer

Nee, gaat om publiekrechtelijke taak op basis Comptabiliteitswet

Oordeel HR

Nee,

departement overstijgend

wijziging politieke verantwoordelijkheden/ politieke context

Zaak 5

Privatisering tbs-Kliniek, ECLI:HR:2007:AZ1647

Oordeel Ondernemingskamer

Ja, privatiseringsbesluit impliceert dat ambtenaren werknemer worden

Oordeel HR

Nee,

besluit regelt nog niet personele gevolgen

bevoegdheid rechter gaat niet verder dan toetsen personele gevolgen

Zaak 6

De Mirandabad, ECLI:NL:HR:2013:1139

Oordeel Ondernemingskamer

Ja, onvoldoende aannemelijk gemaakt dat verschuiving politieke taken of overwegingen spelen

Oordeel HR

Nee, begrotingsbesluit vergt politieke afweging voor -en nadelen

Zaak 7

OR Gemeente Maastricht, ECLI:NL:HR:2019:397

Oordeel Ondernemingskamer

Nee, extra bevoegdheid ex 32 WOR leidt niet tot van toepassing zijn beroepsrecht 26 WOR

Oordeel HR

Nee, extra bevoegdheid ex 32 WOR leidt niet tot van toepassing zijn beroepsrecht 26 WOR

Uit bovenstaand overzicht blijkt dat de Hoge Raad in de zeven zaken tot nu toe het primaat van de politiek heeft laten prevaleren bij de uitleg van de WOR, waar de Ondernemingskamer in vijf zaken tot een tegenovergestelde uitkomst was gekomen.

Uit de rechtspraak van de Hoge Raad zijn de volgende lijnen te onderscheiden:

Besluiten van democratisch gecontroleerde organen en besluiten in een politieke context genomen vallen onder het primaat van de politiek. De Hoge Raad kent daarbij in mindere mate betekenis toe aan de in de wettekst gehanteerde norm (of de aangelegenheid betrekking heeft de publiekrechtelijke taak van een publiekrechtelijk lichaam), maar vooral aan hetgeen daarover ter toelichting op sommige plaatsen in de wetsgeschiedenis is terug te vinden met betrekking tot politieke besluiten.

De uitzondering ten aanzien van de personele gevolgen is aan de orde wanneer het besluit dat in de procedure centraal staat ook strekt tot het regelen van die personele gevolgen. Als de personele gevolgen inherent zijn aan het besluit, maar in een latere fase pas concreet uitgewerkt zullen gaan worden, is in die fase op het besluit nog steeds het primaat van de politiek van toepassing en is er geen bevoegdheid voor de ondernemingsraad aanwezig.

De rechter heeft geen rol/bevoegdheid bij de toetsing van de besluiten van democratisch gecontroleerde organen. Indien het gaat om de personele gevolgen dan dient de besluitvorming alleen door de rechter getoetst te worden voor zover het betrekking heeft op die personele gevolgen.

Bij gefaseerde besluitvorming dienen de bevoegdheden van de ondernemingsraad niet verder ingeperkt te worden dan strikt nodig is ter bescherming van het primaat van de politiek. Deze laatste lijn valt af te leiden uit een overweging ten overvloede in de Mirandabad -beschikking uit 2013. Deze lijn in de rechtspraak is nog niet uitgekristalliseerd. De vraag waar bij gefaseerde besluitvorming de inperking van de bevoegdheden van de ondernemingsraad ten faveure van het primaat van de politiek ophoudt en vanaf waar de ondernemingsraad de op grond van de WOR toegekende bevoegdheden kan uitoefenen gelijk als ondernemingsraden in de marktsector is nog niet scherp afgebakend (voor zover dat mogelijk is). Hoe om te gaan met de rol van de ondernemingsraad bij gefaseerde besluitvorming nadat het politieke principebesluit genomen is, komt waarschijnlijk binnenkort in de Hoge Raad-jurisprudentie nog aan de orde in twee zaken die op dit moment in cassatie bij de Hoge Raad liggen (die hebben betrekking op Ondernemingskamer 19 april 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1337 (OR Politie Regionale Eenheid Oost-Brabant) en Ondernemingskamer 8 oktober 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:4104 (GOR Rijk)).

In 2001 is de invoering van de Wet op de ondernemingsraden bij de overheid voor het eerst en het laatst geëvalueerd. De conclusie in de evaluatie ten aanzien van het primaat van de politiek (*Kamerstukken II 2000/01, 27610, 1, p. 8-11*) was dat het kabinet zich kon vinden in de stand van de rechtspraak op dat moment bestaande uit de Hoge Raad-uitspraken van 2000. Maar daarbij benadrukte de minister het minimumkarakter van de WOR en dat het betreurd zou worden indien ondernemingsraden bij de overheid minder betrokken zouden worden met een beroep op het primaat van de politiek bij de besluitvorming.

In de zaak die speelde bij de gemeente Maastricht was er sprake van het expliciet betrekken van de ondernemingsraad door middel van een afspraak over een go-no go-adviesaanvraag gemaakt met (medeweten van) het College van B&W. De Ondernemingskamer benadrukte dat op dergelijke wijze advies vragen niet in strijd is met de wet, maar dat de wet daar niet de consequentie aan verbindt dat er ook een beroepsmogelijkheid door ontstaat. De Hoge Raad onderschrijft dat en heeft het over toekennen van een 'informeel adviesrecht'. In de Conclusie

van advocaat-generaal Timmersmans (ECLI:NL:PHR:2018:1412, onder 3.29) stelt hij dat alleen wanneer expliciet bepaald zou worden bij de te maken afspraken tussen overheidsondernemer en OR dat de beroepsgang van artikel 26 WOR wel van toepassing is, de Ondernemingskamer dan wel bevoegd is. De Hoge Raad-beschikking lijkt op dit punt minder ruimte te laten. De Hoge Raad oordeelt dat er geen rol voor de rechter is weggelegd wanneer er sprake is van besluitvorming van democratisch gecontroleerde organen in een politieke context, ongeacht of dit nu wel of niet als extra bevoegdheid is afgesproken. Ik kan mij voorstellen dat in de nabije toekomst in die gevallen waar een overheidsondernemer de ondernemingsraad een zwaardere positie wil toekennen dan alleen een informeel adviesrecht, dat er dan een bindend advies- of arbitrageclausule wordt toegevoegd aan de afspraken, omdat een beroep bij de Ondernemingskamer op grond van de WOR volgens de Hoge Raad niet mogelijk is.

De vraag is of de wijze waarop de rechtspraak de bepaling over het primaat van de politiek heeft uitgelegd (nog) overeenkomt met hetgeen de wetgever, dus ook de Staten-Generaal, oorspronkelijk beoogd heeft en gewenst acht.

4 De Wet normalisering rechtspositie ambtenaren

Deze vraag lijkt ook politiek actueel te zijn op het moment dat wordt overgegaan tot het onderbrengen van de ambtelijke rechtspositie van het merendeel van de ambtenaren naar het civiel recht. Met ingang van 1 januari 2020 wordt, naar het zich laat aanzien, de WNRA ingevoerd. Op het moment dat het decennia geleden in gang gezette traject van de normalisering van de rechtspositie van de ambtenaren wordt afgerond, zou het logisch zijn om het eindresultaat van het geheel te beschouwen en na te gaan of reeds eerder uitgevoerde deelstappen aanpassing behoeven, waaronder de wijze waarop het primaat van de politiek in de WOR wordt uitgelegd in de rechtspraak nog eens tegen het licht te houden. Is de uitkomst van de rechtspraak zoals hierboven geschetst voldoende in lijn met de oorspronkelijke dubbele doelstelling van de wetgever: enerzijds het borgen dat het typische politieke besluitvormingsproces buiten het bereik van de OR (en de rechter) blijft en anderzijds de bevoegdheden van ondernemingsraden bij de overheid niet verder inperken dan strikt nodig is ter bescherming van het primaat van de politiek, zodat de positie van de overheidsondernemingsraden overigens zo veel mogelijk gelijk is als die van ondernemingsraden in de marktsector.

Als daarnaar gekeken wordt met een heel algemene blik, dan zou snel de stelling betrokken kunnen worden dat natuurlijk het primaat van de politiek bescherming vereist in een democratische rechtsstaat. Zeker de politiek zelf zal die positie snel innemen. In beginsel ook volkomen terecht. De vraag is echter of het toekennen van een rol aan de ondernemingsraad

bij de besluitvorming het primaat van de politiek aantast. Het is uiteindelijk altijd de ondernemer die de beslissingen neemt en daarover het primaat heeft: dat geldt in de marktsector alsook in de overheidssector gezien de wijze waarop de WOR is vormgegeven. Het kan soms zijn dat door rechterlijke tussenkomst het de ondernemer verboden wordt om op deze wijze een besluit te nemen en uit te voeren. Recent, in de beschikking inzake *Holland Casino* (HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018: 725), heeft de Hoge Raad nog eens benadrukt dat er sprake is van een marginale toetsing van het besluit van de ondernemer door de Ondernemingskamer waarbij uitgegaan moet worden van beleidsvrijheid van de ondernemer bij de besluitvorming. Zeker wanneer het gaat om politieke afwegingen ten aanzien van de uit te zetten koers zal ook zonder een bepaling ter bescherming van het primaat van de politiek, deze politieke beleidsvrijheid zwaar wegen bij de rechterlijke toetsing. Wat dat betreft vergelijkbaar met de bevoegdheid van de bestuursrechter (zie de annotatie van G.W van der Voet bij de *Mirandabad* -beschikking, AR Updates annotaties AR 2013-0885).

De strikte uitleg in de Hoge Raad-jurisprudentie heeft echter ook een keerzijde. De uitleg die aan artikel 46d sub b WOR wordt gegeven, komt erop neer dat zolang een besluit nog niet strekt tot het regelen van de personele gevolgen en het betrekking heeft op het beleid of de uitvoering van een publiekrechtelijke taak er geen wettelijke positie voor de ondernemingsraad is. Daar waar het betrekking heeft op de personele gevolgen is het in de praktijk bij de overheid vaak zo dat het voortouw in het overleg met de vakbonden plaatsvindt. Dit betekent dat kijkend naar het wettelijk kader de positie van ondernemingsraden bij de overheid marginaal is bij belangrijke besluiten die ook effect (kunnen) hebben op degenen die de werkzaamheden voor de overheid moeten uitvoeren.

De (politieke) vraag is of het de besluitvorming bij de overheid niet ten goede zou komen indien ook de overheidsondernemer verplicht is de ondernemingsraad te raadplegen voordat besluiten genomen worden die op termijn ook gevolgen hebben voor de uitvoering. Is de politiek niet gediend om naast de informatie uit de hiërarchische lijn ook de opvatting van de ondernemingsraad te kunnen vernemen over hoe aangekeken wordt tegen politieke voorstellen die later door de ambtelijke organisatie uitgevoerd moeten gaan worden? Dat het van belang kan zijn een overheidsondernemingsraad bij dergelijke aangelegenheden toch wel te raadplegen is in de praktijk ook wel waarneembaar. Dat zal dan echter plaatsvinden in de vorm van een gunst, een informeel adviesrecht. Het is afhankelijk van de opvatting over het belang van het kennisnemen van de opvatting van het personeel bij een politiek orgaan op enig moment en/of van het belang dat de WOR-bestuurder eraan hecht of er overgegaan zal worden tot het inschakelen van een ondernemingsraad in de fase voordat de politieke besluitvorming plaatsvindt. De vraag is of dit (nog) overeenkomt met wat de politiek wenselijk vindt met betrekking tot de positie van de OR bij de overheid. Wat opvalt, is dat hierover bij de

invoering van de Wnra nagenoeg geen inhoudelijke discussie is gevoerd. Juist op het moment dat de eindfase van het normaliseringproces bereikt wordt dat al in de jaren tachtig van de vorige eeuw is gestart, had het voor de hand gelegen om een (hernieuwde) evaluatie te houden van de stand van zaken met betrekking tot de medezeggenschap bij de overheid met name vanwege de ruime uitleg van de bepaling over het primaat van de politiek.

Duidelijk wordt uit de rechtspraak, en er zijn geen indicaties dat daar politiek anders tegenaan wordt gekeken, dat er een probleem is met een toetsende rol van de rechter ten aanzien van de inhoud van de politieke besluitvorming. De uitkomst van de belangenafweging die in een politiek proces wordt gemaakt is aan de politiek zelf. Dat is verboden terrein voor de rechter en dat wordt door de Hoge Raad ook onderkend en als leidraad genomen in zijn rechtspraak. Vraag is of daarmee de rol van de OR bij de overheid niet (te) sterk is gemarginaliseerd. Is het gewenst dat er alleen bij wijze van gunst een rol resteert voor de overheidsondernemingsraad met betrekking tot de politieke besluitvorming? Het zou zeer wel mogelijk zijn om een andere oplossing te kiezen. De vrijblijvendheid ten aanzien van het informeren en raadplegen van de ondernemingsraad ten aanzien van besluitvorming in het kader van een politiek proces zou kunnen worden weggenomen. Er zou een overleg- en informatierecht en adviesrecht voor de ondernemingsraad opgenomen kunnen worden. Dat zou met zich meebrengen dat op het moment dat de politiek een besluit neemt vooraf ook kennis genomen is van hoe daar door de vertegenwoordiging van het personeel tegenaan wordt gekeken. Dit kan enerzijds de kwaliteit van de besluitvorming en anderzijds de snelheid van de implementatie daarvan vergroten, indien al in de voorfase rekening gehouden kan worden met de aandachtspunten die vanuit de medezeggenschap worden ingebracht. Te denken valt aan een adviesrecht vergelijkbaar aan het in artikel 30 WOR geregelde adviesrecht van de ondernemingsraad bij voorgenomen besluit tot benoeming of ontslag van een bestuurder. Dit is geen vrijblijvend adviesrecht in de zin dat die voorschriften dan ook nageleefd dienen te worden en de rechter procedureel kan toetsen of dat ook geschiedt. Dit heeft de Ondernemingskamer recent nog eens uiteengezet in een enquêtezaak (OK 18 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2488 inzake *Eneco*). De rechter kan echter niet de inhoud van het uiteindelijke besluit toetsen. De rechtsgang bij de Ondernemingskamer staat niet open ten aanzien van de besluiten die uiteindelijk op grond van het adviesrecht van artikel 30 worden genomen. Er kan ook een vergelijking getrokken worden met het informatie- en consultatierecht zoals dat bijvoorbeeld geregeld is voor Europese ondernemingsraden. Door langs die lijn de wet aan te passen zou enerzijds het belangrijkste punt ten aanzien van de bescherming van het primaat van de politiek gewaarborgd blijven, namelijk dat er geen rol voor de rechter is ten aanzien van de toetsing van de inhoud van de besluitvorming en anderzijds de vrijblijvendheid die geïntroduceerd is ten aanzien van het betrekken van de ondernemingsraad bij dergelijke besluitvorming wordt teruggedrongen. Deze gedachte, die al eerder naar voren is gebracht, is de moeite waard om

alsnog in het (politiek) debat te betrekken, juist ook gezien de invoering van de WNRA.

mr. L.C.J. Sprengers

RECHTSPRAAK

Werknemer/Govola B.V.

Geen sprake van valse of voorgewende reden. Govola heeft in beginsel beleidsvrijheid om haar organisatie in te richten op een wijze die haar goeddunkt. Zo staat het haar vrij om wegens een bedrijfseconomische noodzaak kostenbesparende maatregelen te nemen.

Feiten

Werknemer is op 5 februari 2001 bij Govola in dienst getreden. Werknemer voerde zijn werkzaamheden uit bij Kassenbouw, een zusterbedrijf van Govola. Govola heeft op 11 november 2014 bij het UWV een ontslaanvraag ingediend op grond van bedrijfseconomische redenen, hetgeen is verleend. De arbeidsovereenkomst is per 1 april 2015 geëindigd. Werknemer heeft een verklaring voor recht gevorderd dat de opzegging als kennelijk onredelijk dient te worden beschouwd. De kantonrechter heeft het verzoek afgewezen. Werknemer stelt hoger beroep in.

Oordeel

In hoger beroep ligt, kort gezegd, alleen de vraag voor of de opzegging van de arbeidsovereenkomst is geschied onder opgave van een voorgewende of valse reden. Werknemer stelt hiertoe dat Govola zich ten onrechte heeft beroepen op een bedrijfseconomische noodzaak tot reorganisatie en dat zij de financiële omstandigheden waarin zij verkeerde, onjuist heeft voorgesteld. Govola heeft kenbaar gemaakt hoeveel tuinbouwkassen er in het binnenland en het buitenland zijn verkocht. Uit de cijfers leidt het hof af dat evident sprake is van een fors teruglopende verkoop in het binnenland. Werknemer heeft zijn stelling dat de daadwerkelijke verkoop in het binnenland hoger is, onvoldoende concreet onderbouwd, terwijl dit wel op zijn weg had gelegen. Het hof weegt daarnaast mee dat Govola als ondernemer in beginsel beleidsvrijheid heeft om haar organisatie in te richten op een wijze die haar goeddunkt. Zo staat het haar vrij om wegens een bedrijfseconomische noodzaak kostenbesparende maatregelen te nemen. Nu sprake was van een enorme omzetzakking voor wat betreft de verkoop van tuinbouwkassen, kon Govola overgaan tot het aanvragen van een ontslagvergunning. Anders dan werknemer stelt, is daarvoor niet de omzet

of het resultaat van Kassenbouw en de moedermaatschappij maatgevend. Dat het totaal aan personeelskosten binnen de moedermaatschappij in de loop der jaren is toegenomen kan ook niet tot de conclusie leiden dat sprake is van een valse of voorgewende reden. Het beroep van werknemer dat zijn functie niet is komen te vervallen treft ook geen doel. Gelet op de maatstaf voor uitwisselbaarheid van functies, is het hof van oordeel dat de functies van verkoper (functie van werknemer) en commercieel technisch medewerker niet uitwisselbaar zijn. Verder stelt het hof vast dat er geen herplaatsingsmogelijkheden waren voor werknemer. De grieven van werknemer falen.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 30-04-2019

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2019:1607

Zaaknummer: 200.219.848_01

Rechters: P.P.M. Rousseau, O.G.H. Milar en A. van Zanten-Baris

Advocaten: H.J.M. Goossens en J. Hellendoorn

Wetsartikelen: 7:681 (oud) BW en 7:681 BW

RECHTSPRAAK

**Werknemer/Stichting Sint Elisabeth-Tweesteden
Ziekenhuis & Stichting Pensioenfonds Zorg en Welzijn**

Het Ziekenhuis heeft werknemer terecht niet aangemeld bij het Pensioenfonds, omdat hij niet viel binnen de werkingssfeer. Werknemer was in 1980/1981 in dienst als assistent-geneeskunde in opleiding, hetgeen inhoudt dat zijn functie een tijdelijk karakter had, aldus het hof.

Feiten

Werknemer is na een loopbaan als neurochirurg thans met pensioen. Werknemer heeft pensioen opgebouwd bij het ABP. Van 1 mei 1980 tot 1 juli 1981 heeft werknemer bij het Ziekenhuis gewerkt. Het Ziekenhuis viel in 1980/1981 binnen de werkingssfeer van het pensioenfonds. In het pensioenreglement was opgenomen dat het reglement van toepassing is op 'werknemers verbonden aan de onder A van dit artikel genoemde instellingen, met uitzondering van de werknemers die tijdelijk aan een aangesloten instelling verbonden zijn in een functie, welke een tijdelijk karakter heeft'. Op 31 december 1969 heeft de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid kort gezegd in een verplichtstellingsbeschikking het Pensioenfonds verplicht gesteld voor werknemers verbonden aan particuliere verplegingsinrichtingen. Aan werknemer is medegedeeld dat hij in de periode dat hij bij het Ziekenhuis werkte uitgesloten was van deelname in de pensioenregeling, omdat hij als assistent-geneeskundige in opleiding was. Werknemer vordert kort gezegd het Ziekenhuis te veroordelen hem bij het Pensioenfonds aan te melden voor de periode van 1 mei 1980 tot 1 juli 1981 en de verschuldigde premies af te dragen en het Pensioenfonds te veroordelen om hem de pensioenopbouw toe te kennen. De kantonrechter heeft de vorderingen afgewezen. Werknemer komt hiertegen in hoger beroep.

Oordeel

In het geding tussen werknemer en het pensioenfonds gaat het over de vraag of werknemer op grond van de verplichtstellingsbeschikking gedurende de periode van 1 mei 1980 tot 1 juli 1981

deelnemer was van het pensioenfonds en dus aanspraak kan maken op opgebouwd pensioen. Het geschil spitst zich toe op de uitleg van de verplichtstellingsbeschikking. Het gaat erom of werknemer als AGIO tijdelijk aan het ziekenhuis was verbonden in een functie die een tijdelijk karakter had. Het hof zal dit aanduiden als het dubbele tijdelijkheidscriterium. Nu vaststaat dat werknemer tijdelijk in dienst was bij het ziekenhuis, spitst het geschil zich toe op de vraag of de functie van AGIO een tijdelijk karakter had. Op de uitleg is de cao-norm van toepassing. Het hof overweegt dat uit de tekst niet eenduidig blijkt waarop het tijdelijk karakter van de functie betrekking heeft. Het hof is van oordeel dat de tekst zich richt tot de individuele werknemer. In dit geval is het de individuele werknemer die een opleiding doet. Het verrichten van het samenstel van werkzaamheden door die werknemer is er steeds op gericht dat dit eindigt bij het voltooien (of het afbreken) van de opleiding en het is dus per definitie tijdelijk. De uitleg vindt steun in de verplichtstellingsbeschikking. Hier komt bij dat het hof de rechtsgevolgen van de uitleg, die meebrengt dat artsen in opleiding tot medisch specialist in de jaren zeventig van de vorige eeuw niet als deelnemer van het pensioenfonds worden aangemerkt, aannemelijk acht. De in hoger beroep ingestelde vorderingen tegen het pensioenfonds worden afgewezen. Ten aanzien van de vorderingen tegen het Ziekenhuis oordeelt het hof dat sprake is van verjaring. Deze vorderingen worden eveneens afgewezen.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 30-04-2019

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2019:1614

Zaaknummer: 200.205.424/01

Advocaten: A.W. Cramer en T. Huijg

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgever

Door het zich eigenmachtig toegang verschaffen tot het UWV-portaal, terwijl hij wist dat werkgever een ziekmelding van hem niet wilde accepteren, heeft werknemer verwijtbaar gehandeld. De door werkgever aangevoerde omstandigheden maken niet dat sprake is van ernstig verwijtbaar handelen.

Feiten

Werknemer is op 15 juli 2014 in dienst getreden bij werkgever, laatstelijk in de functie van bedrijfsleider. Werknemer heeft zich op 9 juni 2018 ziek gemeld. Naar aanleiding van een brief van de gemeente dat de vergunning van het restaurant van werkgever zal worden ingetrokken omdat werkgever vier keer een waarschuwing heeft gehad dat er bij controle geen leidinggevende en directeur was, heeft werkgever werknemer op staande voet ontslagen. Werknemer was leidinggevende en directeur van de zaak en is volgens werkgever ook aansprakelijk voor de schade die het restaurant heeft gelopen. In eerste aanleg heeft werknemer onder meer verzocht het ontslag te vernietigen. De kantonrechter heeft het ontslag op staande voet vernietigd. Op het tegenverzoek van werkgever heeft de kantonrechter de arbeidsovereenkomst ontbonden, omdat werknemer door zich eigenhandig en zonder toestemming op oneigenlijke wijze de toegang te verschaffen tot het UWV-werkgeversportaal en zichzelf vervolgens ziek te melden, ernstig verwijtbaar heeft gehandeld. Werknemer verzoekt in hoger beroep de vernietiging van de ontbinding van de arbeidsovereenkomst per 11 oktober 2018, althans de veroordeling van werkgever om de arbeidsovereenkomst te herstellen.

Oordeel

Tijdens de mondelinge behandeling is gebleken dat werknemer op zichzelf geen bezwaar heeft tegen de ontbinding, omdat de verhouding met werkgever te zeer verstoord is geraakt. Partijen strijden nog wel over de vraag aan wie een en ander is te verwijten en over de vraag of een terecht gemaakt verwijt als ernstig verwijtbaar geduid dient te worden en, in het verlengde

daarvan, over de vraag of werkgever een billijke vergoeding en/of een transitievergoeding aan werknemer verschuldigd is. Nu werknemer niet (voldoende) gemotiveerd heeft op welke grond hij meent aanspraak te kunnen maken op een billijke vergoeding, zal deze vergoeding worden afgewezen. Ten aanzien van het door de kantonrechter als ernstig verwijtbaar aangemerkte feit merkt het hof op dat werknemer – die zich blijkens zijn eigen stellingen bewust was van de omstandigheid dat hij, hoewel hij als bestuurder van werkgever was ingeschreven bij het handelsregister – zich had moeten onthouden van het zich eigenmachtig toegang verschaffen tot het UWV-portaal van werkgever. Dit geldt temeer omdat hij, opnieuw naar eigen zeggen, wist dat werkgever een ziekmelding van hem niet wilde accepteren. De omstandigheid dat werkgever hem kennelijk te kennen had gegeven dat hij niet bereid was het loon door te betalen, hoewel dit een wettelijke plicht is, doet daaraan niet af. Werknemer had de weigering – desnoods met de hulp van een advocaat – via de daartoe bestaande procedures moeten aanvechten, maar een en ander rechtvaardigt geen eigenrichting. Er is dus sprake van verwijtbaar handelen. Van ernstig verwijtbaar handelen kan echter naar het oordeel van het hof – gegeven de directe aanleiding voor deze gebeurtenissen (de sluiting van het café-restaurant en de onterechte weigering van werkgever om het loon door te betalen) – niet gesproken worden. Dit betekent dat de grief in zoverre slaagt en dat het hof moet beoordelen of de overige door werkgever aangevoerde gedragingen het oordeel ernstig verwijtbaar handelen kunnen dragen. Werkgever verwijt werknemer dat hij talloze keren door de gemeente is gewaarschuwd dat er een leidinggevende aanwezig diende te zijn tijdens de openingsuren van het café-restaurant, maar dat hij aan deze waarschuwingen geen gehoor heeft gegeven. Ook zou werknemer werkgever niet op de hoogte hebben gebracht van de waarschuwingen en het voornemen tot intrekken van de verleende vergunningen. Ten aanzien van de waarschuwingen door de gemeente stelt het hof vast dat werknemer gemotiveerd heeft weersproken dat hij als bestuurder ervoor verantwoordelijk was dat tijdens openingsuren van het café-restaurant altijd iemand met een Drank en Horaca-vergunning aanwezig was, omdat hij alleen op papier bestuurder was van werkgever en hij feitelijk voornamelijk werkzaamheden als beveiliging verrichtte. Het gemaakte verwijt aan werknemer als bestuurder gaat dus niet op. Het hof is van oordeel dat niet is gebleken van ernstig verwijtbaar handelen van werknemer, zodat hij – in beginsel – aanspraak kan maken op een transitievergoeding. Werkgever heeft aangevoerd dat het recht op transitievergoeding is vervallen, omdat werknemer daarop niet tijdig aanspraak heeft gemaakt. Het hof volgt werkgever daarin niet. Nu de arbeidsovereenkomst op 11 oktober 2018 is ontbonden, is het door werknemer in zijn op 11 januari 2019 binnengekomen beroepschrift geformuleerde verzoek dus tijdig.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 30-04-2019

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2019:916

Zaaknummer: 200.252.644

Rechters: M.J. van der Ven, C.A. Joustra en S.R. Mellema

Advocaten: A. Ramsaroep en S.P. Koerselman

Wetsartikelen: 7:699 lid 3 BW, 7:673 BW en 150 RV

RECHTSPRAAK

werknemer/Workers4U B.V.

Werknemer niet-ontvankelijk in verzoek tot vernietiging ontslag, gelet op overschrijding vervaltermijn artikel 7:686a BW met een dag. Niet gebleken van omstandigheden dat geen effectieve bescherming tegen het ontslag bestond gelet op resterende tijd na schriftelijke bevestiging van het ontslag.

Feiten

Werknemer heeft op 1 september 2017 een uitzendovereenkomst (hierna: de overeenkomst) voor onbepaalde tijd gesloten met Workers4U B.V. Door Workers4U is hij te werk gesteld bij ENGIE-SDA Project als E&I Monteur voor 40 uur per week. Op 24 november 2017 is Workers4U failliet verklaard. De directeur van Workers4U heeft werknemer in een brief zonder datum geschreven: 'Via deze brief laat ik u weten dat uw dienstverband bij Workers4U is beëindigd per 24 november 2017 dit vanwege het faillissement van Workers4U'. De brief is als bijlage bij een e-mail van 11 december 2017 van de directeur aan werknemer gevoegd. Op 19 december 2017 is het vonnis waarbij het faillissement van Workers4U is uitgesproken in hoger beroep vernietigd. Werknemer heeft in eerste aanleg bij een op 25 januari 2018 ingediend verzoekschrift onder meer vernietiging van het ontslag verzocht. De kantonrechter heeft werknemer niet-ontvankelijk verklaard in zijn verzoek, omdat dit, gezien de op grond van artikel 7:686a BW geldende vervaltermijn van twee maanden, niet tijdig was gedaan, nu het op 25 januari 2018 ingediende verzoek het werknemer op 24 november 2017 gegeven ontslag betrof. Tegen dit oordeel keert werknemer zich in hoger beroep.

Oordeel

Mondeling gegeven ontslag

Werknemer betoogt allereerst dat de kantonrechter ten onrechte als feit heeft vastgesteld dat hem op 24 november 2017 telefonisch is medegedeeld dat hij was ontslagen. Het hof acht de mededeling van werknemer ter zitting in hoger beroep, dat er tussen hem en (een vertegenwoordiger van) Workers4U op 24 november 2017 helemaal geen (telefonisch) contact

heeft plaatsgevonden, niet geloofwaardig, gelet op de door of namens werknemer veelvuldig gedane andersluidende eerdere mededelingen, gelet op het ontbreken van enige toelichting waarom thans een ander standpunt dan voorheen wordt ingenomen en gelet op de consistente verklaringen namens Workers4U dat zij werknemer op 24 november 2017 telefonisch wegens werkweigering per direct had ontslagen. Het hof gaat er daarom van uit dat er op 24 november 2017 tussen werknemer en de directeur een telefoongesprek heeft plaatsgevonden. Werknemer stelt vervolgens dat Workers4U hem in dat gesprek geen ontslag heeft gegeven, maar slechts een voornemen tot ontslag kenbaar is gemaakt. Het hof constateert dat werknemer in eerste aanleg bij herhaling heeft gesteld dat Workers4U op die dag mondeling heeft laten blijken de overeenkomst per die dag 'op te willen zeggen'. Werknemer verzocht in eerste aanleg ook 'het ontslag van 24-11-2017' te vernietigen. Hij heeft na die datum ook niet meer gewerkt. Het hof gaat er daarom van uit dat Workers4U op 24 november 2017 werknemer mondeling en per direct heeft ontslagen.

Vervaltermijn artikel 7:686a BW

Denkbaar is dat de schriftelijke bevestiging van het mondeling gegeven ontslag op een zodanig tijdstip plaatsvindt (bijvoorbeeld kort voor of zelfs na het verstrijken van de aldus met toepassing van art. 7:686a BW berekende vervaltermijn) dat de onderhavige vervaltermijn aan een effectieve bescherming tegen een ongerechtvaardigd ontslag in de weg staat, doordat niet meer voldoende tijd resteert om zich tegen dat ontslag te verweren. Dat van een dergelijke situatie sprake is, is door werknemer niet aangevoerd, laat staan onderbouwd. Te rekenen vanaf 11 december 2017, de datum waarop hij de schriftelijke bevestiging van het ontslag ontving, resteerden voor werknemer ruim zes weken om een verzoekschrift als het onderhavige in te dienen. Werknemer heeft niet betoogd dat die termijn voor hem te kort was om zich tegen het ontslag effectief te kunnen verweren. Meer in het bijzonder heeft hij niet uitgelegd waarom hij eerst op 25 januari 2018 het verzoekschrift kon indienen, en niet een dag eerder. Het voorgaande betekent dat op 25 januari 2018, de datum dat het verzoekschrift tot vernietiging van het op 24 november 2017 gegeven ontslag werd ingediend, de daarvoor geldende vervaltermijn was verstreken. De kantonrechter heeft werknemer daarom op goede gronden in zijn verzoek niet-ontvankelijk verklaard.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 30-04-2019

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2019:1522

Zaaknummer: 200.248.402/01

Rechters: G.C. Boot, A.M.A. Verscheure en D. Kingma

Advocaten: D. van der Wal en M.A. Lacasa

Wetsartikelen: 7:686a BW

RECHTSPRAAK

**Stichting Elisabeth-Tweesteden Ziekenhuis/werknemer
& Stichting Pensioenfonds Zorg en Welzijn**

Nu de vorderingen van werknemer in hoofdzaak zijn afgewezen, heeft het Ziekenhuis geen belang meer bij de gevorderde verklaringen voor recht in hoger beroep.

Feiten

In de hoofdzaak heeft werknemer het ziekenhuis en het pensioenfonds gedagvaard. In eerste aanleg is het Ziekenhuis toegelaten tussen te komen in de procedure in hoofdzaak tussen werknemer en het Pensioenfonds. Het Ziekenhuis heeft een verklaring voor recht gevorderd dat werknemer niet onder de werkingssfeer van het pensioenfonds viel. De kantonrechter heeft de vorderingen van het Ziekenhuis afgewezen op grond van de overweging dat het Ziekenhuis daar geen belang bij had, omdat de vorderingen van werknemer in eerste aanleg waren afgewezen. Het Ziekenhuis komt op tegen het vonnis.

Oordeel

Bij eindarrest in de hoofdzaak, dat op dezelfde datum wordt uitgesproken als dit arrest, wordt het bestreden vonnis van de kantonrechter in de hoofdzaak bekrachtigd met uitzondering van de proceskostenveroordeling. Bij deze uitkomst van de hoofdzaak heeft het ziekenhuis ook in hoger beroep geen belang bij de gevorderde verklaringen voor recht.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 30-04-2019

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2019:1615

Zaaknummer: 200.217.528_01

Rechters: H.E. HAE Uniken Venema, H.K.N. Vos en prof. mr. dr. F.G. Laagland

Advocaten: C.E. Stratenus, T. Huijg en A.W. Cramer

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgeefster

Gevorderde wedertewerkstelling in kort geding toegewezen. Een lopende ontslagaanvraagprocedure bij het UWV is onvoldoende grond om werknemer op non-actief te stellen.

Feiten

Werknemer is op 1 januari 1990 in dienst getreden bij werkgeefster. Sinds 2010 vervult werknemer de functie van Key Accountmanager bij de divisie Consumer Business. Werknemer is als Key Accountmanager verantwoordelijk voor de advisering, verkoop en levering van producten aan grote klanten. Op 11 januari 2019 heeft er een gesprek plaatsgevonden tussen werknemer en werkgeefster. Tijdens dit gesprek is aan werknemer medegedeeld dat zijn functie zou komen te vervallen als gevolg van de reorganisatie en dat zijn arbeidsovereenkomst zou worden beëindigd. Tijdens dit gesprek is aan werknemer een beëindigingsvoorstel voorgelegd. Werknemer heeft dat voorstel niet geaccordeerd. Vervolgens heeft werkgeefster – hangende de ontslagaanvraag bij het UWV – werknemer vrijgesteld van werkzaamheden. Werknemer vordert in kort geding wedertewerkstelling.

Oordeel

De vraag die partijen in dit kort geding verdeeld houdt, is of werkgeefster een redelijke en voldoende zwaarwegende grond had om werknemer op non-actief te stellen en deze op non-actiefstelling te handhaven. Naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter heeft werkgeefster onvoldoende aannemelijk gemaakt dat er een redelijke en voldoende zwaarwegende grond is voor de op non-actiefstelling van werknemer. Werkgeefster heeft aangevoerd dat zij werknemer op non-actief heeft gesteld om 'ruis' en onduidelijkheid bij haar klanten te voorkomen. De enkele omstandigheid dat er ruis en/of onduidelijkheid bij de klanten van werkgeefster zou ontstaan – nog daargelaten dat werkgeefster dit slechts summierlijk heeft onderbouwd – is echter een onvoldoende zwaarwegende grond om werknemer op non-actief te stellen. Het ontstaan van enige ruis en/of onduidelijkheid bij de klanten van werkgeefster – omtrent de uitvoering van de werkzaamheden en de gemaakte afspraken door de opvolger van werknemer – is naar het oordeel van de voorzieningenrechter

namelijk niet te voorkomen. Welk moment men ook kiest, het vertrek van een werknemer die het bedrijf vertegenwoordigt bij grote klanten zal altijd enige periode van ruis bij klanten doen ontstaan. Hierbij wordt nog opgemerkt dat het enkele feit dat een ontslagaanvraag bij het UWV is ingediend, onvoldoende grond is voor een op non-actiefstelling. Tot slot is van belang dat werknemer een dienstverband van ruim 29 jaar bij werkgeefster heeft en bovendien zijn gehele werkzame leven voor werkgeefster heeft gewerkt. Tussen partijen staat niet ter discussie dat werknemer een onberispelijke staat van dienst heeft. Deze omstandigheden verplichten werkgeefster eens te meer om zorgvuldig met de belangen van werknemer om te gaan. Het voorgaande leidt tot het voorlopige oordeel dat werknemer zonder redelijke en voldoende zwaarwegende grond door werkgeefster op non-actief is gesteld. Werkgeefster heeft niet als een goed werkgever gehandeld. De kantonrechter wijst de gevorderde wedertewerkstelling derhalve toe.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 29-04-2019

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2019:1911

Zaaknummer: 7582982 / MV EXPL 19-31

Rechters: J.M. van Wegen

Advocaten: M.H. Stekelenburg en J. Schutter

Wetsartikelen: 7:611 BW en 7:628 BW

RECHTSPRAAK

ABN AMRO Bank N.V./werkneemster

Werkneemster van ABN AMRO bank is gedetacheerd bij een dochtermaatschappij. Na beëindiging detachering heeft werkneemster geen andere passende functie kunnen vinden bij ABN AMRO. Het verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst op de h-grond wordt afgewezen. Er is sprake van de a-grond.

Feiten

Werkneemster is op 18 november 1986 in dienst getreden bij een rechtsvoorganger van ABN AMRO bank N.V. (hierna: ABN AMRO). In 2010 is werkneemster toegetreden tot de zogeheten Management Group. ABN AMRO kent een bedrijfs-cao, waar leden van de Management Group niet onder vallen. In juni 2014 is de functie die werkneemster toen bekleedde, als gevolg van een reorganisatie komen te vervallen. Per 1 juli 2014 heeft werkneemster de door ABN AMRO aangeboden functie bij de toen nieuwe afdeling Commercial Cliënts van ABN AMRO geaccepteerd. Deze functie viel wel onder de genoemde bedrijfs-cao en was ingeschaald in de hoogste salarisschaal, schaal 15. Vervolgens is werkneemster per 1 december 2014 aangesteld bij een dochtervennootschap van ABN AMRO, ABN AMRO Lease N.V. (hierna: AAL). Omdat het salaris van werkneemster niet binnen het salarishuis van AAL viel, is werkneemster vanuit ABN AMRO gedetacheerd bij AAL. In mei 2017 werd bekendgemaakt dat AAL zou gaan fuseren met ABN AMRO Commercial Finance (hierna: ACF) en dat beide vennootschappen zouden opgaan in een nieuw op te richten vennootschap: ABN AMRO Asset Based Finance (hierna: ABF). Aan werkneemster is vervolgens op 7 juli 2017 medegedeeld dat zij, vanwege het feit dat zij vanuit ABN AMRO gedetacheerd was, niet zou worden meegenomen in deze reorganisatie en dat de detachering zou worden beëindigd. Op 29 juni 2018 heeft ABN AMRO aan werkneemster een beëindigingsvoorstel gedaan waarbij aan haar de in haar arbeidsovereenkomst opgenomen contractuele beëindigingsvergoeding ad € 245.799 (bruto) is aangeboden. Werkneemster heeft dit voorstel niet geaccepteerd. Sinds 1 januari 2018 heeft werkneemster geen werkzaamheden voor AAL of voor ABN AMRO meer verricht. ABN AMRO heeft verzocht de arbeidsovereenkomst met werkneemster te ontbinden op de h-grond. ABN AMRO heeft aan

haar verzoek – kort gezegd – ten grondslag gelegd dat de arbeidsovereenkomst na het eindigen van de detachering bij AAL inhoudsloos is geworden. Werkneemster heeft verzocht het verzoek van ABN AMRO af te wijzen, nu van een voldragen grond voor ontbinding geen sprake is. Zij is van mening dat dat de aan het verzoek ten grondslag gelegde feiten en omstandigheden behoren tot het domein van de a-grond, zodat van ontbinding op de h-grond geen sprake kan zijn.

Oordeel

Het staat vast dat werkneemster formeel een arbeidsovereenkomst heeft met ABN AMRO en dat zij sinds het eindigen van de detacheringswerkzaamheden bij AAL op 1 januari 2018 geen functie meer bekleedt. Ondanks diverse inspanningen, is het werkneemster tot op heden niet gelukt om binnen het ABN AMRO concern een nieuwe functie te vinden. Zij heeft er geen vertrouwen meer in dat zij binnen het concern van ABN AMRO ooit nog in een passende functie zal worden geplaatst. In zoverre kan ABN AMRO gevolgd worden in haar standpunt dat sprake is van een – op dit moment – inhoudsloze arbeidsovereenkomst. De enkele vaststelling dat de arbeidsovereenkomst op dit moment een lege huls is, is echter niet voldoende om deze op grond van artikel 7:669 lid 3 sub h BW te ontbinden. De omstandigheden die hebben geleid tot het inhoudsloos worden van de arbeidsovereenkomst moeten voldoende verschillen van de in artikel 7:669 lid 3 onder a (tot met g) BW genoemde omstandigheden. ABN AMRO heeft een parallel getrokken tussen de onderhavige casus en de casus die speelde in de beschikking van de Hoge Raad van 18 januari 2019 (ECLI:NL:HR:2019:64, hierna: de Shell-zaak). De Shell-zaak betreft een situatie die niet te vergelijken is met de situatie van werkneemster. Werkneemster werd, nadat zij bijna 30 jaar in verschillende functies voor ABN AMRO had gewerkt, gedetacheerd bij AAL. In de detacheringsovereenkomst is opgenomen dat zowel AAL als ABN AMRO de detacheringsovereenkomst met een opzegtermijn van twee maanden kon beëindigen waarna werkneemster weer terug zou keren naar ABN AMRO. In de onderhavige zaak is sprake van het verval van arbeidsplaatsen, zowel bij AAL als bij ABN AMRO zelf. ABN AMRO kan zich in alle redelijkheid niet enerzijds op het standpunt stellen dat AAL terecht geen rekening heeft gehouden met werkneemster omdat zij gedetacheerd was, en anderzijds op het standpunt dat ABN AMRO zelf geen rekening met werkneemster hoefde te houden omdat zij bij AAL gedetacheerd was. De conclusie uit het voorgaande is dat het feit dat werkneemster op dit moment geen functie heeft binnen ABN AMRO, in overwegende mate het gevolg is van bedrijfseconomische omstandigheden bij AAL en bij ABN AMRO zelf. Dat betekent dat geen sprake is van omstandigheden die voldoende afwijken van de in artikel 7:669 lid 3 sub a BW genoemde omstandigheden en dat het verzoek om de arbeidsovereenkomst te ontbinden op grond van artikel 7:669 lid 3 onder h BW dient te worden afgewezen.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 25-04-2019

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2019:3298

Zaaknummer: 7595199 VZ 19-3824

Rechters: J.J. Willemsen

Advocaten: M.J.M.T. Keulaerds en M.L. Egeter

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

RECHTSPRAAK

X/Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen

De civiele rechter is niet bevoegd inzake schadevergoedingsgeschillen wegens een besluit tot weigering van een WIA-uitkering op basis van een vrijwillige verzekering.

Feiten

X is in 2015, na eerst in loondienst werkzaam te zijn geweest, een eigen onderneming in de schuttingbouw gestart. Met ingang van 1 februari 2016 is X met het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen (hierna: UWV) een zogenoemde vrijwillige WIA-verzekeringsovereenkomst aangegaan. In de bevestiging van deze vrijwillige verzekering door het UWV staat vermeld dat deze is gebaseerd op een dagloon van € 150. Op 17 mei 2016 heeft X zich arbeidsongeschikt gemeld bij het UWV. Op 27 februari 2018 heeft X in verband met het naderen van het einde van de wachttijd een aanvraag ingediend voor een WIA-uitkering. Bij besluit van 7 mei 2018 heeft het UWV beslist dat X niet in aanmerking komt voor een WIA-uitkering omdat hij naar het oordeel van het UWV meer dan 65 procent van het loon kan verdienen dan hij verdiende voordat hij ziek werd. Op basis hiervan wordt X voor 5,46 procent arbeidsongeschikt geacht. Omdat dit minder is dan 35 procent komt hij niet in aanmerking voor een WIA-uitkering. X vordert voor recht te verklaren dat de vraag of hij tot een uitkering krachtens de vrijwillige WIA-verzekering gerechtigd is uitsluitend dient te worden beoordeeld op basis van de criteria zoals geformuleerd in artikel 7 van de ten deze toepasselijke verzekeringsvoorwaarden WIA. Daarnaast vordert X UWV te veroordelen alle schade te vergoeden die hij reeds geleden heeft en/of nog zal lijden als gevolg van het ten onrechte afwijzen van de aanvraag. Het UWV voert als verweer dat op grond van de bepalingen in de Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen (WIA) en de Algemene wet bestuursrecht (Awb) in dit geval niet de civiele rechter bevoegd is maar de bestuursrechter.

Oordeel

Alvorens inhoudelijk op de zaak in te kunnen gaan dient eerst beoordeeld te worden of de rechtbank bevoegd is van het onderhavige geschil kennis te nemen. De rechtbank is met het UWV van oordeel dat in dit geval uiteindelijk niet de civiele rechter bevoegd is om van het

geschil kennis te nemen maar de bestuursrechter. Paragraaf 2.2 van de WIA bevat een aantal bepalingen over de vrijwillige verzekering. In artikel 18 van de WIA is bepaald wie verplicht toegelaten dient te worden tot de vrijwillige verzekering. Artikel 22 van de WIA bevat vervolgens een schakelbepaling en bepaalt dat, voor zover daarvan in onderhavige paragraaf niet wordt afgeweken, de overige artikelen van deze wet en de daarop berustende bepalingen van overeenkomstige toepassing zijn op onderhavige paragraaf. De rechtbank constateert dat in paragraaf 2.2 van de WIA niet wordt afgeweken van hetgeen bepaald is in hoofdstuk 12 van de WIA. Dit betekent dat ook op besluiten, betrekking hebbende op de vrijwillige verzekering, de Algemene wet bestuursrecht van toepassing is en dat voor dergelijke besluiten de rechtsgang openstaat als weergegeven in deze wet. Nu X zijn eerste vordering baseert op de stelling dat het UWV niet voldoet aan zijn contractuele verplichtingen zal hij, nu er tegen dit besluit (het besluit van 7 mei 2018) een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang openstaat, niet-ontvankelijk worden verklaard in zijn vordering. Ten aanzien van de gevorderde veroordeling tot vergoeding van de schade die X heeft geleden of nog zal lijden is de rechtbank van oordeel dat zij niet bevoegd is hiervan kennis te nemen. Zij wijst hiertoe op het bepaalde in artikel 8:89 lid 1 Awb. In dit artikel is bepaald dat de bestuursrechter ten aanzien van een gevorderde schadevergoeding bij uitsluiting bevoegd is, indien de schade wordt veroorzaakt door een besluit waarover de Centrale Raad van Beroep of de Hoge Raad in enige of hoogste aanleg oordeelt. Nu ten aanzien van het hier aan de orde zijnde besluit de Centrale Raad van Beroep in hoogste instantie dient te oordelen betekent dit dat de civiele rechter niet bevoegd is om hier kennis van te nemen. De rechtbank verklaart X derhalve niet-ontvankelijk in zijn eerste vordering en verklaart zich onbevoegd om van de gevorderde schadevergoeding kennis te nemen.

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 24-04-2019

ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2019:2397

Zaaknummer: C/01/337115 / HA ZA 18-525

Rechters: H.T.F.J. Verhappen

Advocaten: H. Nieuwenhuizen en I.M.C.A. Reinders Folmer

Wetsartikelen: 8:89 Awb, 18 Wet WIA en 22 Wet WIA

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgever

De belastingadviseur die in privé een lening verstrekt aan een klant, handelt verwijtbaar. Het hof ontbindt de arbeidsovereenkomst op de e-grond.

Feiten

Werkgever richt zich op dienstverlening aan ondernemingen in het midden- en kleinbedrijf en non-profitinstellingen en bestaat uit vijftien adviseurs. Werknemer is op 1 juni 2011 voor onbepaalde tijd bij werkgever in dienst getreden als belastingadviseur. In artikel 12 van de arbeidsovereenkomst wordt werknemer gewezen op het kwaliteitsboek en de daarbij horende integriteitscode. Bij brief van 16 januari 2018 heeft werkgever werknemer medegedeeld kennis te hebben genomen van het feit dat werknemer een lening in privé heeft verstrekt aan een cliënt en dat dit handelen van werknemer dermate ernstig is dat de arbeidsovereenkomst zal worden beëindigd. Werkgever heeft in eerste aanleg de kantonrechter primair verzocht de arbeidsovereenkomst te ontbinden wegens verwijtbaar handelen (e-grond) en subsidiair te ontbinden wegens een verstoorde arbeidsrelatie (g-grond). De kantonrechter heeft geoordeeld dat het handelen van werknemer niet zodanig verwijtbaar is dat van werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren, maar heeft de arbeidsovereenkomst wel ontbonden op grond van een verstoorde arbeidsverhouding (de g-grond) onder toekenning van een transitievergoeding aan werknemer. Beide partijen zijn tegen de beschikking van de kantonrechter in hoger beroep gegaan. Het incidenteel appel van werkgever richt zich tegen het oordeel van de kantonrechter dat geen sprake is van een voldragen e-grond. Werkgever verzoekt het hof te oordelen dat de grondslag van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst wel is gelegen in omstandigheden als bedoeld in artikel 7:669 lid 3 sub e BW (verwijtbaar handelen of nalaten). Voor zover deze vordering wordt toegewezen, verzoekt werkgever om veroordeling van werknemer tot terugbetaling van de transitievergoeding.

Oordeel

Aan de stelling dat sprake is van (ernstig) verwijtbaar handelen aan de zijde van werknemer

heeft werkgever ten grondslag gelegd dat werknemer een lening van € 200.000 heeft verstrekt aan een klant van werkgever. Tussen partijen staat vast dat deze lening inderdaad in privé door werknemer is verstrekt aan bedrijf X, een vaste klant van werkgever. Het hof is met de kantonrechter van oordeel dat werknemer gebonden is aan het kwaliteitshandboek. In het kwaliteitshandboek staat dat mogelijke bedreigingen van de fundamentele beginselen die door een accountant en diens medewerkers moeten worden nageleefd, ter kennis moeten worden gebracht aan de accountant. Het hof stelt voorop, in het licht van de hiervoor genoemde gedragsregels en gelet op de aard van de door werknemer voor bedrijf X als vaste klant van werkgever verrichte werkzaamheden, dat het zonder toestemming van werkgever verstrekken van een lening van € 200.000 door werknemer aan een klant van werkgever niet verenigbaar is met de functie van een belastingadviseur werkzaam op een accountantskantoor. Het hof is van oordeel dat het in elk geval op de weg van werknemer lag om werkgever volledig te informeren over zijn voornemen om een lening in de orde van grootte van € 200.000 aan bedrijf X te verstrekken. Door dit niet te doen heeft werknemer gehandeld in strijd met de regels van het kwaliteitshandboek en de gedragsregels voor belastingadviseurs. Die regels zijn van groot belang en schrijven expliciet voor dat het aanhouden van een financieel belang in een cliënt leidt tot een bedreiging van de fundamentele beginselen die door een accountant en diens medewerkers moeten worden nageleefd. Met het verstrekken van een lening aan een klant waarvoor werknemer tevens de jaarrekeningen opstelt, komen de vrijheid en onafhankelijkheid in de uitoefening van het beroep van belastingadviseur in gevaar. Tegen de achtergrond van hetgeen hiervoor is overwogen is het hof van oordeel dat de handelwijze van werknemer dient te worden gekwalificeerd als verwijtbaar handelen of nalaten in de zin van artikel 7:669 lid 3 sub e BW. Het hof verwerpt tot slot het standpunt van werkgever dat sprake zou zijn van ernstig verwijtbaar handelen van werknemer. Het hof acht daarvoor mede van belang, dat de gedragsregels aan een belastingadviseur werkzaam op een accountantskantoor niet expliciet verbieden om een lening te verstrekken aan een klant, maar dit omschrijven als een situatie die leidt tot een bedreiging als gevolg van eigen belang, die daarom ter kennis moet worden gebracht aan de accountant. Het hof bekrachtigt de beschikking van de kantonrechter met verbetering van gronden.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 16-04-2019

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2019:870

Zaaknummer: 200.242.688/01

Rechters: C.J. Frikkee, P. van der Kolk-Nunes en B. Barentsen

Advocaten: L.V. Sloot en A.W.M. Roozeboom

Wetsartikelen: 7:669 lid 3 sub e BW, 7:671b BW en 7:673 BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/Advocatenpraktijk B.V.

Loonvordering 7:628 BW. Zaak leent zich niet voor behandeling in kort geding: nader feitenonderzoek en/of nadere bewijslevering nodig.

Feiten

Werkneemster is sinds 23 augustus 1999 bij Advocatenpraktijk B.V. in dienst, laatstelijk in de functie van medewerker incasso- en faillissementspraktijk tegen een loon van € 2.666 bruto per maand exclusief vakantiebijslag en eindejaarsuitkering. Op 20 november 2018 heeft werkneemster zich ziek gemeld. In het terugkoppelingsadvies van de bedrijfsarts van 18 december 2018 staat onder meer vermeld dat er sprake is van een verstoorde arbeidsverhouding en dat er geen sprake is van ziekte waardoor werkneemster niet kan werken. Op 20 december 2018 heeft Advocatenpraktijk een e-mailbericht aan werkneemster verzonden waarin gerefereerd wordt aan een in augustus 2018 tussen partijen overeengekomen beëindiging van de arbeidsovereenkomst per 31 december 2018. Bij e-mailbericht van 31 december 2018 heeft Advocatenpraktijk bevestigd dat in haar optiek een einde is gekomen aan de arbeidsovereenkomst. Werkneemster heeft geprotesteerd tegen de opzegging van de arbeidsovereenkomst. Werkneemster heeft een deskundigenoordeel bij het UWV aangevraagd over haar arbeids(on)geschiktheid en het UWV heeft geoordeeld dat werkneemster arbeidsongeschikt is sinds 20 november 2018 tot en met heden. Bij beschikking van 20 februari 2019 heeft de kantonrechter in een eerder geding tussen partijen geoordeeld dat van een opzegging van de arbeidsovereenkomst door Advocatenpraktijk niet is gebleken. Advocatenpraktijk heeft het loon c.a. vanaf januari 2019 niet meer betaald. Werkneemster vordert in kort geding onder meer betaling van het (achterstallig) loon vanaf 1 januari 2019 totdat de arbeidsovereenkomst rechtsgeldig is beëindigd.

Oordeel

Vast staat dat werkneemster per 1 januari 2019 geen werkzaamheden meer heeft verricht. In beginsel bestaat dan ook geen recht op doorbetaling van loon. Hoewel werkneemster als grondslag voor de loondoorbetalingsvordering slechts artikel 7:629 BW heeft aangevoerd, zal de kantonrechter de zaak mede beoordelen op basis van artikel 7:628 BW. Voor een

doorbetaling van loon wegens ziekte op grond van artikel 7:629 BW bestaat geen grond, aangezien werkneemster gelet op het oordeel van de verzekeringsarts niet arbeidsongeschikt wegens ziekte kan worden geacht. Het deskundigenoordeel kan immers redelijkerwijs niet anders worden uitgelegd dan dat er sprake is van arbeidsgerelateerde arbeidsongeschiktheid en dat werkneemster per 20 november 2018 niet geschikt is te achten voor haar eigen werk, een situatie die ook wel wordt aangeduid als situatieve arbeidsongeschiktheid. Bij de beoordeling van de vordering tot betaling van (achterstallig) loon aan de hand van artikel 7:628 BW geldt het vereiste van het overleggen van een deskundigenverklaring ex artikel 7:629a lid 1 BW niet. In het geval van situatieve arbeidsongeschiktheid is de vraag aan de orde in hoeverre werkneemster haar werkzaamheden niet heeft verricht door een oorzaak die in redelijkheid voor rekening van de Advocatenpraktijk behoort te komen. Of de oorzaak van het niet verrichten van arbeid in redelijkheid voor rekening van Advocatenpraktijk moet komen, is binnen het bestek van dit kort geding echter niet vast te stellen. Wat er precies is voorgevallen, is onderwerp van dit geschil. Van de zijde van werkneemster wordt gesteld dat zij al langere tijd tegen een overspannenheid aanliep vanwege een door haar ervaren hoge werkdruk. Advocatenpraktijk heeft in dit verband gesteld dat het probleem met name is gelegen in de knelpunten die collega's ervaren in de samenwerking met werkneemster. In het kader van dit geding valt uit de thans over en weer geponeerde stellingen niet op voorhand vast te stellen wie het gelijk aan zijn zijde heeft. De standpunten van partijen staan daarvoor te veel tegenover elkaar. Een nader feitenonderzoek en/of nadere bewijslevering moet uitkomst bieden, maar daar leent deze procedure zich niet voor. Ditzelfde geldt voor de discussie of werkneemster alle medewerking heeft verleend aan inspanningen die erop zijn gericht de oorzaken van haar verhindering om haar werk te hervatten weg te nemen. Gelet hierop is niet met voldoende mate van zekerheid vast te stellen dat de vordering van werkneemster in een bodemprocedure een zodanige kans van slagen heeft, dat vooruitlopen daarop door toewijzing reeds nu gerechtvaardigd is. De kantonrechter zal om die reden de gevraagde voorlopige voorziening ter zake van de loondoorbetaling vanaf 1 januari 2019 weigeren.

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 15-04-2019

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2019:3480

Zaaknummer: 7608482 CV EXPL 19-1785

Rechters: R.P.J. Quaedackers

Advocaten: S.J.W.M. Vonken, B. van Meurs en A.L. Stegeman

Wetsartikelen: 7:627 BW, 7:628 BW en 7:629 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgever

Afwijzing verzoek van werknemer tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst onder de voorwaarde van een transitievergoeding. Het slapend houden van de arbeidsovereenkomst door de werkgever getuigt niet van slecht werkgeverschap.

Feiten

Werknemer is op 22 april 1996 in dienst getreden bij (de rechtsvoorganger) van werkgever, laatstelijk in de functie van taxichauffeur, met een salaris van € 2.337,07 bruto per maand (excl.). Werknemer is op 19 oktober 2016 arbeidsongeschikt geworden. Werknemer is per 17 oktober 2018 een volledige IVA-uitkering toegekend. Werknemer verzoekt de arbeidsovereenkomst te ontbinden onder de voorwaarde dat hem een transitievergoeding van € 41.225,99 wordt toegekend. Volgens werknemer is er sprake van een verstoorde arbeidsverhouding als gevolg van de houding en het (niet) handelen van werkgever. Werkgever heeft feitelijk zelf het initiatief genomen om de arbeidsovereenkomst tussen partijen te ontbinden door het voorleggen van een vaststellingsovereenkomst, die werknemer niet heeft ondertekend omdat hierin niet de hem wettelijk toekomende transitievergoeding was opgenomen. Werknemer stelt dat werkgever verwijtbaar nalatig is, door het tussen partijen bestaande dienstverband slapend te houden. Werkgever verzet zich niet tegen de ontbinding, maar wel tegen de toekenning van enig bedrag aan transitievergoeding.

Oordeel

Op basis van artikel 7:673 lid 1 aanhef en sub b onder 2 BW heeft een werknemer aanspraak op een transitievergoeding, wanneer de arbeidsovereenkomst als gevolg van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever op verzoek van de werknemer is ontbonden en deze arbeidsovereenkomst ten minste 24 maanden heeft geduurd. Met betrekking tot het eerste vereiste heeft werknemer ter mondelinge behandeling aangevoerd dat er van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de zijde van werkgever geen sprake is en hij hier bewust geen beroep op heeft gedaan. Het gevolg hiervan is dat aan het tweede vereiste niet is voldaan. Op basis van artikel 7:673 lid 1 aanhef en sub b onder 2 BW komt werknemer dan geen

aanspraak op een transitievergoeding toe. Het artikel is immers niet van toepassing. Een beroep op de eisen van de redelijkheid en billijkheid kan hierin geen verandering brengen. Het kan niet bewerkstelligen dat een artikel dat niet van toepassing is, wel van toepassing wordt. De kantonrechter begrijpt de stelling van werknemer echter aldus dat het niet opzeggen van de arbeidsovereenkomst en het onnodig slapend houden van de arbeidsovereenkomst door werkgever onder de huidige omstandigheden in strijd is met de eisen van de redelijkheid en billijkheid. Los van het feit dat dit niet tot toewijzing van het verzoek van werknemer zoals thans ingeleid kan leiden – ‘ontbinding van de arbeidsovereenkomst met toekenning van een transitievergoeding op grond van artikel 7:673 lid 1 sub b BW’ – ziet de kantonrechter aanleiding hierover te oordelen als volgt. Het behoort tot de keuzevrijheid/beleidsvrijheid van een werkgever om een arbeidsovereenkomst met een werknemer die meer dan twee jaar arbeidsongeschikt is door opzegging te beëindigen. Er bestaat daartoe ook geen wettelijke verplichting. De invoering van de Wet compensatie transitievergoeding maakt dat niet anders. Die wet legt evenmin een verplichting op de werkgever om een slapend dienstverband te beëindigen. Een werkgever moet zeer aanzienlijke bedragen aan uitgekeerde transitievergoedingen voorfinancieren zonder dat vaststaat wat de termijn is waarbinnen hij daarvoor geheel of gedeeltelijk via het UWV wordt gecompenseerd. Tegen die achtergrond kan thans niet gezegd worden dat werkgever geen rechtens te respecteren belang heeft om vóór inwerkingtreding van de Wet compensatie transitievergoeding slapende dienstverbanden als de onderhavige niet te willen beëindigen. Uit het bovenstaande volgt dat het verzoek van werknemer om hem, ondanks zijn eigen initiatief om ontbinding te verzoeken, een transitievergoeding toe te kennen, dient te worden afgewezen. Nu aan de voorwaarde die werknemer aan zijn verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst heeft gesteld, niet is voldaan, komt de kantonrechter aan de behandeling van het verzoek tot ontbinding niet toe.

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 11-04-2019

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2019:1471

Zaaknummer: 7509738 \ EJ VERZ 19-29

Rechters: J.M. Marsman

Advocaten: G.K. Gootjes en A.J.C. van Gurp

Wetsartikelen: 7:671c leden 1 en 2 BW en 7:673 lid 1 sub b onder 2 en lid 8 BW

RECHTSPRAAK

Werknemer/Vereniging

Grensoverschrijdend en ontoelaatbaar gedrag van werknemer jegens vrouwelijke collega is verwijtbaar, maar niet ernstig verwijtbaar.

Feiten

Bij beschikking van 28 maart 2018 heeft het hof de vereniging toegelaten tot het bewijs dat gebiedsmanager 1 bij gelegenheid van het door hem met werknemer gevoerde telefonische gesprek begin maart 2017 heeft gezegd dat werknemer niet in [plaats 1] mocht komen en/of contact mocht hebben met X. Ter uitvoering hiervan heeft de vereniging diverse gebiedsmanagers als getuigen gehoord. Werknemer is als partijgetuige gehoord. Partijen hebben zich uitgelaten over de bewijslevering.

Oordeel

Het hof is van oordeel dat de vereniging niet is geslaagd in het bewijs waartoe zij is toegelaten. Aan het bewuste telefoongesprek op 17 maart 2017 hebben alleen gebiedsmanager 1 en werknemer deelgenomen. De enkele verklaring van gebiedsmanager 1 dat tijdens het telefoongesprek aan de orde is geweest dat werknemer niet in [plaats 1] mocht komen, is onvoldoende om het bewijs geleverd te achten. In de tussenbeschikking is reeds overwogen dat het handelen van werknemer en in het bijzonder diens bezoek op 24 maart 2017 aan zijn collega X op haar werkplek in [plaats 1], tegen de achtergrond van de voorgeschiedenis in 2012-2014 waarbij sprake was van grensoverschrijdend en ontoelaatbaar gedrag van werknemer jegens X die geleid heeft tot zijn overplaatsing, verwijtbaar is. Er was sprake van het nodige tijdsverloop tussen de gedragingen van werknemer die hebben geleid tot zijn overplaatsing in 2014 en het bezoek van werknemer aan [plaats 1] in maart 2017. Nu niet is komen vast te staan dat werknemer in het telefoongesprek van 17 maart 2017 opnieuw is aangezegd (en gewaarschuwd) om niet meer in [plaats 1] te komen en/of contact te hebben met X, tegen de achtergrond dat werknemer na zijn overplaatsing ten minste tweemaal regulier en dus met medeweten en goedvinden van zijn werkgeefster op het kantoor in [plaats 1] was geweest, is het hof van oordeel dat de door de vereniging aangevoerde omstandigheden onvoldoende zijn om te komen tot de kwalificatie dat werknemer met zijn bedoelde

verwijtbare gedragingen tevens ernstig verwijtbaar heeft gehandeld of nagelaten als bedoeld in artikel 7:673 BW. Het hof wijst de transitievergoeding en één maand loon toe.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 11-04-2019

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2019:3662

Zaaknummer: 200.224.064

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

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

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

RECHTSPRAAK

werkneemster c.s./Eneco Levering B.V.

Werkneemsters hebben geen belang bij voorlopig getuigenverhoor, nu het verzoek gebaseerd is op vermoedens en speculaties. Toewijzing van het verzoek een getuigenverhoor te gelasten zou leiden tot een ‘fishing expedition’ waarvoor het voorlopig getuigenverhoor niet is bedoeld.

Feiten

Twee werkneemsters zijn op 4 september 1978 respectievelijk 1 december 2006 in dienst getreden bij de rechtsvoorganger van Eneco. Op 1 mei 2018 zijn zij daadwerkelijk bij Eneco in dienst getreden. In onderhandeling met de vakbonden FNV en CNV Connecties is een Sociaal Protocol overeengekomen en in april 2018 ondertekend. Het Sociaal Protocol biedt de werknemers de keuze tussen enerzijds het mee overgaan naar Rotterdam met een (nieuwe) arbeidsovereenkomst of anderzijds het opteren van de zogeheten stimuleringsregeling, een voorwaardelijke vrijwillige vertrekregeling voor het geval de betrokken medewerker niet over wil gaan naar Rotterdam. Eneco hoeft op grond van het Sociaal Protocol bij uitzondering niet positief in te gaan op de opgave van interesse, als het vertrek van de betrokken medewerker in strijd komt met het redelijke bedrijfsbelang van Eneco. Werkneemsters hebben in juni 2018 beide de reeds door Eneco ondertekende beëindigingsovereenkomst ondertekend en geretourneerd. In juli 2018 heeft overleg plaatsgevonden tussen Eneco en de vakbonden, onder meer om tot objectieve criteria te komen op basis waarvan wordt vastgesteld op welke manier de medewerker wordt geselecteerd van wie de opgave van interesse niet kan worden gehonoreerd. Werkneemsters hebben op 23 juli 2018 een e-mailbericht van Eneco ontvangen waarin staat dat Eneco niet positief kan ingaan op de door hen ondertekende beëindigingsovereenkomsten en dat zij zijn aangewezen om per 1 november 2018 hun functie in Rotterdam te vervullen. Werkneemsters verzoeken de kantonrechter een voorlopig getuigenverhoor te gelasten. Werkneemsters voeren aan dat zij belang hebben bij het horen van de door hen opgegeven getuigen over onder meer de totstandkoming van de objectieve criteria, een en ander met het oog op het voeren van een bodemprocedure waarin zij een verklaring voor recht willen vragen dat – kort gezegd – het aanbod van Eneco van hun functie in Rotterdam vanwege de reistijd niet passend is en dat hun zodoende een beroep op de

stimuleringsregeling toekomt. De objectieve criteria zijn naar hun mening op onrechtmatige wijze tot stand gekomen en om dat te achterhalen dienen zij noodzakelijke informatie te vergaren over de wijze van totstandkoming van deze criteria.

Oordeel

De kantonrechter overweegt dat de verzoeken uitsluitend zijn gebaseerd op vermoedens en speculaties aan de zijde van werknemers. Werknemers hebben onder meer van betrokken medewerkers van de OR Eneco Zuid-Nederland 'signalen ontvangen' dat door Eneco onevenredig veel druk is uitgeoefend op de leden van de OR en de vakbonden om hun aanvankelijke standpunt te wijzigen. Zij 'hebben vernomen' dat de leden van de OR en de vakbonden onder druk zijn gezet door Eneco om zich achter het door Eneco eenzijdig gewijzigde criterium te scharen, dat het onder druk zetten op de onverklaarbare wijziging van 180 graden in het standpunt van vakbonden, 'ook niet anders kan', 'dat dit wel zo moet zijn' en dat zij 'van diverse kanten hebben vernomen' dat de objectieve criteria eenzijdig door Eneco zijn opgesteld en zij deze heeft opgelegd aan de andere partijen. Door werknemers wordt over onevenredig veel en ontoelaatbare druk gesproken zonder dat door hen hieraan enige concrete invulling wordt gegeven. Werknemers hebben dan ook geen concrete aanknopingspunten naar voren gebracht die zouden maken dat deze vermoedens zodanig gerechtvaardigd zijn dat het horen van getuigen in het kader van een voorlopig getuigenverhoor toewijsbaar is. Bij deze stand van zaken zou toewijzing van het verzoek louter leiden tot een 'fishing expedition' waarvoor het voorlopig getuigenverhoor niet is bedoeld. Daarbij komt dat werknemers niet hebben weersproken dat de gehele gang van zaken in schriftelijke stukken is opgenomen, zodat zij niet uitsluitend door middel van getuigenverhoren duidelijk kunnen maken hoe de criteria feitelijk tot stand zijn gekomen. Het voorgaande brengt de kantonrechter tot het oordeel dat niet is gebleken dat werknemers op de door hen aangevoerde gronden belang hebben als bedoeld in artikel 3:303 BW bij het voorlopig getuigenverhoor, zodat de verzoeken worden afgewezen.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 08-04-2019

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2019:2707

Zaaknummer: 7397231 VZ VERZ 18-25009 en 7404026 VZ VERZ 18-25187

Rechters: I.K. Rapmund

Advocaten: H.J.A. Jansen, mr. dr. J.H. Even, E.M. Poutsma en H.E. Wiechers

Wetsartikelen: 3:303 BW

RECHTSPRAAK

Trigion Beveiliging B.V./werknemer

Trigion heeft onvoldoende onderbouwd dat werknemer vanwege het niveau waarop hij de Nederlandse taal beheerst jaren na zijn indiensttreding ineens ongeschikt zou zijn om de bedongen arbeid te verrichten.

Feiten

Werknemer is met ingang van 13 januari 2006 bij Trigion in dienst getreden in de functie van medewerker beveiliging. In de gespreksverslagen van 29 januari 2018 en 27 februari 2018 staat onder meer vermeld dat volgens werkgever de Nederlandse taalvaardigheid van werknemer minder dan gemiddeld is en zijn inzet binnen de organisatie daardoor beperkt is. Op 18 april 2018 heeft er weer een gesprek plaatsgevonden met werknemer over de inzetbaarheid van werknemer. Hierin is besproken dat werknemer een cursus Nederlands krijgt en de kosten van de cursus van een eventuele transitievergoeding worden afgehaald. Werknemer heeft aangegeven het niet eens te zijn met zijn beperkte inzetbaarheid en betwist dat hij de Nederlandse taal onvoldoende beheerst om te worden ingezet. Trigion heeft verzocht de arbeidsovereenkomst tussen partijen te ontbinden wegens disfunctioneren na verbetertraject.

Oordeel

Trigion heeft – kort gezegd – aan haar verzoek ten grondslag gelegd dat werknemer gedurende een zekere tijd niet (meer) de capaciteiten bezit om te kunnen slagen bij Trigion beveiliging en dus niet meer voldoet aan de eisen die Trigion redelijkerwijs aan de functievervulling mocht stellen. Dit disfunctioneren zou met name betrekking hebben op het niet voldoende beheersen van de Nederlandse taal. Volgens Trigion is het Nederlands van werknemer niet voldoende en dat belemmert zijn inzetbaarheid bij opdrachtgevers. De kantonrechter kan uit de overgelegde stukken en uit de toelichting ter zitting afleiden dat gedurende de jaren dat werknemer bij Trigion in dienst was de Nederlandse taalvaardigheid een punt van aandacht verdiende, maar dat gelet op de beoordelingen er in de loop der jaren sprake was geweest van verbetering en vooruitgang. Niet is gesteld of gebleken dat er vóór 2018 een concreet verbetertraject heeft plaatsgevonden. In de tussenrapportage van Business

Talen Rotterdam staat dat werknemer 'over een grote woordenschat beschikt en zich goed kan uitdrukken in het Nederlands, goed genoeg voor zijn dagelijkse werkzaamheden. De conclusie is echter dat werknemer Nederlands op een dusdanig niveau spreekt dat er van communicatieproblemen tijdens zijn werk nauwelijks sprake kan zijn. Wanneer dat wel het geval is, dan heeft dat te maken met zijn Engels/Nigeriaanse accent en/of intonatie'. De kantonrechter kan zich wel vinden in de conclusie van deze tussenrapportage. Ter zitting heeft de kantonrechter ook geconstateerd dat werknemer de Nederlandse taal goed althans voldoende beheerst. De enkele omstandigheid dat hij niet meer bij een bepaalde opdrachtgever kon worden ingezet omdat hij een fout zou hebben gemaakt, is onvoldoende om vast te stellen dat hij niet goed zou functioneren in zijn functie. Ter zitting heeft werknemer naar voren gebracht dat Engels zijn moedertaal is en dat hij de afgelopen jaren goed heeft gefunctioneerd op plekken waar veel Engels werd gesproken. Door Trigion is niet weersproken dat zij werknemer op dergelijke locaties als beveiligers kan inzetten. De kantonrechter is dan ook van oordeel dat Trigion onvoldoende heeft onderbouwd dat werknemer vanwege het niveau waarop hij de Nederlandse taal beheerst jaren na zijn indiensttreding ineens ongeschikt zou zijn om de bedongen arbeid te verrichten.

Voorts is niet gebleken dat Trigion voldoende heeft gedaan om verbetering van het functioneren te bewerkstelligen. Werknemer is onvoldoende in de gelegenheid gesteld en begeleid om zijn functioneren te verbeteren. Gezien het bovenstaande moet worden geconcludeerd dat er geen sprake is van een voldragen d-grond, die een ontbinding van de arbeidsovereenkomst kan dragen. Door Trigion is geen andere grond aan haar verzoek ten grondslag gelegd. Het verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst wordt afgewezen.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 03-04-2019

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2019:2603

Zaaknummer: 7525226

Rechters: L.J. van Die

Advocaten: R.J. Bor en L.R.M. Vermeulen

Wetsartikelen: 7:669 lid 3 aanhef en sub d BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/werkgever c.s.

Geen sprake van onrechtmatige verwerking van de persoonsgegevens van werkneemster op grond van de AVG en artikel 8 EVRM.

Verwerking persoonsgegevens van werkneemster noodzakelijk voor behartiging belangen werkgever. Voldaan aan proportionaliteits- en subsidiariteitsvereiste.

Feiten

Met ingang van 1 mei 2017 is werkneemster bij werkgever in dienst getreden. Op 4 april 2018 heeft een interne klant van werkgever en werkzaam bij een van de bedrijfsonderdelen van werkgever, bij werkgever klachten geuit over het gedrag van werkneemster. Werkgever heeft een onderzoeksbureau (hierna: het onderzoeksbureau) benaderd om een onafhankelijk onderzoek te laten uitvoeren. Werkneemster is gedurende het onderzoek op non-actief gesteld. Op 1 mei 2018 heeft een interview met werkneemster plaatsgevonden. Met instemming van werkneemster is een geluidsopname gemaakt. In de conclusie van het rapport staat onder meer dat werkneemster zich op een onwenselijke en grensoverschrijdende wijze heeft gedragen. Werkneemster heeft aan werkgever c.s. verzocht haar persoonsgegevens, waarbij bedoeld wordt op het rapport, te wissen, omdat deze onrechtmatig zijn verkregen, onder meer omdat het onderzoeksbureau niet over een vergunning voor researchwerkzaamheden beschikt. Bij beschikking van 19 december 2018 is de arbeidsovereenkomst tussen partijen ontbonden. Werkneemster verzoekt de kantonrechter tot inwilliging van haar verzoek tot inzage, beperking van de verwerking en vernietiging van alle persoonsgegevens en verzoekt tevens om een schadevergoeding ter hoogte van € 1.701,36.

Oordeel

Hoewel werkneemster in eerste instantie heeft meegewerkt aan het onderzoek, heeft zij (onder meer) bij e-mail van 13 mei 2018 aan het onderzoeksbureau kenbaar gemaakt dat zij geen toestemming geeft voor het delen van deze informatie met derden, waaronder werkgever. Daarom is geen sprake van toestemming van werkneemster voor de verwerking

van haar persoonsgegevens, zoals bedoeld in artikel 6 lid 1 sub a AVG. Echter, het beroep van werkgever c.s. op artikel 6 lid 1 sub f AVG slaagt: in dit geval is de verwerking van de persoonsgegevens van werkneemster noodzakelijk voor de behartiging van de gerechtvaardigde belangen van werkgever, omdat werkgever de verplichting heeft om zorg te dragen voor veiligheid en gezondheid van zijn werknemers. Deze belangen dienen ook te prevaleren boven het belang van werkneemster. Daarvoor is het volgende redengevend. De AVG moet in overeenstemming met artikel 8 EVRM worden uitgelegd. In dit geval heeft een interne klant aan werkgever gemeld dat de zakelijke samenwerking met werkneemster ernstig werd bemoeilijkt wegens grensoverschrijdend gedrag van werkneemster dat ook buiten werktijd en in de privésfeer plaatsvond. In de gegeven omstandigheden heeft werkgever dan ook redelijkerwijs tot het doen van onderzoek en aldus de verwerking van de persoonsgegevens van werkneemster kunnen besluiten. De inbreuk die daardoor op de persoonlijke levenssfeer van werkneemster werd gemaakt, is gerechtvaardigd door de wettelijke plicht van werkgever om zorg te dragen voor een veilige en gezonde werkomgeving voor zijn werknemers. Aan het proportionaliteitsvereiste is daarom voldaan. Ook is aan het subsidiariteitsvereiste voldaan. Dat er andere, minder ingrijpende middelen voorhanden waren om het onderzoeksdoel te realiseren is niet gebleken. Ook is niet gebleken dat het onderzoeksbureau zich verder in het privéleven van werkneemster heeft gemengd dan voor het onderzoek naar haar gedrag en de gevolgen daarvan voor de werkvloer noodzakelijk was. De conclusie is dat de inmenging in de uitoefening van het recht op respect voor het privéleven onder de gegeven omstandigheden als gerechtvaardigd moet worden beschouwd.

Bij de beoordeling van de verzoeken van werkneemster is niet van belang of het onderzoeksbureau moet worden aangemerkt als recherchebureau in de zin van de Wpbr en om die reden in het bezit had moeten zijn van een vergunning zoals genoemd in artikel 2 Wpbr. De verzoeken van werkneemster zijn gegrond op de AVG, zodat moet worden beoordeeld of aan de beschermingsbepalingen van de AVG is voldaan. De verwerking van de persoonsgegevens door werkgever c.s. is rechtmatig als die kan worden gebaseerd op een van de in artikel 6 lid 1 AVG genoemde grondslagen. Werkneemster heeft verder gesteld dat de verwerking van haar gegevens door werkgever c.s. niet transparant is geweest. Werkneemster heeft echter niet concreet toegelicht welke informatie het onderzoeksbureau nog meer had moeten verstrekken om haar in staat te stellen om haar rechten onder de AVG uit te oefenen.

Nu geen sprake is van onrechtmatige verwerking van de persoonsgegevens van werkneemster zullen de verzoeken van werkneemster tot beperking van de verwerking en tot wissing worden afgewezen. Tevens zal om die reden het verzoek tot toekenning van een schadevergoeding worden afgewezen. Het verzoek tot inzage zal worden afgewezen wegens gebrek aan belang. Vast staat dat werkneemster het rapport, inclusief bijlagen heeft ontvangen

en zij daarmee inzage heeft gekregen in de persoonsgegevens die zijn verwerkt.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 21-03-2019

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2019:2166

Zaaknummer: C/13/654335 / HA RK 18-302

Rechters: M.C.H. Broesterhuizen

Advocaten: A.W. Duthler, L.H. te Toonen Loenen en D.J.A. Vesters

RECHTSPRAAK

**Werknemer/Stichting Sint Elisabeth-Tweesteden
Ziekenhuis & Stichting Pensioenfonds Zorg en Welzijn**

Het Pensioenfonds heeft er voldoende belang bij zich te voegen aan de zijde van werknemer.

Feiten

Werknemer is van 1 mei 1980 tot 1 juli 1981 in dienst geweest van het Ziekenhuis. Stellende dat hij ten onrechte niet in aanmerking is gebracht voor pensioenopbouw in die periode, vordert werknemer het Ziekenhuis te veroordelen hem bij het Pensioenfonds aan te melden voor de periode van 1 mei 1980 tot 1 juli 1981 en de verschuldigde premies af te dragen en het Pensioenfonds te veroordelen om hem de pensioenopbouw toe te kennen. De kantonrechter heeft de vorderingen afgewezen. Bij vonnis van dezelfde datum en met hetzelfde zaaknummer heeft de kantonrechter de vordering van het Ziekenhuis in de tussenkomst tegen werknemer en het Pensioenfonds afgewezen. Het Ziekenhuis heeft incidenteel hoger beroep ingesteld. Het Pensioenfonds stelt zich bij memorie primair op het standpunt dat het hem zonder meer vrijstaat te reageren op de memorie van grieven in incidenteel appel van het Ziekenhuis. Slechts voor het geval het hof van oordeel is dat dat procesrechtelijk niet zonder meer mogelijk is, dus voorwaardelijk, vordert het Pensioenfonds in het incident subsidiair zich op de voet van artikel 217 Rv te mogen voegen aan de zijde van werknemer. Beide verweerders in het incident betwisten kort gezegd dat het Pensioenfonds (voldoende) belang heeft bij de gevraagde partijvoeging.

Oordeel

De kantonrechter heeft de feiten vastgesteld die hij voor de beoordeling van zowel de vordering van werknemer tegen het Ziekenhuis als die van werknemer tegen het Pensioenfonds van belang achtte. De kantonrechter heeft aanleiding gezien de vordering tegen het Ziekenhuis en de vordering tegen het Pensioenfonds gezamenlijk te behandelen. In het kader van die gezamenlijke behandeling is de kantonrechter tot het oordeel gekomen dat werknemer op grond van het van toepassing zijnde pensioenreglement niet voor opname in het pensioenfonds in aanmerking kwam en dat het Ziekenhuis werknemer daarom terecht

niet bij het Pensioenfonds heeft aangemeld. Mocht het hof in de hoofdzaak anders dan de kantonrechter tot het oordeel komen dat werknemer op grond van het van toepassing zijnde pensioenreglement wel voor opname in het pensioenfonds in aanmerking kwam, dan kan naar het oordeel van het hof niet worden uitgesloten dat de vraag relevant wordt of het Ziekenhuis werknemer al dan niet bij het Pensioenfonds heeft aangemeld. Niet aannemelijk is dat het hof in de appelzaak tegen het Ziekenhuis niet als vaststaand feit aanneemt dat geen aanmelding en premiebetaling hebben plaatsgevonden en in de appelzaak tegen het Pensioenfonds wel. Voor de hand ligt dat het hof in de hoofdzaak ten aanzien van beide vorderingen zal uitgaan van dezelfde (althans: niet-tegenstrijdige) feiten indien en voor zover die feiten voor de beoordeling van beide vorderingen van belang zijn. Dit geldt temeer indien het hof die vorderingen evenals de kantonrechter gezamenlijk zal behandelen. Naar het oordeel van het hof heeft het Pensioenfonds er voldoende belang bij om te kunnen reageren op grief I in incidenteel appel waarmee het Ziekenhuis betoogt dat de kantonrechter ten onrechte heeft aangenomen dat het Ziekenhuis werknemer niet bij het Pensioenfonds heeft aangemeld en geen premie heeft afgedragen.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 03-10-2017

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2017:4194

Zaaknummer: 200.205.424_01

Rechters: S.M.A.M. Venhuizen, O.G.H. Milar en P.P.M. Rousseau

Advocaten: C.E. Stratenus, T. Huijg en A.W. Cramer

Wetsartikelen: 217 Rv en 218 Rv

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgeefster

Ontbinding arbeidsovereenkomst van docent bewegingsleer op e-grond houdt in hoger beroep stand. Grensoverschrijdend (ongewenst) gedrag is verwijtbaar handelen. Geen sprake van ernstig verwijtbaar handelen, waardoor in hoger beroep wel transitievergoeding wordt toegewezen.

Feiten

Werknemer is op 1 augustus 1989 op grond van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd in dienst getreden bij werkgeefster. Hij vervult de functie van senior docent bewegingsleer. Op de arbeidsovereenkomst is de cao voor het hoger beroepsonderwijs 2017-2018 (hierna: de cao HBO) van toepassing. In eerste aanleg is de arbeidsovereenkomst van werknemer ontbonden op grond van ernstig verwijtbaar handelen zonder toekenning van een transitievergoeding. De reden hiervoor was kortweg dat werknemer – ondanks diverse waarschuwingen – ongewenst/ongepast (fysiek) gedrag vertoonde richting studenten tijdens de lessen. Werknemer vraagt in hoger beroep onder meer herstel van de arbeidsovereenkomst en subsidiair een transitievergoeding.

Oordeel

Wel sprake van verwijtbaar handelen ex artikel 7:669 lid 3 sub e BW

Bij het oordeel dat werknemer verwijtbaar gehandeld heeft in de zin van artikel 7:669 lid 3 sub e BW heeft het hof mede in aanmerking genomen dat werknemer reeds herhaaldelijk was gewaarschuwd. Het hof onderkent dat werknemer docent bewegingsleer was op een school en dat fysiek contact met studenten daarbij kan horen. Tegelijkertijd is juist bij een vak als het bewegingsonderwijs mogelijk grensoverschrijdend gedrag een belangrijk aandachtspunt. Werknemers verantwoordelijkheid als docent voor een veilige leeromgeving voor de studenten en de afhankelijkheidspositie waarin de studenten ten opzichte van hem verkeren, zijn daarnaast omstandigheden die meebrengen dat van werknemer een meer prudente opstelling verwacht had mogen worden. De 'biltik' die werknemer heeft gegeven diende

bovendien geen enkel didactisch doel en had werknemer alleen al om die reden achterwege moeten laten. Datzelfde geldt voor de daarbij door werknemer geplaatste opmerking dat hij dat al langer had willen doen. Werknemer heeft aldus onvoldoende professionele distantie in acht genomen. Ook acht het hof het grensoverschrijdend dat werknemer meldster 2 een massage van haar volledige lichaam heeft gegeven. In elk geval had hij zich ervan dienen te onthouden om meldster 2 nogmaals te masseren. Op grond van hetgeen hiervoor is overwogen, zowel op zichzelf als in onderlinge samenhang beschouwd, is het hof van oordeel dat de kantonrechter het verzoek van werkgeefster om de arbeidsovereenkomst met werknemer op grond van verwijtbaar handelen of nalaten van werknemer te ontbinden, terecht heeft toegewezen.

Geen sprake van ernstig verwijtbaar handelen ex artikel 7:673 lid 7 sub c BW

Anders dan de kantonrechter heeft geoordeeld acht het hof de gestelde feiten en omstandigheden onvoldoende voor de conclusie dat sprake is van ernstig verwijtbaar handelen als bedoeld in artikel 7:673 lid 7 sub c BW. Voor dat oordeel acht het hof met name relevant dat werkgeefster zelf ook een zeker aandeel heeft in het voorgevallene. Uit het onderzoek van de ombudsman komt naar voren dat studenten aan de school onzeker zijn over waar de grenzen liggen van wat wel en niet mag. De ombudsman geeft aan dat het docententeam periodiek een moreel beraad kan invoeren en dat studenten en docenten eveneens een moreel beraad kunnen voeren. De aandacht wordt dan gericht op morele vorming en bewustwording van alle partijen. Klaarblijkelijk heeft het daar bij werkgeefster aan ontbroken. Volgens het onderzoeksbureau zullen de docenten aan de school ervan doordrongen moeten raken dat de benadering van studenten aan grenzen gebonden is, nu werkgeefster daarover ook naar hen toe onvoldoende duidelijk is geweest. Met het oog daarop doet het onderzoeksbureau aan werkgeefster de aanbeveling zorg te dragen voor extra scholing op het gebied van omgangsvormen en integer handelen van het onderwijzend personeel. Het hof merkt op dat werkgeefster er ook in het geval van werknemer uitsluitend op heeft aangedrongen dat werknemer zich in vakdidactisch opzicht (bij) zou scholen. Voorts acht het hof van belang dat niet gebleken is dat werkgeefster na het vertrek van de voormalig directeur in 2013, werknemer nog verder gemonitord heeft bij het aanpassen van zijn didactiek of lesinvulling. Werkgeefster is er daarmee te gemakkelijk van uitgegaan dat bij het uitblijven van nieuwe signalen tussen 2013 en 2017 het wel goed zou zitten. Ten slotte neemt het hof in aanmerking dat niet gebleken is dat bij de hier aan de orde zijnde verwijten bij werknemer kwade bedoelingen voorlagen. Het verzoek van werknemer tot toekenning van de verschuldigde transitievergoeding wordt toegewezen.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 02-05-2019

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2019:1649

Zaaknummer: 200.247.893_01

Rechters: J.P. de Haan, A.L. Bervoets en A.J. van de Rakt

Advocaten: A. Kara en J.L. Coenegracht

Wetsartikelen: 7:669 lid 3 sub e BW, 7:671b BW, 7:673 lid 7 sub c BW en 7:683 BW

RECHTSPRAAK

uitzendonderneming en werkgeefster/werknemer

Uitzendonderneming en X op grond van artikel 7:658 BW aansprakelijk voor de schade die uitzendkracht in uitoefening werkzaamheden heeft opgelopen door een val in een sleuf. Zorgplicht niet nagekomen. Geen sprake van opzet of bewuste roekeloosheid.

Feiten

Werknemer is sinds 13 november 2006 in dienst van een uitzendonderneming op basis van een uitzendovereenkomst. Ten behoeve van een project dat (onder meer) inhield de vervanging van gas- en elektraleidingen ('het project') is werknemer door de uitzendonderneming ter beschikking gesteld aan X. Op 24 maart 2015 is werknemer bij het vervangen van een stalen gasleiding in een sleuf gevallen. Werknemer is vervolgens meerderen keren aan zijn rug geopereerd. Werknemer heeft de uitzendonderneming en X aansprakelijk gesteld voor door hem geleden schade als gevolg van het ongeval. De uitzendonderneming en X hebben de aansprakelijkheid afgewezen. Werknemer vordert dat het hof voor recht verklaart dat de uitzendonderneming en X op grond van artikel 7:658 BW althans 7:611 BW jegens hem aansprakelijk zijn voor de schade die hij als gevolg van het bedrijfsongeval van 24 maart 2015 heeft geleden en zal lijden en de uitzendonderneming en X hoofdelijk veroordeelt tot betaling van de materiële en immateriële schade. De kantonrechter heeft zulks voor recht verklaard. Vervolgens is de zaak verwezen naar de rol van 1 maart 2017 teneinde partijen in de gelegenheid te stellen zich uit te laten over het voort procederen. De uitzendonderneming en X keren zich in hoger beroep tegen het gedeeltelijk eindvonnis.

Oordeel

Werknemer verrichtte werkzaamheden op een betonnen stoep met een breedte van 60 tot 90 centimeter in de nabijheid van een sleuf van ca. 40 cm breed en minimaal 80 cm diep. Op de arbeidsplaats was er daardoor valgevaar door bijvoorbeeld inkalven. Het risico van inkalven heeft zich verwezenlijkt. De uitzendonderneming en X stellen dat er geen maatregelen behoeften te worden getroffen ter voorkoming van het inkalven omdat de sleuf niet dieper was dan 1 meter. Gesteld noch gebleken is dat X tijdens het uitvoeren van de werkzaamheden

heeft gecontroleerd hoe diep de sleuf daadwerkelijk was. Aldus is niet komen vast te staan hoe diep de sleuf precies was op de plaats waar werknemer erin is gevallen. Het enkele feit dat het treffen van maatregelen vereist is bij een diepte van meer dan 1 meter, betekent niet dat deze maatregelen niet nodig zijn wanneer de sleuf minder diep is. Zowel in de CROW-richtlijn als in de publicatie van Aboma Keboma staat dat het risico op inkalven ook afhankelijk is van de grondsoort, wel of niet geroerd zijn en van mogelijke trillingen. Gesteld noch gebleken is dat X (voldoende) aandacht heeft besteed aan deze omstandigheden. De uitzendonderneming en X betogen dat werknemer een ervaren grondwerker was en dus wist dat hij niet te dicht langs de rand van de sleuf moest lopen. Voor zover zij menen dat hen dit vrijwaart van aansprakelijkheid gaat dit voorbij aan vaste jurisprudentie dat een werkgever ook verantwoordelijk is voor de veiligheid van ervaren werknemers en steeds rekening dient te houden met het verschijnsel dat ook die werknemers wel eens nalaten de voorzichtigheid in acht te nemen die ter voorkoming van ongelukken geraden is. Bovendien: gesteld noch gebleken is dat aan werknemer opzet of bewuste roekeloosheid als bedoeld in artikel 7:658 lid 2 BW toegerekend dient te worden. De uitzendonderneming en X hebben onvoldoende gesteld om te concluderen dat zij aan hun zorgplicht als bedoeld in artikel 7:685 BW jegens werknemer hebben voldaan. Werknemer heeft voldoende onderbouwd dat hij als gevolg van het ongeval letsel heeft opgelopen en schade heeft geleden. Het hof zal de zaak verwijzen naar de rol teneinde werknemer in de gelegenheid te stellen om zijn schadevordering nader te onderbouwen. Het hof verzoekt partijen om met elkaar in overleg te treden teneinde te bezien of overeenstemming kan worden bereikt over een eventuele medische expertise(s), de te benoemen deskundige(n) en de vraagstelling. Het hof houdt iedere verdere beslissing aan.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 30-04-2019

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2019:1626

Zaaknummer: 200.215.362_01 en 200.216.475_01

Rechters: C.E.L.M. der Smeenk-van Weijden, J.W. van Rijkom en J.M.H. Schoenmakers

Advocaten: M.J.J. Pieters en F.H.I. Hundscheid

Wetsartikelen: 7:611 BW en 7:658 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Arriva Personenvervoer Nederland B.V.

Werknemer kan – nadat hij parttime is gaan werken – geen aanspraak maken op afwijking van de berekening van zijn verlofuren. De uitleg van het convenant en de (gewijzigde) cao bieden hiervoor geen grondslag. Tevens is geen sprake van ongeoorloofd onderscheid naar leeftijd en arbeidsomvang.

Feiten

Werknemer is op 1 mei 2002 als buschauffeur in dienst getreden bij NoordNed op basis van een fulltime arbeidsovereenkomst. Op deze arbeidsovereenkomst was de cao Multimodaal Vervoer (hierna te noemen de cao MMV) van toepassing. In verband met de overgang van de concessie naar Connexxion Openbaar Vervoer (hierna: Connexxion) is het dienstverband van werknemer per 10 december 2006 voortgezet bij Connexxion. Gedurende het dienstverband van werknemer met Connexxion is het 'Convenant concessie Friesland' (hierna te noemen: het convenant) tot stand gekomen tussen Connexxion enerzijds en FNV Bondgenoten en CNV Bondgenoten anderzijds. Daarbij is Connexxion overgegaan naar de cao Openbaar Vervoer (hierna te noemen de cao OV). In het convenant is afgesproken dat voor alle medewerkers op wie de cao MMV van toepassing was, per 1 januari 2009 de cao OV van toepassing zou zijn. In verband met een nieuwe concessiewisseling is werknemer per 9 december 2012 in dienst getreden bij Arriva Personenvervoer Nederland B.V. (hierna: Arriva). Sedert 8 december 2013 is werknemer parttime werkzaam voor 30 uur per week. Het parttime arbeidspercentage van werknemer bedraagt 83,33 procent (30/36). Werknemer heeft in eerste aanleg – samengevat – gevorderd te verklaren voor recht dat zijn vakantieaanspraken sedert aanvang van zijn parttime werkzaamheden gesteld hadden dienen te worden op 193,5 uur op jaarbasis. De kantonrechter heeft de vorderingen van werknemer afgewezen en heeft daartoe in de kern overwogen dat de cao OV toegepast dient te worden en dat de berekening van het aantal verlofuren van werknemer op 174 uren, nadat hij 30 uur per week is gaan werken, in overeenstemming is met de cao OV. In hoger beroep staat de vraag centraal op hoeveel verlofuren werknemer aanspraak heeft, 193,5 uren met toepassing van de breuk $30/36 \times 232$ (standpunt werknemer) of 174 uren met toepassing van de breuk $30/40 \times 232$ (standpunt

Arriva).

Oordeel

Het hof stelt voorop dat niet in geschil is dat de bepaling van het aantal verlofuren op basis van de breuk 30/40 in geval van een parttime dienstverband, in overeenstemming is met de cao OV. Centraal staat daarmee de vraag of werknemer aanspraak kan maken op afwijking van de berekening van zijn verlofuren overeenkomstig de cao OV in de door hem bepleite zin. De stelling van werknemer dat zijn aanspraak op een fulltime dienstverband bij een 36-urige werkweek berust op afspraken in het convenant wordt verworpen. Volgens de cao OV geldt voor werknemers boven de 50 jaar een fulltime dienstverband bij een 36-urige werkweek. Het convenant behelst alleen de afspraak dat ook werknemers ex-cao-MMV die nog geen 50 jaar oud zijn, hun aanspraak behouden op een fulltime dienstverband bij een 36-urige werkweek. Werknemer heeft verder aangevoerd dat in het convenant is bepaald dat de arbeidsvoorwaarden van de medewerkers ex-cao-MMV niet mogen verslechteren. Ook dat beroep slaagt niet. Het artikel in het convenant waar werknemer zich op beroept, is opgenomen onder de kop 'werken naar wens'. Dat is een ander onderwerp en regelt niet de aanspraken op verlof. De omstandigheid dat in het convenant niets is vastgelegd over parttimers (en hoe hun verlofaanspraak moet worden berekend), wil nog niet zeggen dat ook sprake is van een verzuim. Als geen bijzondere regeling is vastgelegd, geldt de cao OV. Op zichzelf kunnen de partijen bij het convenant dat ook beoogd hebben. Aan het convenant kan werknemer dus geen aanspraak ontlenen op vaststelling van zijn verlofuren naar rato van zijn parttime dienstpercentage. De stelling van werknemer dat Arriva ten nadele van hem een ongeoorloofd onderscheid zou maken naar leeftijd en arbeidsomvang door bij een parttime dienstverband (van 30 uur per week) zijn verlofuren vast te stellen overeenkomstig de cao OV, dient te worden verworpen. Hooguit komt uit de stellingen van Arriva naar voren dat werknemer als fulltime medewerker 50+ een voordeel had doordat ingevolge de cao OV een dienstverband van 36 uur per week wordt beschouwd als een fulltime dienstverband, ook voor het verlof. Dat voordeel is komen te vervallen, toen werknemer parttime is gaan werken. Daarmee doet zich echter nog niet de situatie voor dat werknemer is benadeeld ten opzichte van andere medewerkers ex-cao-MMV, voor wie een fulltime baan van 36 uur per week geldt. Er is tevens geen sprake van een verloren arbeidsvoorwaarde: de verlofaanspraak die werknemer had bij het fulltime dienstverband vloeide voort uit de arbeidsovereenkomst (de cao OV). Van een buitencontractuele (aanvullende) arbeidsvoorwaarde was dus geen sprake. Werknemer kan geen aanspraak maken op afwijking van de berekening van zijn verlofuren.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 30-04-2019

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2019:3760

Zaaknummer: 200.205.247/01

Rechters: O.E. Mulder, W.F. Boele en M. Willemse

Advocaten: L. Wimmenhove en N.H.M. Poort

Wetsartikelen: 7:648 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgeefster

Kennelijk onredelijk ontslag slaagt met beroep op gevolgencriterium. Habe nichts-verweer verworpen, omdat werkgeefster er als goed werkgever rekening mee had moeten houden dat het bedrijf zou eindigen. Zij moest in dat kader rekening houden met financiële belangen werknemer.

Feiten

Werknemer is op 12 januari 1986 in dienst getreden bij X Autobedrijf B.V. (hierna: 'werkgeefster'), laatstelijk als chef werkplaats tegen een brutosalaris van € 3.566,64 per maand exclusief emolumenten. Bij beschikking van 20 mei 2014 heeft het UWV aan werkgeefster toestemming verleend de arbeidsovereenkomst met werknemer te beëindigen. Bij brief van 26 mei 2014 heeft werkgeefster de arbeidsovereenkomst met werknemer opgezegd tegen 1 september 2014. In eerste aanleg heeft werknemer de kantonrechter verzocht voor recht te verklaren dat het door werkgeefster aan hem verleende ontslag kennelijk onredelijk is en werkgeefster onder meer te veroordelen tot betaling van een bedrag van € 101.839,72 als schadevergoeding. Bij vonnis van 11 mei 2017 heeft de kantonrechter voor recht verklaard dat het door werkgeefster aan werknemer verleende ontslag kennelijk onredelijk is, maar heeft de kantonrechter de vordering tot schadevergoeding afgewezen. Wel heeft de kantonrechter de vordering ter zake van achterstallig salaris toegewezen, in die zin dat hij werkgeefster heeft veroordeeld tot betaling van een bedrag van € 5.915,44 bruto alsmede een bedrag van € 180,74 netto, te vermeerderen met wettelijke verhoging en de wettelijke rente vanaf 18 september 2014 tot aan de dag der voldoening. Ook is werkgeefster in de proceskosten en de nakosten veroordeeld. De gevorderde buitengerechtelijke incassokosten werden afgewezen. Tegen dit oordeel keren partijen zich in hoger beroep.

Oordeel

Het hof is van oordeel dat sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag. Werknemer beroept zich met recht op het gevolgencriterium. De door de kantonrechter gegeven verklaring voor

recht zal daarom worden bekrachtigd. Dit oordeel berust in het bijzonder op de lange duur van het dienstverband van werknemer, de goede wijze van functioneren van werknemer en de omstandigheid dat de opzeggingsgrond in de risicosfeer van werkgeefster ligt. Het belangrijkste verweer van werkgeefster is het zogenoemde habe nichts-verweer. Zij stelt dat gelet op haar slechte financiële positie bij de bedrijfsbeëindiging het betalen van een vergoeding aan werknemer helaas niet mogelijk was. Het hof verwerpt dit verweer. Duidelijk is dat de financiële positie van werkgeefster in 2014 slecht was. Echter, ook in 2009 was de marktsituatie voor werkgeefster al verslechterd. Toen de crisis vervolgens langer aanhield, had zij de mogelijkheid onder ogen dienen te zien dat zij op enig moment haar bedrijf zou moeten beëindigen. Goed werkgeverschap bracht mee dat zij dan ook rekening behoorde te houden met de voorzienbare (financiële) belangen van haar werknemer. Niet gebleken is dat zij dit heeft gedaan. Werknemer had ten tijde van het ontslag een slechte positie op de arbeidsmarkt, in zoverre dat het moeilijk voor hem zou worden om elders chef werkplaats te worden met bijbehorend salaris. Daarbij is mede in aanmerking genomen dat werknemer destijds arbeidsongeschikt was. Tegelijkertijd kon worden verwacht dat hij wel weer aan het werk zou kunnen gaan als monteur (tegen een lager salaris), welke verwachting bewaarheid is geworden. In de tussentijd was hij aangewezen op een ZW-uitkering. Werknemer heeft derhalve inkomens- en pensioenschade geleden als gevolg van het ontslag. Voorts heeft werkgeefster onvoldoende herplaatsingsinspanningen verricht. De gevolgen van de opzegging zijn voor werknemer te ernstig in vergelijking met het belang van werkgeefster bij de opzegging. Er zijn dan ook bijzondere omstandigheden die toekenning van een schadevergoeding rechtvaardigen. Gelet op de beperkte financiële mogelijkheden van werkgeefster acht het hof een vergoeding van € 10.000 op zijn plaats. Het hof zal de beslissing van de kantonrechter ten aanzien van de schadevergoeding vernietigen en werkgeefster alsnog veroordelen tot betaling van genoemd bedrag. Voor het overige wordt het vonnis van de kantonrechter bekrachtigd.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 30-04-2019

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2019:1622

Zaaknummer: 200.220.477_01

Rechters: J.P. de Haan, A.W. Rutten en A.L. Bervoets

Advocaten: E.H.J. van Gerven en H.J.F. Wekking

Wetsartikelen: 7:681 BW (oud)

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgever

Vakbondsbestuurder is ten onrechte uit zijn functie ontheven. Hiervoor is geen grondslag op basis van het instructierecht. Ook op grond van het goed werkgeverschap had werkgever niet op dat moment het vertrouwen mogen opzeggen.

Feiten

Werknemer is op 1 april 1988 in dienst getreden van (een rechtsvoorganger van) werkgever in de functie van vakbondsbestuurder. Sinds 15 oktober 2009 vervult werknemer de functie van bestuurder van sector 1. Hij is in 2018 belast met de taak van eerste onderhandelaar bij het overleg over de landelijke CAO. Oorspronkelijk werden vanuit sector 1 alle aspecten van de belangenbehartiging ondersteund. Omstreeks 2011 is dit veranderd door de introductie van een nieuwe manier van werken, waarbij leden op activistische wijze en planmatig worden geworven en met verschillende methodes campagne wordt gevoerd. Sindsdien loopt de samenwerking tussen werknemer en de verschillende afdelingen stroef. Op 20 december 2018 zijn er (individuele) gesprekken gevoerd met de bestuurders (waaronder werknemer). Aan werknemer is te kennen gegeven dat er geen vertrouwen is in een succesvolle samenwerking met hem en dat er voor hem per 1 januari 2019 geen plek is in het nieuwe team. Desondanks is werknemer zijn werkzaamheden nadien blijven uitoefenen. Per brief van 1 februari 2019 heeft werkgever werknemer formeel te kennen gegeven dat hij uit zijn functie is ontheven en hem verzocht zijn werkzaamheden voor pakket 2 per direct te stoppen. Per brief van 5 februari 2019 heeft de gemachtigde van werknemer werkgever verzocht om werknemer weer toe te laten tot zijn werkzaamheden. Op 6 februari 2019 heeft werknemer, ondanks het eerder die dag gegeven verbod, een CAO-overleg bijgewoond. Per brief van 22 februari 2019 heeft werkgever werknemer een officiële waarschuwing gegeven voor het bijwonen van het CAO-overleg op 6 februari 2019, hem verboden het CAO-overleg op 25 februari 2019 bij te wonen en hem verzocht vóór 26 februari 2019 een pakketvoorkeur aan te geven. Per brief van 28 februari 2019 heeft de gemachtigde van werknemer bezwaar gemaakt tegen de waarschuwing, verzocht om intrekking daarvan en een kort geding tot wedertewerkstelling van werknemer aangekondigd. Werkgever heeft de waarschuwing niet ingetrokken. Hij heeft twee nieuwe CAO-

onderhandelaars benoemd, de betrokken CAO-partijen geïnformeerd en werknemer verzocht relevante informatie inzake de betreffende CAO (pakket 2) over te dragen. Werkgever heeft werknemer een ander pakket in een andere sector aangeboden. Werknemer vordert in kort geding onder meer herplaatsing in zijn oorspronkelijke functie. Werknemer legt aan deze vordering ten grondslag dat hij zonder rechtsgrond en op onzorgvuldige wijze per direct uit zijn functie is ontheven.

Oordeel

Vaststaat dat werknemer ook na 2015 steeds werkzaam geweest in sector 1, althans op het pakket 2. Er is geen verzoek gedaan om van pakket te wisselen, los van de overgang naar de andere afdeling. Dat het gebruikelijk is voor bestuurders om (ter verfrissing) regelmatig van sector te wisselen is voorshands niet, althans onvoldoende, gesteld of gebleken. Dit is, zonder toelichting, ook moeilijk te rijmen met de blijkens de functiebeschrijving vereiste kennis van de sector. Naar het voorlopig oordeel van de kantonrechter kan de beslissing van werkgever om werknemer niet langer in sector 1, pakket 2, te laten opereren voorshands dan ook niet worden gezien als onderdeel van het (regulier) instructierecht van de werkgever. Het gaat hier niet om een nadere invulling van de functie, of van toepassing van een bestaand roulersysteem, maar om het opdragen van geheel andere taken waarbij zijn specifieke kennis van de branche niet langer relevant is. Naar het voorlopig oordeel van de kantonrechter is het met de huidige informatie overduidelijk dat werkgever, maar ook werknemer zelf, onvoldoende adequaat met de situatie omgingen en dat zij op dat moment niet in staat waren elkaar te bereiken. Werkgever had in deze omstandigheden als (goed) werkgever niet reeds aanleiding mogen zien om op 20 december 2018 het vertrouwen in de toekomstige samenwerking met werknemer binnen de sector op te zeggen (en hem een ander, nog te bepalen pakket aan te bieden). De kantonrechter zal werkgever opdragen de beslissing om werknemer als bestuurder uit zijn pakket te ontheffen, ongedaan te maken. Dit leidt er echter niet toe dat werknemer meteen zijn werkzaamheden in deze functie kan hervatten. Gelet op zijn positie, waarbij hij in het CAO-overleg als vertegenwoordiger van werkgever optreedt, en hetgeen tussen partijen is gebeurd, zal eerst gewerkt moeten worden aan herstel van de onderlinge verhoudingen.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 18-04-2019

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2019:1652

Zaaknummer: 7583957 UV EXPL 19-50

Rechters: M.J. Slootweg

Advocaten: M. Hagenaars en W.M. Engelsman

Wetsartikelen: 7:611 BW en 6:66o BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/Talententuinen B.V.

Ontbindingsverzoek werkgeefster toegewezen wegens verstoorde arbeidsverhouding met beleidsmanager. Ernstig verwijtbaar handelen werkgeefster door zonder overleg managementteam op te heffen. Geen grond voor eenzijdig wijzigen functie. Toekenning billijke vergoeding.

Feiten

Talententuinen B.V. ('Talententuinen') is onderdeel van een groep van ondernemingen. Xiezoo B.V. vormde eveneens onderdeel van die groep, maar is gedurende de procedure in eerste aanleg na een 'turboliquidatie' opgehouden te bestaan. De bestuurder, de heer X, is uiteindelijk belanghebbende van de groep. Werkneemster trad op 1 maart 2015 in dienst bij Xiezoo B.V. Op 1 januari 2017 trad zij in dienst van Stichting Talententuinen en per 1 augustus 2017 bij Talententuinen. Werkneemster vervulde laatstelijk de functie van beleidsmanager, met een brutomaandsalaris van € 4.543,33 exclusief vakantietoeslag. Als beleidsmanager was werkneemster lid van het managementteam van de groep waarvan Talententuinen onderdeel is. Talententuinen en Xiezoo B.V. hebben gevorderd dat de kantonrechter de arbeidsovereenkomst ontbindt, primair op de e-grond, subsidiair op de g-grond en meer subsidiair op de h-grond. Talententuinen en Xiezoo B.V. verzochten de kantonrechter eveneens om te bepalen dat werkneemster ernstig verwijtbaar had gehandeld en daardoor geen recht had op de transitievergoeding. De kantonrechter heeft Talententuinen B.V. en Stichting Talententuinen in zijn beschikking van 31 januari 2018 niet-ontvankelijk verklaard in hun ontbindingsverzoek omdat geoordeeld werd dat Xiezoo B.V. de werkgever van werkneemster was. De kantonrechter heeft de door Xiezoo B.V. verzochte ontbinding afgewezen. De kantonrechter heeft bovendien werkneemster niet-ontvankelijk verklaard in haar verzoeken jegens Talententuinen B.V. en Stichting Talententuinen, en Xiezoo B.V. veroordeeld tot betaling van het achterstallige salaris en van het salaris totdat de arbeidsovereenkomst rechtsgeldig is geëindigd. Tegen dit oordeel keren partijen zich in hoger beroep. De beide beroepszaken lenen zich voor gezamenlijke behandeling.

Ontbinding wegens een verstoorde arbeidsverhouding

Beide partijen hebben verzocht de arbeidsovereenkomst te ontbinden. Er is sprake van een verstoorde arbeidsverhouding, zodanig dat van Talententuin in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst in stand te laten. Bovendien is het hof van oordeel dat sprake is van omstandigheden die van dien aard zijn dat de arbeidsovereenkomst billijkheidshalve behoort te eindigen in de zin van artikel 7:671c lid 1 BW, waarbij geldt dat het hof van oordeel is dat sprake is van ernstig verwijtbaar handelen door Talententuin. Er is sprake van een door ernstig verwijtbaar toedoen van Talententuin geëscaleerd arbeidsconflict. Talententuin heeft de situatie onnodig op scherp gezet door op 14 augustus 2017 zonder vooraankondiging en zonder overleg het managementteam per direct op te heffen en daarmee de eindverantwoordelijkheid voor bepaalde onderwerpen bij werknemer weg te nemen. Het moge dan zo zijn dat naar het oordeel van Talententuin werknemer onvoldoende functioneerde en Talententuin werknemer daarop wel eens heeft gewezen, dat is geen deugdelijke reden om te handelen zoals Talententuin heeft gedaan. De inhoud van de functie van werknemer is met het voorgaande wezenlijk gewijzigd. Het is invoelbaar dat de plotselinge mededeling dat het managementteam werd opgeheven, zonder dat daarover op dat moment of daarna kon worden gesproken en op de confronterende en agressieve toon die volgt uit het verslag van de vergadering, bij werknemer hard is aangekomen. Een goed werkgever zou er in de gegeven omstandigheden van hebben moeten afzien – ook als er op grond van artikel 7:611 of 7:613 BW gegronde redenen geweest zouden zijn om het managementteam op te heffen – te handelen op de wijze als Talententuin heeft gedaan. Van een werknemer mag worden verlangd dat hij meewerkt aan een redelijk voorstel tot wijziging dan wel een eenzijdige wijziging als daarvoor gegronde redenen zijn, maar dat verlangen is niet aan de orde als een werkgever de confrontatie zo hard en acuut opzoekt als Talententuin gedaan heeft. Daarbij komt dat de artikelen 7:611 en 7:613 BW in dit geval geen te respecteren grond vormen voor de door Talententuin doorgevoerde acute wijziging. Het besluit het managementteam op te heffen was de aanleiding voor de ziekmelding van werknemer en vormde de aanvang van het arbeidsconflict tussen partijen. Het ontstaan van het arbeidsconflict is aldus aan Talententuin te wijten. Ten aanzien van de pogingen van partijen om het arbeidsconflict op te lossen overweegt het hof dat Talententuin onvoldoende heeft gedaan om het arbeidsconflict op te lossen. Talententuin is werknemer en daarmee de arbeidsrelatie onnodig onder druk blijven zetten door werknemer steeds opnieuw te instrueren haar werkzaamheden op zeer korte termijn na het versturen van die instructie te hervatten, zonder dat een oplossing bereikt was en steeds onder druk van de loonsanctie. Weliswaar heeft Talententuin ook voorgesteld om tot een beëindigingsovereenkomst te komen, maar de voorwaarden die zij in dat verband voorstelde kwalificeren, ook gezien de door Talententuin op werknemer uitgeoefende druk, niet als een redelijke poging om het arbeidsconflict op te lossen. Dat werknemer haar

werkzaamheden niet wilde hervatten voordat het arbeidsconflict was opgelost en het beëindigingsvoorstel van Talententuinen niet accepteerde, is alleszins begrijpelijk. Het verzoek tot toewijzing van een transitievergoeding € 5.724,60 bruto wordt toegewezen. Anders dan Talententuinen heeft gesteld, is van ernstig verwijtbaar handelen zijdens werkneemster geen sprake. Het hof wijst de verzochte billijke vergoeding van € 35.000 bruto toe, nu sprake is van ernstig verwijtbaar handelen. Daarbij wordt rekening gehouden met het feit dat werkneemster geruime tijd geen inkomen van Talententuinen heeft ontvangen, zelfs niet nadat de kantonrechter had geoordeeld dat er geen gegronde reden was om het loon stop te zetten. Verder houdt het hof rekening met de inkomsten die zij bij Talententuinen genoot en de inkomsten die werkneemster inmiddels tijdelijk elders genereert en met een periode van drie jaar waarin zij inkomensverlies zal blijven lijden. Daarbij komt dat werkneemster door het ernstig verwijtbaar handelen van Talententuinen ook psychische klachten heeft ondervonden. Het geheimhoudingsbeding houdt stand, maar het concurrentiebeding niet, omdat Talententuinen ernstig verwijtbaar jegens werkneemster heeft gehandeld. Het hof zal de loonvordering van werkneemster aldus toewijzen voor zover deze zich richt tot Talententuinen B.V.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 18-04-2019

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2019:819

Zaaknummer: 200.238.297/01 en 200.238.308/01

Rechters: R.S. van Coevorden, J.A. van Dorp en M.B. Kerkhof

Advocaten: D.J.W. Feddes en H.B. de Hek

Wetsartikelen: 7:611 BW, 7:613 BW, 7:628 BW, 7:629 BW, 7:629a BW, 7:653 BW, 7:669 lid 1 BW, 7:669 lid 3 sub e BW, 7:669 lid 3 sub g BW, 7:669 lid 3 sub h BW, 7:671c BW, 7:673 BW en 7:683 BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/werkgeefster

Kantonrechter heeft verzoek tot vernietiging opzegging wegens bedrijfseconomische omstandigheden na toestemming UWV ten onrechte afgewezen, nu werkgeefster de slechte bedrijfseconomische redenen onvoldoende heeft onderbouwd. Toekenning billijke vergoeding.

Feiten

Van 25 maart 2015 tot en met 19 april 2017 is de heer X bij werkgeefster in dienst geweest als bedrijfsleider. Werkneemster is via X bij werkgeefster in dienst getreden in de functie van Japan Country Manager, laatstelijk tegen een salaris van € 3.500 bruto per maand. Op dinsdag 1 augustus 2017 heeft werkneemster zich per e-mail ziek gemeld. Bij beslissing van 23 oktober 2017 heeft het UWV werkgeefster toestemming verleend de arbeidsovereenkomst met werkneemster op te zeggen op grond van bedrijfseconomische redenen. Met gebruikmaking van deze toestemming heeft werkgeefster de arbeidsovereenkomst vervolgens bij brief van 25 oktober 2017 opgezegd met ingang van 1 december 2017. Onder verwijzing naar (de gang van zaken rond) een door X en werkneemster opgestelde werkgeversverklaring heeft werkgeefster werkneemster bij brief van 23 maart 2018 op staande voet ontslagen 'voor zover de door het UWV verleende ontslagvergunning nietig mocht blijken'. Werkneemster heeft in eerste aanleg gevorderd dat de kantonrechter de opzegging van de arbeidsovereenkomst vernietigt althans de arbeidsovereenkomst herstelt dan wel aan haar een billijke vergoeding toekent. De kantonrechter heeft het verzoek afgewezen. Tegen dit oordeel keert werkneemster zich in hoger beroep.

Oordeel

De kantonrechter is volgens werkneemster uitgegaan van een onjuiste bewijslastverdeling. Dit betoog gaat niet op. De kantonrechter heeft geoordeeld dat werkneemster onvoldoende heeft onderbouwd dat zij (ook) op 4 augustus 2017 ziek was en op deze grond het beroep op het opzegverbod van artikel 7:670 lid 1 BW verworpen. Werkneemster heeft in hoger beroep geen

nieuwe of aanvullende feiten en omstandigheden op dit punt naar voren gebracht en bij die stand van zaken kan het hof zich volledig verenigen met het bestreden oordeel van de kantonrechter. In dit geding wordt zelfstandig getoetst of de door werkgeefster ingeroepen opzeggingsgrond van artikel 7:669 lid 3 sub a BW zich inderdaad voordoet. Werkgeefster heeft de bedrijfseconomische omstandigheden die haar tot de gewraakte reorganisatie zouden hebben genoopt, maar mondjasmaat met financiële stukken gestaafd. Mede gelet op het door werkneemster gevoerde verweer had werkgeefster de door haar aangevoerde onderliggende oorzaak en de financiële gevolgen daarvan nader inzichtelijk en controleerbaar dienen te maken door het overleggen van de volledige jaarstukken. Bij dit alles komt nog dat werkgeefster ook geen enkele toelichting heeft gegeven op de oorzaken van de 'teruglopende business' en verder ook geheel niet ingaat op de vraag of, en zo ja in welke mate er verbeteringen zijn te verwachten. Werkgeefster heeft de door haar aangevoerde bedrijfseconomische omstandigheden zowel in eerste aanleg als in hoger beroep onvoldoende onderbouwd. Dit betekent dat werkgeefster de arbeidsovereenkomst zonder redelijke grond heeft opgezegd. Herstel van de arbeidsovereenkomst ligt niet in de rede, nu werkneemster in rechte niet tijdig de vernietiging heeft ingeroepen van het ontslag op staande voet. Als uitgangspunt heeft derhalve te gelden dat er vanaf 23 maart 2018 tussen partijen hoe dan ook geen arbeidsrelatie meer is. Gelet hierop en op de aard en ernst van de verwijten die partijen elkaar inmiddels over en weer maken, is herstel van de arbeidsovereenkomst niet (meer) aan de orde. Het hof acht toekenning van een billijke vergoeding op haar plaats nu werkgeefster de arbeidsovereenkomst heeft opgezegd op een grond die zij (uiteindelijk) niet aannemelijk heeft kunnen maken. Werkneemster heeft omtrent de verdere nadelige gevolgen van het voortijdige einde van de arbeidsovereenkomst voor haar verder niets gesteld, terwijl ook niet kan worden gezegd dat werkgeefster een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Het hof acht een billijke vergoeding ter grootte van € 15.000 bruto redelijk.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 29-03-2019

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2019:818

Zaaknummer: 200.244.250/01

Rechters: J.A. van Dorp, C.J. Frikkee en M.D. Ruizeveld

Advocaten: R.A.D. Blaauw en R. Scheltes

Wetsartikelen: 7:669 lid 3 sub a BW, 7:670 BW en 7:683 BW

RECHTSPRAAK

**openbaar lichaam de gemeenschappelijke regeling
Soweco/gemeente Oldenzaal**

Nieuwe aanbesteding is geen onrechtmatig handelen van gemeente door niet de volledige werkloosheidsuitkering van een (voormalig) teamleider te vergoeden aan Soweco vanwege eigenrisicodragerschap van Soweco. Dit staat los van eerdere (opgeheven) samenwerking en daartoe opgesteld Sociaal Plan.

Feiten

Soweco is een openbaar lichaam in de vorm van een gemeenschappelijke regeling dat zich onder andere bezighoudt met de inzet van arbeidskrachten met een achterstand op de arbeidsmarkt. In de gemeenschappelijke regeling Werkvoorzieningsschap Oost-Twente (hierna: GR WOT) werkten de gemeenten Dinkelland, Losser en Oldenzaal samen om uitvoering te geven aan de Wet sociale werkvoorziening (WSW). De uitvoering van deze taak was belegd bij de uitvoeringsorganisatie Top-Craft B.V. In 2015/2016 zijn GR WOT en Top-Craft B.V. ontmanteld/opgeheven. De doorlopende (financiële) verplichtingen van GR WOT worden door Gemeente Oldenzaal afgewikkeld en betaald, waarna de gemaakte kosten (deels) doorbelast worden aan de gemeenten Dinkelland en Losser. In verband met de ontmanteling/opheffing van GR WOT en Top-Craft B.V. is een Sociaal Plan opgesteld en ondertekend door de vakbonden. Mevrouw A had vanaf december 1984 een aanstelling bij GR WOT als teamleider. Stichting Participatie Dinkelland heeft als uitvoeringsorgaan van Gemeente Dinkelland eind 2014 een aanbesteding uitgeschreven om uitvoering te geven aan beschut werk voor 29 SW-medewerkers. Soweco heeft ingeschreven op deze aanbesteding en deze gegund gekregen. Voorafgaand aan de inschrijving heeft Soweco geen navraag gedaan over het Sociaal Plan en hierover zijn ook geen aanvullende (financiële) afspraken gemaakt. Mevrouw A heeft bij Soweco aangegeven dat zij beschikbaar was en is per 1 januari 2015 in dienst getreden bij Soweco voor de duur van de overeenkomst die gesloten is in het kader van de aanbesteding. De aanstelling van mevrouw A bij Soweco is niet verlengd en geëindigd op 31 december 2017. Op 22 februari 2018 heeft mevrouw A Gemeente Oldenzaal verzocht een

besluit te nemen over haar werkloosheidsuitkering. Bij brief van 14 maart 2018 heeft Gemeente Oldenzaal hierop laten weten dat zij zich voor de WW-uitkering moest wenden tot het UWV. Het UWV heeft aan mevrouw A een WW-uitkering toegekend. Omdat Soweco eigenrisicodragers is voor de WW, verhaalt het UWV de uitbetaling van deze WW-uitkering op Soweco. Hiertegen heeft Soweco bezwaar aangetekend, welk bezwaar ongegrond is verklaard door het UWV. Vervolgens heeft Soweco Gemeente Oldenzaal aangesproken voor de betaling van de op Soweco door het UWV verhaalde of nog te verhalen bedragen, hetgeen door Gemeente Oldenzaal is afgewezen. In geschil is of Gemeente Oldenzaal jegens Soweco onrechtmatig handelt door niet de volledige werkloosheidsuitkering van mevrouw A te betalen en haar een WW-uitkering te laten aanvragen, zonder de door het UWV voor de WW-uitkering bij Soweco verhaalde bedragen te vergoeden aan Soweco.

Oordeel

Vooropgesteld wordt dat onvoldoende is onderbouwd dat de aanbesteding en de daaruit voortvloeiende overeenkomst met Soweco is uitgeschreven/gesloten met Gemeente Oldenzaal of GR WOT. Bovendien hebben de opstelling van het Sociaal Plan en de aanbesteding juist plaatsgevonden in het kader van de ontmanteling van GR WOT. Daarnaast is onvoldoende gemotiveerd betwist dat bij deze ontmanteling juist was afgesproken dat iedere SW-medewerker teruggaat naar zijn eigen gemeente en staat vast dat de aanbesteding is uitgeschreven door Stichting Participatie Dinkelland en/of Gemeente Dinkelland. Gelet op deze omstandigheden had het op de weg van Soweco gelegen om (a) nader te onderbouwen op grond waarvan zij er desondanks van uit is gegaan en heeft mogen gaan dat de aanbesteding betrekking had op GR WOT en (b) nader toe te lichten wat de (juridische) implicaties hiervan zouden zijn voor haar vorderingen in deze procedure. De rechtbank verwierpt het standpunt van Soweco dat Gemeente Oldenzaal door het niet volledig zelf uitbetalen van de werkloosheidsuitkering tekort is geschoten in haar uit het Sociaal Plan voortvloeiende verplichtingen jegens mevrouw A. Op basis van het Sociaal Plan had Soweco er niet zonder meer van uit mogen gaan dat de werkloosheidsuitkering volledig door Gemeente Oldenzaal zou worden uitbetaald en zij geen enkel risico liep op een eventueel verhaal vanuit het UWV.

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 12-12-2018

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2018:5087

Zaaknummer: C/08/219521 / HA ZA 18-294

Rechters: A.N. Kok

Advocaten: M.A. Schuring en A.J.M. Boschman-Stoel

Wetsartikelen: 6:74 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

werknemer c.s./NXP Semiconductors Netherlands B.V.

Ontslagvergoeding van werknemers geboren in 1950-1952 gemaximeerd in het sociaal plan, levert geen verboden leeftijdsdiscriminatie op. Geen strijd met WGBL. Afwijzing vorderingen werknemers tot toekenning niet-gemaximeerde ontslagvergoedingen.

Feiten

Zes werknemers zijn allen in dienst geweest van NXP Semiconductors Netherlands B.V. (hierna: 'NXP'). De arbeidsovereenkomsten met vijf werknemers zijn op grond van bedrijfseconomische redenen, met toestemming van het UWV, per 1 april 2014 opgezegd. Eén werknemer heeft per 1 februari 2014 ander werk gevonden. Zijn arbeidsovereenkomst is met wederzijds goedvinden beëindigd per die datum. Op de reorganisatie is het Sociaal Plan 2010 NXP Semiconductors Nederland (hierna: sociaal plan) van toepassing. Werknemers vorderen dat de kantonrechter voor recht verklaart dat artikel 6 lid 4 van het sociaal plan, althans het gedeelte van deze bepaling waarin sprake is van ongeoorloofde leeftijdsdiscriminatie waardoor eisers ten opzichte van collega's die na 1952 zijn geboren worden benadeeld, in strijd is met de WGBLA en derhalve nietig is en NXP veroordeelt om aan werknemers conform het sociaal plan een vergoeding toe te kennen, die is gemaximeerd tot de salarisderving tot de te verwachten pensioneringsdatum, namelijk de leeftijd van 65 jaar.

Oordeel

In het sociaal plan is een regeling opgenomen met betrekking tot de aan de werknemer toekomende vergoeding bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Uit artikel 6 lid 4 van het sociaal plan volgt dat wanneer de vergoeding op basis van de kantonrechtersformule meer bedraagt dan het salaris tot de dag waarop de arbeidsovereenkomst geëindigd zou zijn als gevolg van het bereiken van de leeftijd van 65 jaar, de vergoeding wordt vastgesteld op laatstbedoeld bedrag ('aftopping op 65 jaar'). In de tweede volzin van artikel 6 lid 4 van het sociaal plan is opgenomen dat voor medewerkers geboren in 1950, 1951 of 1952 die aanspraak

hebben op de VEP-regeling, als uittredingsrichtdatum geldt de eerste van de maand waarin de desbetreffende medewerker de leeftijd van 62 jaar bereikt ('aftopping op 62 jaar'). Er wordt in het sociaal plan derhalve onderscheid naar leeftijd gemaakt. Ter beantwoording van de vraag of artikel 6 lid 4 van het sociaal plan in strijd met de WGBLA en daarmee nietig is, is niet doorslaggevend of sprake is van een onderscheid naar leeftijd, maar of sprake is van verboden (direct) onderscheid naar leeftijd. Daarvan is sprake wanneer een persoon op grond van leeftijd op een andere wijze wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou worden behandeld. In het onderhavige geval is geen sprake van een onderscheid enkel op grond van leeftijd. In de tweede volzin van artikel 6 lid 4 van het sociaal plan wordt immers een onderscheid gemaakt ten aanzien van medewerkers uit een bepaalde leeftijdscategorie die aanspraak hebben op een bepaalde voorziening. Werknemers hebben, anders dan medewerkers geboren na 1952, een onvoorwaardelijk recht op VEP. De situatie van werknemers is daarom niet vergelijkbaar met die van andere medewerkers van NXP. Van verboden leeftijdsdiscriminatie is naar het oordeel van de kantonrechter geen sprake. Er bestaat derhalve geen aanleiding voor toewijzing van de vorderingen van werknemers op deze grondslag. Werknemers stellen (subsidiair) dat sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag. Zonder nadere onderbouwing, die ontbreekt, valt niet in te zien waarom een beëindiging van een dienstverband vanwege bedrijfseconomische redenen, met toestemming van het UWV, kennelijk onredelijk is. Ook deze grondslag leidt niet tot toewijzing van de vorderingen van werknemers. De gemachtigde van werknemer 6 heeft bij brief van 7 september 2015 aangevoerd dat de situatie van hem anders is dan die van de anderen omdat hij – anders dan de anderen – geen aanspraak zou kunnen maken op de VEP-regeling. Omdat ten tijde van de comparitie onduidelijk was waarop werknemer 6 al dan niet aanspraak kan maken, is de zaak van werknemer 6 naar de rol verwezen zodat werknemer 6 UPO's over de jaren 2011 tot en met 2013 in het geding kan brengen. In afwachting van deze stukken zal iedere verdere beslissing worden aangehouden.

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 16-10-2015

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2015:8362

Zaaknummer: 3981377/ CV EXPL 15-1625

Rechters: J.M. Graat

Advocaten: D. Djulbic en E.J. Henrichs

Wetsartikelen: 7 Wgbl