

Nieuwsbrief AR Updates - Nummer 04, 2019

Nummer 4, 2019

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

INHOUDSOPGAVE

Hof van Justitie van de Europese Unie

Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2019:60 24-01-2019

Svb/Balandin c.s. Holiday on Ice BV

Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2019:43 22-01-2019

Cresco Investigation GmbH/Markus Achatzi

Hoge Raad

Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2019:80 25-01-2019

werknemer/Stichting Amsta

Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2019:106 25-01-2019

InvestInFuture Holding B.V./werknemer

Hof

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2019:179 22-01-2019

Holding B.V./werkneemster

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2019:142 22-01-2019

Bavilor Bonamat B.V./werkneemster

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2019:178 22-01-2019

Vennootschap/vakbond(en)

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2019:449 21-01-2019

werknemer/werkgever

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2019:447 18-01-2019

werknemer/NS Reizigers B.V.

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2019:72 15-01-2019

Neptunus B.V./werknemer

Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2019:21 15-01-2019

werknemer/Arrow Services B.V.

Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2018:3731 18-12-2018

werknemer/CMA CGM (Holland) B.V.

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2018:2090 12-06-2018

De ondernemingsraad van IWAL instituten voor dyslexie B.V. en de
ondernemingsraad van Luceratis/Lucratis

Rechtbank

Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2019:89 24-01-2019

Federatie Nederlandse Vakbeweging en CNV Vakmensen/Jumbo Distributiecentrum
B.V. en OTTO Workface B.V.

Rechtbank Zeeland-West-Brabant, ECLI:NL:RBZWB:2019:192 17-01-2019

werknemer/werkgever c.s.

Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2019:97 17-01-2019

werknemster/Essent

Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2019:98 17-01-2019

werknemster/werkgeefster

Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2019:257 15-01-2019

werknemer/Stichting Lumière Bassin

Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2019:210 11-01-2019

werkgeefster/werknemer

Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2019:211 11-01-2019

werknemer/werkgeefster

Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2019:104 02-01-2019

werknemster/werkgever

Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2018:9265 24-12-2018

werknemer/Aabo Trading Beverwijk B.V.

Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2018:9822 21-12-2018

werknemer/Stichting Stadgenoot

Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2018:5741 20-12-2018

werknemster/Stichting DrieGasthuizenGroep

Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2018:9023 18-12-2018

werknemer/Gemeente Amsterdam (B&D afdeling Werk & Re-integratie)

Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2018:6102 14-12-2018

werknemster/werkgever

Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2018:9363 13-12-2018

werknemer/Oger Fashion B.V.

Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2018:8841 11-12-2018

werknemer/werkgever c.s.

Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2018:15690 21-11-2018

werknemer/de Staat der Nederlanden (ministerie van Economische Zaken)

Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2017:10935 02-03-2017

werknemer/Koni B.V.

Centrale Raad van Beroep

Centrale Raad van Beroep, ECLI:NL:CRVB:2019:129 11-01-2019

Uitspraken zonder ECLI

Rechtbank Amsterdam 17-01-2019

werknemer/Lyppens Juweliers B.V.

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Annotatie

Eén platform, één rechtbank, twee uitkomsten

mr. dr. J.H. Bennaars

RECHTSPRAAK

InvestInFuture Holding B.V./werknemer

Zowel voor de beslissing over de datum van het herstel van de arbeidsovereenkomst als voor die over het treffen van voorzieningen gelden de gewone motiveringseisen.

Feiten

Tussen partijen is in 2012 een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd gesloten. Op 22 september 2016 is de werknemer in een bijzondere algemene vergadering van aandeelhouders van IIF Holding ontslag aangezegd als bestuurder. Dat ontslag is later die dag per e-mail bevestigd. De werknemer heeft zich niet bij zijn ontslag neergelegd. Voor het geval werknemer geen statutair bestuurder is van IIF Holding, heeft de kantonrechter (voorwaardelijk) de arbeidsovereenkomst per 1 april 2017 ontbonden. Voor het overige heeft de kantonrechter de zaak doorverwezen naar de sector handel (bestuurder). Tegen dit voorwaardelijk ontbindingsoordeel is werknemer met succes in hoger beroep gekomen. Bij beschikking van 21 november 2017 heeft het hof de arbeidsovereenkomst hersteld per heden. In cassatie klaagt werknemer dat het hof beter had moeten motiveren waarom niet met terugwerkende kracht werd hersteld, temeer nu ook geen voorziening voor de periode van onderbreking werd getroffen.

Oordeel

De Hoge Raad oordeelt als volgt.

Rechter had beter moeten motiveren over de datum van herstel en het treffen van voorzieningen

Wanneer de rechter in hoger beroep van oordeel is dat de kantonrechter de arbeidsovereenkomst ten onrechte heeft ontbonden, kan de rechter de werkgever veroordelen de arbeidsovereenkomst te herstellen of deze zelf herstellen indien dat is verzocht. De ontbinding zelf kan in hoger beroep niet ongedaan worden gemaakt. (Zie HR 25 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:80, r.o. 3.5.4 en 3.5.12.) In geval van een veroordeling tot herstel van de arbeidsovereenkomst bepaalt de rechter het tijdstip daarvan (art. 7:683 lid 4 BW in verbinding

met art. 7:682 lid 6 BW). Dit kan zijn de datum van ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter of een ander tijdstip in het verleden, maar ook een tijdstip in de toekomst. Bij het nemen van een beslissing hierover heeft de rechter vrijheid, binnen de grenzen van hetgeen de werknemer heeft verzocht. (Zie de hiervoor genoemde uitspraak ECLI:NL:HR:2019:80, r.o. 3.5.1.) De rechter kan in geval van een veroordeling tot herstel van de arbeidsovereenkomst voorzieningen treffen omtrent de rechtsgevolgen van de onderbreking van de arbeidsovereenkomst (art. 7:683 lid 4 BW in verbinding met art. 7:682 lid 6 BW). Ook bij de beslissing of, en zo ja welke, voorzieningen nodig zijn, heeft de rechter vrijheid (zie de hiervoor genoemde uitspraak ECLI:NL:HR:2019:80, r.o. 3.5.2 en HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3241 (Meriant), r.o. 3.3.2-3.3.3). Zowel voor de beslissing over de datum van het herstel van de arbeidsovereenkomst als voor die over het treffen van voorzieningen gelden de gewone motiveringseisen. In deze zaak heeft het hof onvoldoende inzichtelijk gemaakt waarom het de arbeidsovereenkomst niet met terugwerkende kracht hersteld heeft en het bovendien gerechtvaardigd is dat de werknemer over de periode tussen 1 april 2017 (de datum met ingang waarvan de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter is ontbonden) en 21 november 2017 (de datum waarop de arbeidsovereenkomst volgens het hof moet worden hersteld), én geen aanspraak kan maken op loon, én geen aanspraak kan maken op een andere voorziening. De door het hof genoemde grond dat de werknemer geen concrete datum voor het herstel heeft verzocht is daartoe onvoldoende.

[Red.: In deze zaak was ook en met succes een zogenoemde SIPOR-klacht gericht tegen de enkelvoudige comparitie en meervoudige afdoening van de zaak.]

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 25-01-2019

ECLI: ECLI:NL:HR:2019:106

Zaaknummer: 18/00718

Rechters: C.A. Streefkerk, G. Snijders, M.J. Kroeze, T.H. den Tanja-van Broek en C.E. du Perron

Advocaten: M.J. van Basten Batenburg, D. Rijpma en M.S. van der Keur

Wetsartikelen: 7:682 BW en 7:683 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Stichting Amsta

Transitievergoeding blijft verschuldigd, ook bij herstel van de arbeidsovereenkomst met terugwerkende kracht, tenzij de rechter een voorziening treft.

Feiten

(Cassatieberoep van AR 2018-0368) Werknemer (geboren 1959) is sinds 2008 in dienst van Amsta, laatstelijk in de functie van ‘medewerker begeleiding’. In een brief van 1 juli 2013 heeft Amsta aan de werknemer laten weten dat zij in toenemende mate ontevreden was over diens functioneren en dat zij genoodzaakt was een verbetertraject in te zetten. In de brief zijn verbeterdoelen geformuleerd, met de mededeling dat aan het eind van het traject de beoordeling op alle punten voldoende moet zijn. Nadien hebben zich diverse voorvallen voorgedaan, waarbij uiteindelijk vier collega-werknemers hebben aangegeven dat zij de cliënten niet toevertrouwden aan de werknemer. De kantonrechter heeft de arbeidsovereenkomst ontbonden met ingang van 1 januari 2017 wegens ongeschiktheid van de werknemer tot het verrichten van de bedongen arbeid (de d-grond). Aan de werknemer is een transitievergoeding toegekend van € 8.308 bruto. Het hof heeft de beschikking van de kantonrechter vernietigd en Amsta veroordeeld tot herstel van de arbeidsovereenkomst per 1 november 2017. Daarbij heeft het hof overwogen dat nu de arbeidsovereenkomst wordt hersteld, de grondslag voor de transitievergoeding is komen te ontvallen, zodat deze zal worden terugbetaald. Tegen dit oordeel keert werknemer zich in cassatie. Het enkele feit dat de arbeidsovereenkomst zal worden hersteld, brengt volgens het onderdeel niet mee dat de werknemer verplicht is de transitievergoeding terug te betalen.

Oordeel

De Hoge Raad oordeelt als volgt.

Herstel van de arbeidsovereenkomst

In geval van een veroordeling tot herstel van de arbeidsovereenkomst bepaalt de rechter het

tijdstip daarvan (art. 7:683 lid 4 BW in verbinding met art. 7:682 lid 6 BW). Dit kan zijn de datum van ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter of een ander tijdstip in het verleden, maar ook een tijdstip in de toekomst. Bij het nemen van een beslissing hierover heeft de rechter – binnen de grenzen van hetgeen de werknemer heeft verzocht – vrijheid. Zie Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 3, p. 119, en Kamerstukken I 2013/14, 33818, C, p. 114. Uit de parlementaire geschiedenis van de Wvz blijkt dat de wetgever bij de noodzaak tot het treffen van voorzieningen in de zin van artikel 7:682 lid 6 BW met name heeft gedacht aan de situatie dat de arbeidsovereenkomst wordt hersteld op een later tijdstip dan de datum waarop de arbeidsovereenkomst is ontbonden (zie onder meer Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 3, p. 118-119, Kamerstukken I 2013/14, 33818, C, p. 110-111 en 114, en Kamerstukken I 2013/14, 33818, E, p. 17). De werknemer kan echter ook nadelige gevolgen ondervinden van een onderbreking van de arbeidsovereenkomst wanneer deze wordt hersteld met ingang van de ontbindingsdatum. Daarom moet worden aangenomen dat ook in die situatie het treffen van voorzieningen als bedoeld in artikel 7:682 lid 6 BW mogelijk is.

Transitievergoeding blijft verschuldigd, ook bij herstel met terugwerkende kracht, tenzij de rechter een voorziening treft

Indien de kantonrechter de opzegging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever vernietigt, is de arbeidsovereenkomst rechtens nooit geëindigd, zodat aan een betaling van de transitievergoeding de rechtsgrond komt te ontvallen. In die situatie moet een uitgekeerde transitievergoeding dus door de werknemer uit hoofde van onverschuldigde betaling worden terugbetaald. Bij herstel van de arbeidsovereenkomst ligt dit anders. Wanneer de rechter in hoger beroep van oordeel is dat de kantonrechter de arbeidsovereenkomst ten onrechte heeft ontbonden, kan de rechter de werkgever veroordelen de arbeidsovereenkomst te herstellen. De ontbinding zelf kan in hoger beroep niet ongedaan worden gemaakt. Dat betekent dat, anders dan bij vernietiging van de opzegging, de rechtsgrond niet aan betaling van de transitievergoeding komt te ontvallen. Van een verplichting van de werknemer tot terugbetaling van de transitievergoeding is daarom pas sprake als hij hiertoe door de rechter wordt veroordeeld.

Een veroordeling van de werknemer tot terugbetaling van de transitievergoeding moet worden aangemerkt als een voorziening omtrent de rechtsgevolgen van de onderbreking van de arbeidsovereenkomst als bedoeld in artikel 7:682 lid 6 BW. De vraag of, en zo ja, in hoeverre deze voorziening moet worden getroffen, dient te worden beantwoord in samenhang met eventuele andere te treffen voorzieningen, bijvoorbeeld die met betrekking tot compensatie voor inkomensschade of pensioenschade. Het geheel van voorzieningen als bedoeld in artikel 7:682 lid 6 BW heeft tot doel dat de werknemer wordt gecompenseerd voor het nadeel veroorzaakt door de onderbreking van de arbeidsovereenkomst. Ook de vraag of, en zo ja, in

hoeverre de transitievergoeding moet worden terugbetaald, moet tegen deze achtergrond worden beantwoord.

Onderbreking van meer dan zes maanden?

Indien de rechter aanleiding ziet het tijdstip van het herstel te bepalen op meer dan zes maanden na de ontbindingsdatum, kan hij het hiervoor in 3.5.7 bedoelde nadeel wegnemen door te bepalen dat de ontbonden arbeidsovereenkomst meetelt bij de berekening van de transitievergoeding na beëindiging van de herstelde arbeidsovereenkomst (zie ook de conclusie van de advocaat-generaal onder 3.65-3.69). Ook hier gaat het om een voorziening omtrent de rechtsgevolgen van de onderbreking van de arbeidsovereenkomst als bedoeld in artikel 7:682 lid 6 BW. Deze voorziening kan slechts worden getroffen in combinatie met een veroordeling van de werknemer tot terugbetaling van de door de werkgever betaalde transitievergoeding. Indien de rechter de arbeidsovereenkomst herstelt op een later tijdstip dan de ontbindingsdatum, kan hij bij wege van voorziening bepalen dat (ook) de periode tussen de ontbindingsdatum en het herstel van die arbeidsovereenkomst meetelt bij de berekening van de transitievergoeding in geval van beëindiging van de herstelde arbeidsovereenkomst. Ook deze voorziening kan slechts worden getroffen in combinatie met een veroordeling van de werknemer tot terugbetaling van de door de werkgever betaalde transitievergoeding.

Processueel

De formulering van HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2998 (Mediant), r.o. 3.12.2 en 3.13.1, en HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:571 (Vlisco), r.o. 3.6.3 heeft onzekerheid doen ontstaan over het antwoord op de vraag of de rechter de werkgever veroordeelt de arbeidsovereenkomst te herstellen dan wel de rechter zelf de arbeidsovereenkomst herstelt (zie de conclusie van de advocaat-generaal onder 3.27-3.30). Hierover wordt het volgende overwogen. Uit de tekst van de wettelijke bepalingen over herstel van een arbeidsovereenkomst (zie art. 7:682 BW en art. 7:683 BW) volgt dat de rechter de werkgever veroordeelt om de arbeidsovereenkomst te herstellen. Blijkens de in de conclusie van de advocaat-generaal onder 3.22-3.25 weergegeven passages uit de parlementaire geschiedenis van de Wwz, is dit overeenkomstig de bedoeling van de wetgever. Uit de parlementaire geschiedenis van de Wwz blijkt echter niet waarom de mogelijkheid van herstel door de rechter uitgesloten zou moeten worden. Herstel door de rechter heeft in elk geval als voordeel dat direct in de procedure, en onder rechterlijk toezicht, komt vast te staan in welke vorm en met ingang van welk tijdstip de arbeidsovereenkomst is of wordt hersteld. Daarmee kan tevens worden gewaarborgd dat het herstel aansluit bij de door de rechter getroffen voorzieningen. Mede gelet op het algemeen geldende artikel 3:300 BW moet dan ook worden

geoordeeld dat het stelsel van de Wwz zich niet ertegen verzet dat de rechter zelf de arbeidsovereenkomst herstelt indien hierom is verzocht. Ook de aard van de te verrichten rechtshandeling verzet zich hiertegen niet. Indien in het dictum van een uitspraak de arbeidsovereenkomst wordt hersteld, wordt daardoor met ingang van de hersteldatum een arbeidsovereenkomst van kracht waarvan – tenzij de rechter anders bepaalt – de inhoud gelijk is aan die van de opgezegde of ontbonden arbeidsovereenkomst.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 25-01-2019

ECLI: ECLI:NL:HR:2019:80

Zaaknummer: 18/00255

Rechters: E.J. Numann, A.H.T. Heisterkamp, M.V. Polak, H.M. Wattendorff en C.H. Sieburgh

Wetsartikelen: 7:683 BW en 7:673 BW

RECHTSPRAAK

Svb/Balandin c.s. Holiday on Ice BV

Derdelanders die in een lidstaat verblijven, hebben recht op een A1-verklaring. Duur van aanwezigheid noch centrum van hun belangen doorslaggevend voor legaal verblijf. Legaal verblijf niet gelijk aan woonplaats.

Feiten

Balandin en Lukachenko zijn derdelanders die zijn tewerkgesteld door Holiday On Ice (HOI), een onderneming die statutair in Amsterdam (Nederland) is gevestigd en kantoor houdt in Utrecht (Nederland). Zij organiseert elk jaar van oktober tot mei ijsshow's in verschillende landen, onder andere in bepaalde lidstaten. Alle werknemers van HOI bevinden zich gedurende enkele weken in Nederland om ter voorbereiding op de shows te trainen. Een deel van de schaatsers verzorgt daarna een aantal optredens in Nederland, terwijl het overige deel shows verzorgt in andere lidstaten, onder andere in Frankrijk en Duitsland. De derdelanders verblijven tijdens de periode van trainen en – eventueel – optredens allemaal legaal in Nederland, waar hun, voor zover noodzakelijk, een werkvergunning wordt afgegeven. Ook in de overige lidstaten waar optredens worden verzorgd, verblijven zij legaal op grond van een zogenoemd Schengenvisum. Sinds een groot aantal jaren heeft de Svb ten behoeve van de derdelanders die in dienst zijn bij HOI, A1-verklaringen afgegeven, waarin werd verklaard dat op hen de Nederlandse socialezekerheidswetgeving van toepassing was en dat ook de verplichte premiebetaling in Nederland plaatsvond. Vanaf het seizoen 2015/2016 heeft de Svb echter geweigerd dergelijke verklaringen af te geven, met het argument dat die over de jaren daarvoor ten onrechte waren afgegeven. De Svb heeft de betreffende aanvragen van HOI dan ook afgewezen. Het is volgens de verwijzende rechter onweersproken dat Balandin en Lukachenko niet permanent in Nederland of in een andere lidstaat woonden, maar tijdelijk binnen de Unie verbleven en werkten in de zin van artikel 1 sub k van Verordening (EG) nr. 883/2004. Dientengevolge is onduidelijk of alleen derdelanders die feitelijk in de betrokken lidstaat wonen, zoals bedoeld in artikel 1 sub j van Verordening (EG) nr. 883/2004, zich op artikel 1 van Verordening (EU) nr. 1231/2010 kunnen beroepen, dan wel of ook derdelanders die zich in de situatie van Balandin en Lukachenko bevinden, dat kunnen.

Oordeel

Het Hof van Justitie EU oordeelt als volgt.

Derlanders die in een lidstaat verblijven, vallen onder Verordening (EG) nr. 883/2004. Duur van aanwezigheid noch centrum van hun belangen doorslaggevend voor legaal verblijf

Met zijn vraag wenst de verwijzende rechter in essentie te vernemen of artikel 1 van Verordening (EU) nr. 1231/2010 aldus moet worden uitgelegd dat onderdanen van derdelanden als die welke in het hoofdgeding aan de orde zijn, die in dienst van een in een lidstaat gevestigde werkgever tijdelijk in verschillende lidstaten verblijven en werken, zich op de coördinatieregels die zijn vervat in de Verordeningen (EG) nr. 883/2004 en nr. 987/2009, kunnen beroepen voor de vaststelling van de op hen toepasselijke socialezekerheidswetgeving. Zoals blijkt uit overweging 11 van Verordening (EU) nr. 1231/2010 komt in dit verband in het begrip 'legaal verblijf' in de zin van deze verordening tot uiting dat de Uniewetgever ervoor heeft gekozen om aan de uitbreiding van de personele werkingssfeer van de Verordeningen (EG) nr. 883/2004 en nr. 987/2009 tot derdelanders de voorafgaande voorwaarde te verbinden dat zij zich regulier op het grondgebied van de betrokken lidstaat ophouden. Dat begrip onderscheidt zich dus van het begrip 'woonplaats' in de zin van artikel 1 sub j van Verordening (EG) nr. 883/2004. Deze vaststelling volgt ook uit overweging 10 van Verordening (EU) nr. 1231/2010, waarin is vermeld dat de toepassing van de Verordeningen (EG) nr. 883/2004 en nr. 987/2009 op deze onderdanen ten eerste de betrokkenen geen recht mag verlenen op toegang tot, verblijf in of vestiging in een lidstaat, noch op toegang tot de arbeidsmarkt in een lidstaat, en ten tweede geen afbreuk mag doen aan het recht van de lidstaten om een vergunning voor toegang tot dan wel verblijf, vestiging of arbeid in de betrokken lidstaat te weigeren, in te trekken of niet te verlengen overeenkomstig het Unierecht. De keuze van een criterium dat gebaseerd is op de juridische voorwaarden waaronder derdelanders op het grondgebied van een lidstaat aanwezig zijn, wordt bevestigd door de totstandkomingsgeschiedenis van Verordening (EU) nr. 1231/2010. Uit bladzijde 6 van de toelichting bij het voorstel voor een verordening tot uitbreiding van de bepalingen van Verordening (EG) nr. 883/2004 en Verordening (EG) nr. 987/2009 tot de onderdanen van derde landen die enkel door hun nationaliteit nog niet onder deze bepalingen vallen [COM(2007) 439 definitief], blijkt namelijk dat dergelijke onderdanen legaal op het grondgebied van een lidstaat dienen te verblijven, met andere woorden dat zij een tijdelijk of permanent verblijfsrecht dienen te bezitten. In deze toelichting wordt ook verduidelijkt dat de onderdaan van een derde land niet noodzakelijk aan de verblijfsvoorwaarde dient te voldoen om zich in een tweede lidstaat te kunnen beroepen op de aan Verordening (EG) nr. 883/2004 ontleende rechten, maar hij zich gewoon kan verplaatsen, mits zijn aanwezigheid op het grondgebied van die tweede staat in overeenstemming is met de wetgeving inzake de toegang

tot en het verblijf in die lidstaat.

Bijgevolg is noch de duur van de aanwezigheid van die derdelanders op het grondgebied van een lidstaat noch het feit dat zij het gewone centrum van hun belangen in een derde land behouden, als zodanig van doorslaggevende betekenis voor de vaststelling of zij 'legaal op het grondgebied van een lidstaat verblijven' in de zin van artikel 1 van Verordening (EU) nr. 1231/2010. Hieruit volgt dat derdelanders in een situatie als die van de personen die in het hoofdgeding aan de orde zijn, het voordeel van de toepassing van de coördinatieregels in de Verordeningen (EG) nr. 883/2004 en nr. 987/2009 voor de vaststelling van de op hen toepasselijke socialezekerheidswetgeving genieten. In dit verband dient eraan te worden herinnerd dat artikel 13 van Verordening (EG) nr. 883/2004 onder meer aanknopingscriteria bevat die van toepassing zijn op personen die in twee of meer lidstaten werkzaamheden in loondienst verrichten. Het staat aan de verwijzende rechter om na te gaan of een van deze aanknopingscriteria op de in het hoofdgeding betrokken personen kan worden toegepast, teneinde te bepalen of de Nederlandse socialezekerheidswetgeving op hen van toepassing is. Indien dat het geval zou zijn, bevestigt het bevoegde orgaan van de lidstaat waarvan de wetgeving van toepassing wordt, door afgifte van een A1-verklaring dat deze wetgeving toepasselijk is en vermeldt het eventueel tot welke datum en onder welke voorwaarden, overeenkomstig artikel 19 lid 2 van Verordening (EG) nr. 987/2009.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 24-01-2019

ECLI: ECLI:EU:C:2019:60

Zaaknummer: C-477/17

Rechters: J.C. J-C Bonichot, R. de Silva Lapuerta, E. Regan, S. Rodin en C.G. Fernlund

Wetsartikelen: Verordening (EU) nr. 1231/2010

RECHTSPRAAK

Bavilor Bonamat B.V./werkneemster

Nu de arbeidsplaats was vervallen had werkgever er zwaarwegend belang bij om werkneemster niet tot haar werkzaamheden toe te laten.

Feiten

Werkneemster is op 4 september 2000 bij Bravilor in dienst getreden. Bravilor heeft op 3 februari 2017 toestemming gevraagd aan het UWV om de arbeidsovereenkomst van werkneemster op grond van bedrijfseconomische omstandigheden op te zeggen. Het UWV heeft dit verzoek geweigerd. Op 13 februari 2017 heeft Bravilor het UWV verzocht om toestemming om de arbeidsovereenkomst op te zeggen, wegens het vervallen van de functie van werkneemster. Dit verzoek is toegewezen. Met ingang van 1 juli 2018 heeft Bravilor de arbeidsovereenkomst opgezegd. Bravilor heeft bij de kantonrechter verzocht de arbeidsovereenkomst te ontbinden wegens een verstoorde arbeidsverhouding. Het verzoek is afgewezen. De kantonrechter heeft geoordeeld dat werkneemster moet worden toegelaten tot haar werkzaamheden.

Oordeel

Bravilor komt op tegen het oordeel van de kantonrechter om werkneemster toe te laten tot het verrichten van overeengekomen werkzaamheden. Zij meent dat de kantonrechter ten onrechte heeft overwogen dat Bravilor geen zwaarwegende omstandigheden had om werkneemster niet tot het werk toe te laten. De functie van werkneemster is immers komen te vervallen. Daarnaast heeft werkneemster geen belang, nu zij werd doorbetaald. Deze grief slaagt. Nu vast is komen te staan dat de functie van werkneemster is komen te vervallen, heeft Bravilor een zwaarwegend belang om werkneemster niet tot haar werkzaamheden toe te laten. Overigens volgt uit de beschikking van de kantonrechter reeds dat ook de kantonrechter van oordeel was dat werkneemster niet tot haar werkzaamheden behoefde te worden toegelaten indien vast kwam te staan dat de arbeidsplaats was komen te vervallen.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 22-01-2019

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2019:142

Zaaknummer: 200.238.067/01

Rechters: A.M.A. Verscheure, M.L.D. Akkaya en I.A. Haanappel-van der Burg

Advocaten: R.A.A. Kool

RECHTSPRAAK

Vennootschap/vakbond(en)

Werkgever mocht jubileumuitkeringen niet eenzijdig afschaffen. Niet voldaan aan de vereisten uit Stoof/Mammoet.

Feiten

Werkgever is in 2006 verzelfstandigd en afgesplitst van [onderneming]. Werkgever heeft om deze reden met de bonden afspraken gemaakt over de arbeidsvoorwaarden die bij werkgever zouden gaan gelden. De afspraken werden als bijlage bij de afgesloten cao's gevoegd. In de cao is een Regeling arbeidsvoorwaarden (RAV) opgenomen, onder andere met betrekking tot dienstjubilea. Eenzijdig heeft werkgever het recht op jubileumuitkeringen geschrapt. Voor het overige heeft zij de RAV in stand gelaten. De bonden hebben in eerste aanleg een verklaring voor recht gevorderd dat de eenzijdige wijziging niet rechtmatig was. In eerste aanleg heeft de kantonrechter geoordeeld dat de bonden bevoegd zijn om de vorderingen in te stellen op grond van artikel 3:305a BW en heeft hij de vordering toegekend. Werkgever komt op tegen dit oordeel en vordert vernietiging van het vonnis en tot het alsnog niet-ontvankelijk verklaren van de bonden.

Oordeel

De eerste grief richt zich tegen het oordeel dat de bonden bevoegd zijn tot het instellen van de vorderingen. Het hof verwerpt deze grief. De belangen van de werknemers bij behoud van de jubileumuitkering lenen zich voor bundeling. Het is wenselijk dat in één geding wordt beslist, zodat daarvoor geen vele zaken tussen individuele werknemers en werkgever nodig zijn. De grieven van werkgever gericht tegen het oordeel van de kantonrechter dat werkgever niet als goed werkgever handelde door de jubileumregeling af te schaffen falen ook. Uitgangspunt is dat in de arbeidsvoorwaarden bij werkgever geen eenzijdig wijzigingsbeding is opgenomen, zodat de beoordelingsmaatstaf wordt ontleend aan de dubbele redelijkheidstoets van de Hoge Raad in Stoof/Mammoet. Het hof oordeelt dat het voorstel van werkgever niet redelijk is. Dat er een overgangsregeling is overeengekomen doet daar niet aan af. Er is geen logisch verband gebleken tussen het instellen van het employability budget en het afschaffen van de jubileumuitkering. Werkgever heeft niet aannemelijk gemaakt dat het afschaffen van de

jubileumuitkering nodig is met het oog op de modernisering van zijn personeelsbeleid. Het vonnis van de kantonrechter wordt bekrachtigd.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 22-01-2019

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2019:178

Zaaknummer: 200.215.193_01

Rechters: H.E. HAE Uniken Venema, C.E.L.M. der Smeenk-van Weijden en R.J. Voorink

Advocaten: M.B. Kerkhof, R.A. Uhlenbusch en R.A. Severijn

Wetsartikelen: 3:305a BW en 347 Rv

RECHTSPRAAK

Cresco Investigation GmbH/Markus Achatzi

Goede Vrijdag-toeslag enkel voor ARG-kerkleden is een vorm van directe discriminatie op grond van religie. Direct horizontale werking tussen particulieren. Werkgever moet toeslag ook aan niet-ARG-leden betalen.

Feiten

Overeenkomstig § 7 lid 3 ARG is Goede Vrijdag voor leden van de evangelische kerken Augsburger Bekenntnis en Helvetisches Bekenntnis, de Oud-Katholieke Kerk en de Evangelisch-Methodistische Kerk (hierna: 'in het ARG genoemde kerken') een betaalde feestdag met een rustperiode van 24 uur. Wanneer een lid van een van deze kerken op deze dag desalniettemin arbeid verricht, heeft hij recht op een extra vergoeding voor deze feestdag (hierna: 'toeslag'). Achatzi is werkzaam bij Cresco, een detectivebureau, en is geen lid van een van de in het ARG genoemde kerken. Hij is van oordeel dat de toeslag hem op discriminerende wijze werd ontzegd voor de door hem op 3 april 2015, Goede Vrijdag, verrichte arbeid en verlangt daarom van zijn werkgever betaling van € 109,09, vermeerderd met rente.

Oordeel

Het Hof van Justitie EU oordeelt als volgt.

Directe discriminatie op grond van religie

Zoals blijkt uit het dossier waarover het Hof beschikt, hangt de toekenning van de toeslag aan een werknemer die lid is van een van de genoemde kerken en die moet werken op Goede Vrijdag, uitsluitend af van de vraag of die werknemer formeel lid is van een van deze kerken. Die werknemer heeft dus recht op toeslag, ook al heeft hij op Goede Vrijdag gewerkt zonder de verplichting of behoefte te hebben gehad om dit religieuze feest te vieren. Zijn situatie is dan ook niet verschillend van andere werknemers die gewerkt hebben op Goede vrijdag zonder dat zij toeslag krijgen. Hieruit volgt dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde

ationale wettelijke regeling ertoe leidt dat vergelijkbare situaties op grond van godsdienst verschillend worden behandeld. Er is derhalve sprake van directe discriminatie op grond van godsdienst in de zin van artikel 2 lid 2 sub a van Richtlijn 2000/78/EG.

Horizontale werking en recht op toeslag

Het verbod van discriminatie op grond van godsdienst of overtuiging heeft, als algemeen beginsel van Unierecht, een dwingend karakter. Dit verbod, neergelegd in artikel 21 lid 1 van het Handvest, volstaat op zich om aan particulieren een recht te verlenen dat deze als zodanig kunnen doen gelden in een geding tussen hen op een gebied dat onder het Unierecht valt (HvJ EU 17 april 2018, Egenberger, C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257, r.o. 76). Uit vaste rechtspraak van het Hof volgt dat wanneer een met het recht van de Unie strijdige discriminatie is vastgesteld, de eerbiediging van het gelijkheidsbeginsel, zolang geen maatregelen zijn genomen om de gelijke behandeling te herstellen, alleen kan worden verzekerd door de leden van de benadeelde groep de voordelen toe te kennen die de leden van de bevoordeelde groep genieten. De benadeelde personen moeten dus in dezelfde situatie worden gebracht als de personen die het betrokken voordeel genieten (HvJ EU 9 maart 2017, Milkova, C-406/15, ECLI:EU:C:2017:198, r.o. 66 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Op basis van voorgaande overwegingen dient op de vierde vraag te worden geantwoord dat artikel 21 van het Handvest aldus moet worden uitgelegd dat, zolang de betrokken lidstaat zijn wettelijke regeling op grond waarvan alleen aan werknemers die lid zijn van bepaalde christelijke kerken een feestdag wordt toegekend op Goede Vrijdag, niet heeft aangepast om de gelijke behandeling te herstellen, een particuliere werkgever voor wie die wettelijke regeling geldt, verplicht is om ook aan zijn andere werknemers het recht op een vrije dag op Goede Vrijdag toe te kennen, mits deze andere werknemers vooraf om toestemming van die werkgever hebben gevraagd om die dag niet te hoeven werken, en dus ook verplicht is om aan deze werknemers het recht op toeslag toe te kennen wanneer hij geen toestemming voor een vrije dag heeft verleend.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 22-01-2019

ECLI: ECLI:EU:C:2019:43

Zaaknummer: C-193/17

Rechters: K. Lenaerts, R. de Silva Lapuerta, J.C. J-C Bonichot, A. Arabadjiev, A. Prechal, C. Toader, C. Lycourgos, A. Rosas, M. Ilešič, M. Safjan, D. Šváby, C. Vajda en S. Rodin

Wetsartikelen: 21 Handvest Grondrechten EU, Richtlijn 2000/78/EG en AWGB

RECHTSPRAAK

werknemer/Arrow Services B.V.

Uitzendkracht maakt ook in avv-loze periode aanspraak op loon en vergoedingen zoals die worden toegekend aan werknemers in een gelijke of vergelijkbare functie van de inlener. Werkgever mag worden verondersteld bekend te zijn met de cao voor de vleessector, nu hij zich uitsluitend met deze branche bezighoudt. Sprake van opzet dan wel kennelijk misbruik.

Feiten

Arrow stelt uitzendkrachten ter beschikking aan derden in de vleesverwerkende industrie. Werknemer is op 17 juni 2014 voor de duur van 26 weken als uitzendkracht in dienst getreden bij Arrow. De overeenkomst is vervolgens tweemaal verlengd, eerst voor een periode van 104 weken en vervolgens voor een periode van 12 maanden. Op de arbeidsovereenkomst(en) was de NBBU-cao van toepassing. De laatste arbeidsovereenkomst (tot 17 juni 2017) is niet voortgezet. In de periode van 11 november 2014 tot 1 november 2017 was de cao voor de Vleessector algemeen verbindend verklaard. Werknemer vordert in eerste aanleg onder meer de aanzegvergoeding, de transitievergoeding, de eindejaarsuitkering en te weinig betaald loon en toeslag. In eerste aanleg heeft de kantonrechter de transitievergoeding, de eindejaarsuitkering en het loon en toeslagen toegekend. De werknemer komt op tegen de afwijzing van de overige vorderingen en verzoekt alsnog volledige toewijzing.

Oordeel

Werknemer meent dat hij op basis van de NBBU-cao aanspraak maakt op het loon volgens de cao voor de Vleessector. Het hof stelt vast dat werknemer valt onder de cao voor de Vleessector op het moment dat deze algemeen verbindend is verklaard. Werknemer heeft echter ook op het moment dat de cao voor de vleessector niet algemeen verbindend was verklaard recht op hetzelfde loon en vergoedingen als die welke worden toegekend aan werknemers in een gelijke of vergelijkbare functie van de inlener. Voorstaande komt erop neer dat werknemer ook tijdens de periode dat de cao niet algemeen verbindend was, aanspraak

maakt op het loon en toeslagen conform de cao. De eindejaarsuitkering valt hier niet onder. Werknemer maakt slechts in de jaren dat de cao algemeen verbindend was verklaard aanspraak op de eindejaarsuitkering. Het beroep van Arrow dat zij stelt dat zij de toepassing van de inlenersbeloning heeft gebaseerd op de informatie als verstrekt door de inlener en er geen sprake was van opzet dan wel kennelijk misbruik en om deze reden toepassing van de inlenersbeloning niet met terugwerkende kracht kan worden toegepast, wordt door het hof verworpen. Volgens het hof is sprake van opzet dan wel van kennelijk misbruik, nu mag worden verondersteld dat Arrow bekend is met de cao voor de vleessector. Arrow houdt zich immers (nagenoeg) uitsluitend bezig met het uitzenden van werknemer in de vleeswerkende industrie. Ten aanzien van de aanzegvergoeding overweegt het hof dat direct aan het begin van de arbeidsovereenkomst kenbaar mag worden gemaakt dat de arbeidsovereenkomst niet zal worden voortgezet. Nu hieromtrent in de uitzendovereenkomst een bepaling was opgenomen, heeft Arrow voldaan aan haar aanzegplichting.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 15-01-2019

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2019:21

Zaaknummer: 200.235.507

Rechters: M.J. van der Ven, S.R. Mellema en I. Zaal

Advocaten: D. Vanicková en A.P.H. Spoor

Wetsartikelen: 8 WAADI en 7:688 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgeefster

Opzegging tijdens de proeftijd niet rechtsgeldig, nu werknemer voorafgaand aan de indiensttreding bij werkgeefster in dezelfde functie werkzaam is geweest op basis van een uitzendovereenkomst, zodat het overeengekomen proeftijdbeding nietig is.

Feiten

Werknemer is in de periode van 6 december 2017 tot en met 31 augustus 2018 via een uitzendovereenkomst voor werkgeefster werkzaam geweest in de functie van grondwerker. Met ingang van 3 september 2018 is werknemer voor onbepaalde tijd in dienst getreden van werkgeefster in dezelfde functie. Er is een proeftijd overeengekomen van twee maanden. Op 22 oktober 2018 heeft werkgeefster de arbeidsovereenkomst per direct opgezegd. Werknemer verzoekt thans vernietiging van de opzegging en wedertewerkstelling. Hij legt aan zijn vordering ten grondslag dat het overeengekomen proeftijdbeding in de arbeidsovereenkomst nietig is en de opzegging niet rechtsgeldig.

Oordeel

Het standpunt van werknemer ten aanzien van de nietigheid van de proeftijd is naar het oordeel van de kantonrechter juist. Vast staat immers dat werknemer voorafgaand aan de indiensttreding bij werkgeefster werkzaam is geweest op basis van een uitzendovereenkomst in dezelfde functie, namelijk als grondwerker. Het enkele feit dat bij indiensttreding is overeengekomen dat hij gedurende het dienstverband zijn rijbewijs CE zou gaan behalen, is onvoldoende om te oordelen dat sprake is van een andere vaardigheid, die een proeftijd kan rechtvaardigen. Op grond van het bepaalde in artikel 7:652 lid 8 aanhef en sub e BW is de overeengekomen proeftijd nietig. Werkgeefster heeft dan ook niet rechtsgeldig opgezegd tijdens de proeftijd. Werkgeefster heeft ter zitting nog aangevoerd dat zij werknemer op staande voet heeft ontslagen, om de redenen die in de bevestigingsbrief van 23 oktober 2018 zijn opgesomd. Die brief is volgens werkgeefster weliswaar onzorgvuldig geformuleerd, omdat daarin wordt gesproken over een opzegging tijdens de proeftijd, maar het moet werknemer uit een eerder telefoongesprek duidelijk zijn geweest dat hij op staande voet is ontslagen, aldus

werkgeefster. De kantonrechter gaat hier niet in mee. Dat in de ontslagbrief aan werknemer een aantal verwijten wordt gemaakt als reden voor het gegeven ontslag, betekent op zich nog niet dat sprake is van een ontslag op staande voet. Ook een opzegging tijdens de proeftijd moet namelijk worden gemotiveerd (art. 7:676 BW). Werknemer heeft het ontslag naar het oordeel van de kantonrechter in de gegeven omstandigheden niet anders kunnen of hoeven opvatten dan als een ontslag tijdens de proeftijd. In rechte is dan ook niet komen vast te staan dat werkgeefster de arbeidsovereenkomst met werknemer onverwijld heeft opgezegd wegens een dringende reden. Geconcludeerd wordt dat de arbeidsovereenkomst doorloopt na 22 oktober 2018. Werknemer heeft zich beschikbaar gehouden voor het verrichten van werkzaamheden. Werknemer heeft dan ook recht op doorbetaling van loon. De kantonrechter vernietigt de opzegging van 22 oktober 2018 en veroordeelt werkgeefster om werknemer tot de werkplek toe te laten alsmede tot doorbetaling van loon.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 11-01-2019

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2019:211

Zaaknummer: 7331583 AE VERZ 18-111

Rechters: J.J.M. De Laat

Advocaten: C.J. Tijman en A. Heijink

Wetsartikelen: 7:652 BW en 7:676 BW

RECHTSPRAAK

werkgeefster/werknemer

Werkgeefster kan zich niet meer op relatiebeding en geheimhoudingsbeding in de arbeidsovereenkomst beroepen, nu deze zijn komen te vervallen door de in de beëindigingsovereenkomst opgenomen finale kwijting.

Feiten

Werknemer en werkgeefster hebben met ingang van 17 mei 2017 een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd gesloten. In de arbeidsovereenkomst zijn een geheimhoudingsbeding, een relatiebeding en een boetebeding opgenomen. Partijen hebben op 15 mei 2018 een vaststellingsovereenkomst gesloten waarin zij elkaar over en weer finale kwijting hebben verleend. Met ingang van 1 juli 2018 is werknemer in dienst getreden van X B.V. Werkgeefster vordert veroordeling van werknemer om zijn werkzaamheden voor X B.V. te staken en zijn contacten met de klanten van werkgeefster te verbreken, met een beroep op het relatie- en geheimhoudingsbeding.

Oordeel

In de vaststellingsovereenkomst, zo voert werknemer als meest verstrekkend verweer tegen de vordering van werkgeefster aan, komen het geheimhoudingsbeding en het relatiebeding te vervallen. Werkgeefster heeft zich daarentegen op het standpunt gesteld dat het geenszins de bedoeling is geweest om door middel van het ondertekenen van de vaststellingsovereenkomst de werking aan het relatiebeding en het geheimhoudingsbeding te ontnemen. Werkgeefster heeft ter onderbouwing van haar standpunt een beroep gedaan op de jurisprudentie aangehaald in het artikel van Rosendahl en Theunissen ('Het concurrentiebeding in de beëindigingsovereenkomst', Arbeidsrecht 2017/22), waaronder het arrest van het Gerechtshof Amsterdam van 28 april 2009, (RAR 2009, 134). Het zich voordoende geval van de uitspraak van het hof in Amsterdam heeft voor het onderhavige geval echter geen betekenis, omdat het niet zo is dat het geheimhoudingsbeding wel in de beëindigingsovereenkomst was herhaald en het concurrentiebeding niet. Ook het commentaar van Rosendahl en Theunissen bij de uitspraak van de kantonrechter in Leeuwarden (Kantonrechter Leeuwarden, 10 oktober 2012,

ECLI:NL:RBL EE:2012:BX9971), dat de bedingen niet onder de finale kwijting zouden moeten vallen omdat de postcontractuele bedingen juist zien op de periode na het eindigen van de arbeidsovereenkomst, kan de voorzieningenrechter niet overtuigen. Integendeel, juist omdat deze bedingen zouden kunnen gelden in de periode na het einde van de arbeidsovereenkomst, zouden de bedingen expliciet door de werkgever tijdens de onderhandelingen en de redactie van de beëindigingsovereenkomst aan de orde moeten worden gebracht. Wanneer dat niet gebeurt, er vervolgens over geen van in de arbeidsovereenkomst voorkomende postcontractuele bedingen een afspraak wordt gemaakt in de beëindigingsovereenkomst en er een finale kwijting wordt opgenomen met de tekst dat niet alleen voor wat betreft de beëindiging maar ook voor wat betreft de inhoud van de arbeidsovereenkomst niets meer tussen partijen zal gelden, zal, tenzij er een uitdrukkelijke andere intentie aan ten grondslag ligt, moeten worden geconcludeerd dat ook de bedingen onder de finale kwijting vallen. Daar komt nog bij dat in het onderhavige geval wel allerlei details aan de orde zijn gekomen, zoals de teruggave van de bedrijfsfiets en negatieve uitlatingen na einde dienstverband. Dit betekent naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter dat ten gevolge van het sluiten van de vaststellingsovereenkomst op 15 mei 2018 het geheimhoudingsbeding en het relatiebeding zijn vervallen en dat werkgeefster op die bedingen geen beroep meer kan doen.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 11-01-2019

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2019:210

Zaaknummer: C/16/472191 / KG ZA 18-782

Rechters: J.J.M. De Laat

Advocaten: A.J.P. van Beurden en B.M.W. Hunnekens

RECHTSPRAAK

werkneemster/werkgever

Opzegging van de arbeidsovereenkomst door werkneemster geeft blijk van een duidelijke en ondubbelzinnige op de beëindiging van de arbeidsovereenkomst gerichte verklaring.

Feiten

Werkneemster is op 25 april 2018 als teammanager afdeling decoraties bij werkgever in dienst getreden op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Op 28 mei 2018 heeft werkgever werkneemster schriftelijk bevestigd dat op 24 mei 2018 mondeling is besproken dat haar arbeidsovereenkomst met een beroep op de proeftijd wordt opgezegd. Bij e-mailbericht van diezelfde dag heeft werkneemster laten weten de arbeidsovereenkomst te beëindigen, omdat zij het niet meer zou kunnen opbrengen om voor werkgever te werken. Werkneemster vordert thans veroordeling van werkgever tot doorbetaling van loon totdat de arbeidsovereenkomst rechtsgeldig zal zijn geëindigd. Ter onderbouwing van die vordering stelt werkneemster dat het dienstverband tot 27 april 2019 voortduurt. Werkneemster betwist dat de arbeidsovereenkomst tijdens de proeftijd door werkgever is opgezegd. Zelfs als dat wel zo zou zijn, dan geldt dat partijen direct daarna dan wel de volgende dag stilzwijgend een nieuwe overeenkomst zijn aangegaan, in de uitvoering waarvan werkneemster tot 28 mei 2018 dagelijks heeft gewerkt, aldus werkneemster.

Oordeel

De beoordeling van de vraag of werkgever de arbeidsovereenkomst tijdens de proeftijd heeft opgezegd kan achterwege blijven omdat naar het oordeel van de kantonrechter voldoende is komen vast te staan dat werkneemster de arbeidsovereenkomst zelf heeft opgezegd. Volgens vaste jurisprudentie dient uit de verklaringen of gedragingen van de werknemer te blijken van een duidelijke en ondubbelzinnige op de beëindiging van de arbeidsovereenkomst gerichte verklaring (zie onder meer HR 28 mei 1982, NJ 1983, 2, HR 25 maart 1994, JAR 1994, 92 en HR 19 april 1996, JAR 1996, 116). Werkneemster heeft gesteld dat haar e-mail van 28 mei 2018 moet worden gezien als een gekrenkte en emotionele reactie op de e-mail van werkgever en niet als een ondubbelzinnige wilsverklaring gericht op beëindiging van het dienstverband. De

kantonrechter volgt haar daarin niet. In haar e-mailbericht stelt werkneemster dat zij al op 27 mei 2018 de arbeidsovereenkomst mondeling heeft beëindigd. Vervolgens heeft werkneemster in haar e-mail een duidelijke en gemotiveerde opsomming gegeven van de redenen waarom zij niet meer voor werkgever wil werken. Werkgever mocht er, gelet op deze schriftelijke onderbouwing, van uitgaan dat werkneemster haar mondelinge opzegging op 27 mei 2018 gestand wilde doen. In zijn brief van 1 juni 2018 heeft haar gemachtigde zich er weliswaar op beroepen dat er geen opzegging door werkgever tijdens de proeftijd heeft plaatsgevonden, maar hij stelt tegelijkertijd dat werkneemster het niet zou betreuren dat de wegen zouden scheiden. Ook gelet hierop kan niet anders worden geconcludeerd dan dat de wil van werkneemster er op 27 mei 2018 op was gericht de arbeidsovereenkomst met werkgever te beëindigen. Het bovenstaande heeft tot gevolg dat de arbeidsovereenkomst tussen partijen is geëindigd op 27 mei 2018 en dat de vordering van werkneemster, voor zover deze betrekking heeft op loon na 27 mei 2018, wordt afgewezen.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 02-01-2019

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2019:104

Zaaknummer: 7137279 AC EXPL 18-2535

Rechters: J.J.M. De Laat

Advocaten: Ch.M. van Beuningen en R.L. van der Sanden

Wetsartikelen: 7:652 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Stichting Stadgenoot

Werkgever had situatie kunnen en moeten voorkomen en heeft door dat niet te doen ernstig verwijtbaar gehandeld. Kantonrechter kent billijke vergoeding toe en ziet geen aanleiding af te wijken van wat partijen billijk vinden en ter zitting hierover hebben afgesproken.

Feiten

Werknemer is sinds 1 mei 2001 in dienst van Stadgenoot, laatstelijk als directeur Klant en Woning. Stadgenoot verzoekt ontbinding van de arbeidsovereenkomst onder verwijzing naar artikel 7:668 lid 3 sub h althans sub g BW. De kern van de grondslag voor het ontbindingsverzoek is dat een goede communicatie tussen de statutair bestuurder van Stadgenoot en werknemer niet (meer) mogelijk is. Het ontbreken van het voor samenwerking op het hoogste niveau van de organisatie benodigde vertrouwen levert volgens Stadgenoot een grond voor ontbinding op, waarbij in ieder geval sprake is van een verstoorde arbeidsverhouding. Werknemer stelt zich op het standpunt dat hij altijd goede beoordelingen heeft gehad en ook goed heeft samengewerkt met de statutair bestuurder. Voor werknemer is niet duidelijk waar het plotselinge streven naar beëindiging van het dienstverband vandaan komt.

Oordeel

Partijen zijn het ter zitting eens geworden over de financiële afwikkeling – daaronder begrepen intrekking van de tegenverzoeken – en een ontbindingsdatum, voor het geval dat de kantonrechter de arbeidsovereenkomst ontbindt en van oordeel is dat een billijke vergoeding moet worden toegekend. Naar het oordeel van de kantonrechter is er van een voldragen h-grond geen sprake. Niet is gebleken dat voor eind 2017 tussen werknemer en de statutair bestuurder sprake was van onvoldoende communicatie of een verstoring van de verhoudingen. Eind 2017 ontstond tussen twee andere leden van het directieteam onenigheid. Uiteindelijk is een van die directieleden vertrokken. Als al juist is dat werknemer zijn teleurstelling heeft geuit over het feit dat hij niet is doorgeschoven naar de positie van het vertrokken directielid, dan is onvoldoende duidelijk gemaakt hoe dat heeft kunnen leiden tot

onoverbrugbare communicatieproblemen. Ook als werknemer en de statutair bestuurder verschillend dachten over hoe dit proces had moeten lopen, dan is dat nog geen verklaring voor de op 11 juli 2018 geuite wens van Stadgenoot om de arbeidsovereenkomst te beëindigen. Enkele incidenten die Stadgenoot dan nog noemt, leiden niet tot de conclusie dat toch sprake is van een voldragen h-grond. Om te beginnen is sprake van op zichzelf staande incidenten waarvan onvoldoende is uitgelegd hoe die zich verhouden tot de beweerdelijke communicatieproblemen tussen werknemer en de statutair bestuurder. Ten slotte blijkt onvoldoende dat getracht is de verhoudingen te herstellen.

Gelet op wat partijen – ook op zitting – naar voren hebben gebracht is de kantonrechter wel van oordeel dat de verhouding tussen partijen inmiddels zodanig is verstoord dat herstel – mede gezien de positie van werknemer – niet meer reëel is. De arbeidsovereenkomst zal dan ook worden ontbonden en wel per 1 april 2019. Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen had Stadgenoot die situatie echter kunnen en moeten voorkomen. Door dat niet te doen heeft zij ernstig verwijtbaar gehandeld, zodat een billijke vergoeding zal worden toegekend. Deze zal worden gesteld op € 175.000 bruto, nu de kantonrechter geen aanleiding ziet af te wijken van wat partijen billijk vinden.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 21-12-2018

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2018:9822

Zaaknummer: 7312469

Rechters: C.W. Inden

Advocaten: P.A. Charbon en S.M. Pieroelie

Wetsartikelen: 7:669 lid 3 sub h en sub g BW, 7:671b lid 1 BW en 7:673 lid 9 BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/Stichting DrieGasthuizenGroep

Werkgever die arbeidsovereenkomst (met een proeftijd van een maand) met werkneemster nog vóór de ingangsdatum opzegt, handelt in strijd met goed werkgeverschap en is een schadevergoeding ter hoogte van een maandsalaris verschuldigd.

Feiten

Werkneemster en Stichting DrieGasthuizenGroep (hierna: DGG) hebben een arbeidsovereenkomst voor de duur van één jaar met als ingangsdatum 1 september 2018 en met een proeftijd van één maand gesloten. DGG heeft nog vóór de ingangsdatum van de arbeidsovereenkomst de arbeidsovereenkomst opgezegd. In geschil is onder meer de vraag of DGG aan werkneemster een schadevergoeding verschuldigd is door de arbeidsovereenkomst voorafgaand aan de proeftijd op te zeggen.

Oordeel

Naar het oordeel van de kantonrechter is de opzegging van de arbeidsovereenkomst door DGG op 21 augustus 2018 rechtsgeldig en doet de door DGG daaraan ten grondslag gelegde reden en het tijdstip van opzegging niet af aan de rechtsgeldigheid van het ontslag. Voor de opzegging tijdens (of voorafgaand aan) de proeftijd hoeft een werkgever geen redelijke grond te hebben. Naar het oordeel van de kantonrechter laat de rechtsgeldige opzegging van de arbeidsovereenkomst door DGG in de gegeven omstandigheden echter onverlet dat DGG in het proces voorgaand aan haar besluit om de arbeidsovereenkomst met werkneemster op te zeggen, in strijd met de normen van goed werkgeverschap heeft gehandeld. Werkneemster heeft een uitgebreide sollicitatieprocedure doorlopen. Op 13 juli 2018 heeft DGG haar bericht dat ze was aangenomen. Vervolgens heeft een arbeidsvoorwaardengesprek plaatsgevonden. In dit gesprek is door DGG het opzeggen van de oude baan van werkneemster benadrukt en tevens aangegeven dat ze haar oude baan met een gerust hart kon opzeggen. Daar komt bij dat werkneemster onweersproken heeft gesteld dat zij op 31 juli 2018 door DGG is aangemeld bij 'Youforce' (voor o.a. salarisadministratie en personeelsdossier) én dat zij op enig moment door een medewerker van DGG is benaderd of ze eerder wilde beginnen met de

werkzaamheden, zodat de vertrekkende teamleider werkzaamheden kon overdragen. Naar het oordeel van de kantonrechter kon en mocht werkneemster er op grond van al deze omstandigheden gerechtvaardigd op vertrouwen dat zij per 24 augustus 2018, dan wel per 1 september 2018, zou beginnen in haar nieuwe baan. Op grond van het door DGG gewekte vertrouwen heeft werkneemster vervolgens haar baan bij haar oude werkgever – waar zij al 19 jaar werkzaam was – opgezegd. Ook in de periode tussen de datum waarin werkneemster is aangenomen en die waarop de arbeidsovereenkomst zou aanvangen geldt dat DGG zich jegens werkneemster als goed werkgever dient te gedragen. Uit de stellingen van DGG leidt de kantonrechter af dat de reden van de opzegging is gelegen in de wijze waarop werkneemster heeft gereageerd op de door DGG (op 15 augustus 2018) aan de orde gestelde negatieve signalen die zij had ontvangen van medewerkers omtrent (het functioneren van) werkneemster en over ‘gedoe’ met het management van haar oude werkgever. Volgens DGG bleek uit de reactie van werkneemster dat zij niet beschikt over zelfreflectie, welke karaktereigenschap nodig is voor de functie van teamleider. De kantonrechter acht echter aannemelijk dat werkneemster zich overvallen voelde en dat de wijze waarop zij toen heeft gereageerd mede door emoties was ingegeven. Van DGG had in de gegeven omstandigheden mogen worden verwacht dat zij werkneemster in redelijkheid de tijd had gegeven om haar geschiktheid voor de functie te bewijzen, alvorens DGG zich een oordeel zou vormen omtrent haar functioneren. Dat is niet gebeurd. DGG heeft zich niet als goed werkgever gedragen en is jegens werkneemster schadeplichtig. De kantonrechter is van oordeel dat de door werkneemster geleden schade ten hoogste gelijk is aan één maandsalaris. DGG wordt veroordeeld tot betaling daarvan.

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 20-12-2018

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2018:5741

Zaaknummer: 7275771 HA VERZ 18-186

Rechters: M.P.C.J. van Bavel

Advocaten: I. Aslan en R. Bijlsma

Wetsartikelen: 7:611 BW, 7:652 BW en 7:676 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Gemeente Amsterdam (B&D afdeling Werk & Re-integratie)

Gemeente handelt niet als goed werkgever door werknemer met WSW-indicatie niet tijdig te wijzen op de mogelijkheid gebruik te maken van de in de CAO staande seniorenregeling. Gemeente dient loon te betalen dat werknemer zou hebben ontvangen bij toepassing van de seniorenregeling.

Feiten

Werknemer is in april 1978 op basis van een WSW-indicatie in dienst getreden bij de Gemeente Amsterdam (hierna: de Gemeente). Op de arbeidsovereenkomst is de CAO voor de sociale werkvoorziening van toepassing (hierna: de CAO). De CAO kent een seniorenregeling, bestaande uit een 58-, 59- of 61,5-jarigenregeling. Op verzoek van werknemer is hij met ingang van 1 oktober 2012 in aanmerking gebracht voor de seniorenregeling voor werknemers van 59 jaar en ouder. Zijn werktijd is teruggebracht van 36 uur naar 28,8 uur per week, met behoud van de formele arbeidsduur, onder doorbetaling van 92,5% van zijn loon. In 2016 is met werknemer besproken dat hij nog niet had verzocht om in aanmerking te komen voor de regeling voor werknemers van 61,5 jaar en ouder. Daarna is werknemer op zijn verzoek met ingang van 1 oktober 2016 voor deze regeling in aanmerking gebracht en ontvangt hij 100% van zijn loon. Zijn werktijd bleef gelijk. Werknemer vordert thans veroordeling van de Gemeente tot betaling van € 4.270,75 aan achterstallig loon. Centraal staat de vraag of de Gemeente werknemer eerder had moeten wijzen op de regeling voor werknemers van 61,5 jaar en ouder.

Oordeel

De kantonrechter overweegt dat uit de tekst van de regeling niet blijkt dat de werknemer slechts eenmaal kan kiezen en dan tot aan zijn pensioen aan de gekozen regeling vast zit. Een overstap van de regeling voor 58-jarigen naar die van 59-jarigen maakt het mogelijk de werktijd verder terug te brengen, zodat de vermindering 1/5 bedraagt in plaats van 1/10. Gelet

op de aard van deze wijziging zal daarvoor door de werknemer een verzoek moeten worden ingediend. Een overstap van de regeling voor 59-jarigen naar die van 61,5-jarigen levert geen verdere werktijdvermindering op, wel een loonsverhoging. Voor het standpunt van werknemer, dat deze laatstgenoemde overgang zonder verzoek daartoe van de werknemer plaatsvindt, is echter geen steun te vinden in de tekst (en toelichting) van de regeling. De vraag is wat in een situatie als de onderhavige van de Gemeente als een goed werkgever mag worden verwacht. De Gemeente behoort in de aan de medewerkers toegezonden informatie voldoende openheid van zaken en duidelijkheid te geven over de te maken keuzes en volledige voorlichting over de rechtspositie en de geldende wettelijke en CAO-bepalingen. Werknemer was op de hoogte van de seniorenregeling, maar de systematiek van de seniorenregeling is niet aanstonds duidelijk. Het is begrijpelijk dat het niet bij werknemer is opgekomen om bij het bereiken van de leeftijd van 61,5 jaar opnieuw een verzoek tot werktijdvermindering te doen. Zijn werktijd was immers al verminderd en kon niet nog minder worden. De Gemeente heeft aangevoerd dat werknemer, als hij drie maanden vóór 1 november 2014 daartoe een verzoek had ingediend, vanaf die datum in aanmerking was gekomen voor de seniorenregeling voor werknemers van 61,5 jaar en ouder. Naar het oordeel van de kantonrechter had het onder die omstandigheden op de weg van de Gemeente gelegen om werknemer er tijdig op te wijzen dat hij daarvoor een verzoek in moest dienen. Daarbij weegt mee dat werknemer toen hij 61,5 jaar oud werd al ruim 36 jaar in dienst was bij de Gemeente en dat hij een WSW-indicatie heeft. Duidelijk is dat werknemer zich pas in de loop van 2016, nadat hij door zijn consulent werd gewezen op de mogelijkheid om gebruik te maken van de desbetreffende regeling, daarvan bewust is geworden. Door deze essentiële informatie niet eerder bij werknemer onder de aandacht te brengen, heeft de Gemeente zich niet als een goed werkgever gedragen. De Gemeente dient aan werknemer het loon te betalen dat hij vanaf 1 november 2014 tot 1 oktober 2016 zou hebben ontvangen als hij tijdig een verzoek had ingediend voor deelname aan de regeling voor 61,5 jaar en ouder, met aftrek van hetgeen al aan hem is betaald.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 18-12-2018

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2018:9023

Zaaknummer: 6901102

Rechters: I.H.J. Konings

Advocaten: D. Simons en I.M.C.A. Reinders Folmer

Wetsartikelen: 7:611 BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/werkgever

Vernietiging ontslag op staande voet. Diefstal door serveerster niet aangetoond.

Feiten

Werkneemster is sinds 1 mei 2018 in dienst getreden bij werkgever als ‘vakkracht bedrijfsleidster’. Op 27 september 2018 is werkneemster op staande voet ontslagen omdat werkgever uit kastekorten heeft afgeleid dat werkneemster in de avond van 25 september 2018 geld heeft gestolen. Werkneemster heeft geen verklaring kunnen geven voor het kastekort. Een dag later heeft werkgever een brief gestuurd met daarin de reden voor het ontslag. Werkneemster verzoekt vernietiging van het ontslag op staande voet.

Oordeel

De werkgever is de partij die moet bewijzen dat er een dringende reden bestaat voor het ontslag op staande voet. Als een dringende reden gelden daden, eigenschappen of gedragingen van de werknemer, die maken dat van de werkgever redelijkerwijs niet verlangd kan worden dat hij de werknemer nog in dienst houdt. In dit geval heeft werkgever gesteld dat werkneemster uit de kassa heeft gestolen en moet hij dat dus bewijzen. Dat is niet gelukt. De overzichten die werkgever daarvoor heeft verstrekt, zijn onvoldoende verduidelijkt om de kantonrechter van een diefstal door werkneemster te overtuigen. Partijen zijn het erover eens dat er in de avond van 25 september 2018 dertien tafels bezet zijn geweest. Werkgever heeft een verklaring opgestuurd van A van het kassasysteem waar zij mee werkt, waarin staat dat er die dag twaalf tafels/rekeningen zijn betaald. Dat is vreemd. Volgens werkgever moet het dus wel zo zijn dat werkneemster de opbrengst van de dertiende tafel in eigen zak heeft gestoken. Werkgever heeft nog een transactieoverzicht opgestuurd van de bank en een uitdraai uit het kassasysteem. Maar hij heeft geen duidelijke uitleg gegeven over de daarin genoemde bedragen. Ook over de hoogte van het ontbrekende bedrag bestaat geen duidelijkheid. Het feit dat werkneemster zelf geen mogelijke verklaring heeft kunnen geven voor de ‘verdwenen tafel’ maakt niet dat zij de schuldige is. De argwaan van werkgever is op zich voorstelbaar, maar die levert geen ‘hard bewijs’ van een diefstal op door werkneemster en werkgever heeft

ook geen verder bewijs aangeboden. De conclusie moet zijn dat er geen sprake is van een dringende reden zoals bedoeld in artikel 7:678 BW. Werkgever was dus niet bevoegd om de arbeidsovereenkomst onverwijld op te zeggen. De kantonrechter zal het ontslag daarom vernietigen. Voor het geval de kantonrechter het ontslag zou vernietigen, heeft werkgever een verzoek gedaan om de arbeidsovereenkomst met werkneemster te ontbinden. Dit verzoek steunt op dezelfde gedraging (de diefstal) die ook de reden was voor het ontslag op staande voet. Omdat die diefstal dus niet vaststaat en werkgever verder geen enkele onderbouwing heeft gegeven voor de door hem gevraagde ontbinding, wijst de kantonrechter dit verzoek af.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 14-12-2018

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2018:6102

Zaaknummer: 7273112

Rechters: D.A. van Steenbeek

Advocaten: P. van Wegen en A.J. de Hamer

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

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgever c.s.

Werkgever slaagt niet in bewijslevering dringende reden, zodat ontslag op staande voet ten onrechte is verleend. Werkgever is naast gefixeerde schadevergoeding geen billijke vergoeding verschuldigd. Volgens de wettekst kan de kantonrechter die vergoeding toekennen, maar is hij daartoe niet verplicht.

Feiten

Bij tussenbeschikking van 9 maart 2018 is werkgever opgedragen te bewijzen – kort gezegd – de aan het ontslag op staande voet van werknemer ten grondslag gelegde reden, namelijk dat werknemer op 3 oktober 2017 onder werktijd naar de kapper was geweest, zonder dat hij daarvoor toestemming had. Werkgever heeft daarvoor drie getuigen voorgebracht, die niet zijn verschenen en dus niet zijn gehoord.

Oordeel

Werkgever is niet geslaagd in de bewijslevering. Daarmee ontbeert het ontslag op staande voet een dringende reden en komt het verzoek van werknemer tot toekenning van een billijke vergoeding aan de orde. In dat verband wordt overwogen dat werknemer aan zijn verzoek met betrekking tot de billijke vergoeding ten grondslag heeft gelegd dat hij jarenlang heeft gewerkt zonder dat aan hem loon is betaald en dat hij vervolgens zonder steekhoudende reden op staande voet is ontslagen. Daarnaast heeft werknemer gesteld dat hij – door een persoonlijk faillissement – in een financieel kwetsbare positie verkeert. Ten aanzien van de eerste reden wordt overwogen dat in het eerdere tussenvonnis reeds is beslist dat niet is gebleken dat tussen partijen voor 1 augustus 2016 een arbeidsovereenkomst heeft bestaan. Ten aanzien van de laatste reden wordt overwogen dat omtrent de financiële situatie van werknemer onvoldoende is gesteld om te kunnen beoordelen dat het ontslag op staande voet voor werknemer relevante financiële gevolgen heeft gehad. Blijft over het onterechte ontslag op staande voet waaromtrent wordt overwogen dat de opzegging zonder inachtneming van de opzegtermijn reden is tot toekenning van de gefixeerde schadevergoeding. Voor een verdere

billijke vergoeding ziet de kantonrechter geen aanleiding, waarbij geldt dat volgens de wettekst de kantonrechter een billijke vergoeding kan, maar niet moet toekennen. Ook de memorie van toelichting bevat geen duidelijke aanwijzingen dat die verplichting desalniettemin wel is beoogd (vgl. ook ECLI:NL:HR:2018:857). Nu in rechte niet is gebleken dat sprake is geweest van een rechtsgeldig ontslag op staande voet, dient de vordering van werknemer met betrekking tot de gefixeerde schadevergoeding (het missen van de opzegtermijn) te worden toegewezen. Het loon over één maand wordt toegewezen.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 11-12-2018

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2018:8841

Zaaknummer: 6504901

Advocaten: O.J. Praamstra en M. Kortekaas

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

RECHTSPRAAK

werknemer/de Staat der Nederlanden (ministerie van Economische Zaken)

Werknemer stelt schade te hebben geleden door het onrechtmatig handelen van werkgever, doordat hij geen vaste aanstelling heeft gekregen. Niet voldaan aan relativiteitsvereiste en het causaal verband is niet vast komen te staan. Afwijzing van de vorderingen.

Feiten

Werknemer heeft van 1 oktober 2007 tot 14 december 2017 (met enkele uitgezonderde periodes) als uitzendkracht via Start werkzaamheden verricht voor de Rijksdienst voor ondernemend Nederland (RVO). Werknemer heeft gedurende en na afloop van zijn dienstverband op meerdere vacatures bij de RVO gesolliciteerd, maar is niet aangenomen. Werknemer meent dat RVO zich niet heeft gehouden aan de Circulaire toepassing Wet Werk en zekerheid bij de Rijksoverheid (de Circulaire) en artikel 8b van de Waadi heeft overtreden. RVO zou dan ook onrechtmatig hebben gehandeld jegens werknemer door hem niet voor onbepaalde tijd aan te stellen. Werknemer stelt hierdoor inkomens- en pensioenschade te hebben geleden en hoogstwaarschijnlijk zal blijven lijden. Werknemer vordert een bedrag van € 26.887,60 bruto.

Oordeel

De rechter stelt voorop dat ten aanzien van geldvorderingen in kort geding terughoudendheid is geboden. Onderzocht moet worden of het bestaan van de vordering voldoende aannemelijk is. Wil sprake zijn van een onrechtmatige daad, dan dient te zijn voldaan aan de vereisten van artikel 6:162 en 6:163 BW. Of de Staat heeft gehandeld in strijd met de Circulaire en/of artikel 8b van de Waadi kan onbesproken blijven, omdat als daar sprake van zou zijn de vordering niet toewijsbaar is. De Circulaire kent immers geen rechten toe aan individuele uitzendkrachten, maar schept slechts een normenkader voor de manier waarop de Staat met uitzendkrachten moet omgaan. De normen waar werknemer zich op beroept, strekken dan ook niet tot bescherming tegen de schade die hij stelt te hebben geleden. Ook het causaal

verband tussen het gestelde onrechtmatig handelen en de schade van werknemer is niet vast komen te staan. De vraag of werknemer een vaste aanstelling zou hebben gekregen is immers afhankelijk van sollicitatieprocedures en het is geenszins aannemelijk geworden dat werknemer zou worden aangenomen. De vorderingen worden afgewezen.

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 21-11-2018

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2018:15690

Zaaknummer: C/09/560936 / KG ZA 18/1026

Rechters: G.P. van Ham

Advocaten: N. Entzinger, M.B. den de Witte-Van Haak en P.J. Mauser

Wetsartikelen: 8b WAADI, 6:162 BW en 6:163 BW

RECHTSPRAAK

De ondernemingsraad van IWAL instituten voor dyslexie B.V. en de onderenemingsraad van Luceratis/Lucratis

Het verzoek van de ondernemingsraden om voor recht te verklaren dat Lucertis niet heeft kunnen komen tot het integratiebesluit, wordt afgewezen. Werknemers van IWAL gaan er door de integratie niet op achteruit.

Feiten

Het bestuur van Lucertis heeft een besluit genomen tot aansluiting van IWAL bij de Parnassia groep. De ondernemingsraad heeft hierover geadviseerd. Bij IWAL is een soortgelijk besluit genomen. Binnen beide ondernemingen gelden andere arbeidsvoorwaarden. In februari 2015 is IWAL deel gaan uitmaken van de Parnassia Groep. Op 1 oktober 2015 heeft IWAL de ondernemingsraad verzocht te adviseren over de integratie van IWAL als afdeling binnen Lucertis. Tussen IWAL, Lucertis en de ondernemingsraad van IWAL is een intentieovereenkomst gesloten. Omdat nog niet duidelijk was wat de gevolgen zouden zijn van de integratie van IWAL binnen Lucertis, is afgesproken dat de ondernemingsraad van IWAL vooruitlopend op zijn advies toestemming geeft aan Lucertis tot implementatie van de gegevens van de medewerkers van IWAL. Op 1 januari 2016 is IWAL gefuseerd met Lucratis. Op 19 juni 2017 heeft de ondernemingsraad van IWAL een negatief advies uitgebracht over het voorgenomen besluit tot integratie van IWAL binnen Lucertis vanwege de personele gevolgen. Lucertis heeft op 13 september 2017 het besluit tot integratie van IWAL binnen Lucertis genomen. De ondernemingsraad van IWAL en van Lucertis hebben bij de Ondernemingskamer een verzoek ingediend om voor recht te verklaren dat Lucertis niet in redelijkheid heeft kunnen komen tot het besluit tot integratie van IWAL als afdeling binnen Lucertis. Zij verzoekt Lucertis te gebieden het besluit in te trekken en de gevolgen ongedaan te maken.

Oordeel

Niet ter discussie staat dat de overname moet worden beschouwd als een overgang van

onderneming als bedoeld in artikel 7:662 BW. Uitgangspunt is dat werknemers van rechtswege tegen dezelfde arbeidsvoorwaarden als voorheen in dienst van de verkrijger komen. Lucertis wil de arbeidsvoorwaarden harmoniseren, maar meent dat IWAL-medewerkers er per saldo niet op achteruit zullen gaan. De Ondernemingskamer oordeelt dat de ondernemingsraden hebben moeten begrijpen dat het niet de bedoeling was dat sprake was van cumulatie van arbeidsvoorwaarden, maar van harmonisatie. De Ondernemingskamer stelt vast dat de IWAL-medewerkers er wat betreft hun arbeidsvoorwaarden na de integratie op jaarbasis op vooruitgaan. Het bezwaar van de ondernemingsraden dat bij beide ondernemingen een verschillend aantal uren als 1 fte wordt aangemerkt, heeft niet ten gevolge dat er iets voor de IWAL-medewerkers is veranderd. Het is daarnaast voldoende aannemelijk dat er goede gronden zijn om een onderscheid te maken in functiebeschrijvingen. De gronden die door de ondernemingsraden zijn aangevoerd vormen dan ook geen grond voor toewijzing van het verzoek. Evenmin rechtvaardigt de wijze van totstandkoming van het integratiebesluit een toewijzing van het verzoek. Dat het lange tijd in beslag heeft genomen, maakt het traject nog niet onzorgvuldig. Slotsom luidt dat het verzoek van de ondernemingsraden wordt afgewezen.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 12-06-2018

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2018:2090

Zaaknummer: 200.225.090/01 OK

Rechters: M.A. Goslings, M.M.M. Tillema en A.W.H. Vink

Advocaten: A.D. Brouwers-Wosniak en mr. dr. J.H. Even

Wetsartikelen: 7:662 BW en 7:663 BW

RECHTSPRAAK

**Federatie Nederlandse Vakbeweging en CNV
Vakmensen/Jumbo Distributiecentrum B.V. en OTTO
Workface B.V.**

Jumbo heeft niet onrechtmatig jegens bonden gehandeld vanwege schending van het onderkruipersverbod (art. 10 Waadi), uitzendbureau OTTO wel. De CAO Jumbo Logistiek is niet rechtsgeldig opgezegd door Jumbo en geldt nog steeds.

Feiten

Jumbo Distributiecentrum B.V. (hierna: Jumbo) is onderdeel van een van de grootste supermarktketens in Nederland. OTTO Workface B.V. (hierna: OTTO) is een internationaal opererende arbeidsbemiddelaar en houdt zich bezig met het ter beschikking stellen van uitzendkrachten aan opdrachtgevers. OTTO stelt aan Jumbo uitzendkrachten ter beschikking. Jumbo heeft gedurende een aantal jaren een eigen ondernemings-cao (Jumbo Logistiek CAO, hierna: CAO) afgesloten met onder meer FNV en CNV met een looptijd tot 1 april 2017. Op verschillende data hebben partijen overleg gevoerd over een nieuw te sluiten CAO. Er is echter geen nieuwe CAO gesloten. Na de mededeling van FNV en CNV aan Jumbo dat partijen 'uitonderhandeld' zijn, volgden door FNV en CNV georganiseerde prik- en stiptheidacties. De Inspectie Sociale Zaken en Werkgelegenheid (hierna: Inspectie SZW) is belast met het toezicht op de naleving van de bepalingen bij of krachtens de Waadi en heeft onderzoek gedaan naar de gang van zaken rond de stakingen bij Jumbo. De conclusie van de Inspectie SZW luidt dat een overtreding van artikel 10 Waadi gebleken is vanwege het feit dat er extra uitzendpersoneel is ingezet ten tijde van de staking en dat OTTO wordt aangemerkt als overtreder. Voorts heeft Jumbo aan FNV en CNV bevestigd dat de CAO per 1 april 2017 is geëindigd en dat er geen verlenging zou komen. Vervolgens is namens FNV en CNV aan Jumbo medegedeeld dat de CAO niet is geëindigd, omdat de CAO niet rechtsgeldig is opgezegd. Daarnaast geven FNV en CNV aan dat zij zowel Jumbo als OTTO aansprakelijk stellen voor de door de Inspectie SZW geconstateerde schending van artikel 10 Waadi door OTTO. FNV en CNV vorderen een verklaring voor recht dat Jumbo en OTTO onrechtmatig

hebben gehandeld en dat de CAO door Jumbo niet rechtsgeldig is opgezegd.

Oordeel

Artikel 10 Waadi

De kantonrechter is ten aanzien van het onrechtmatig handelen van OTTO van oordeel dat zij bekend was met de mogelijkheid dat gestaakt zou worden in de distributiecentra van Jumbo. Verder is vast komen te staan dat er acht uitzendkrachten van OTTO te werk zijn gesteld op 'besmet werk' in het distributiecentrum van Jumbo. Het moge zo zijn dat de inzet van uitzendkrachten op een andere afdeling in drukke tijden gebruikelijk is, maar dat doet niet af aan het feit dat artikel 10 Waadi is overtreden. De uitzendkrachten die naar verschillende afdelingen zijn overgeheveld hebben daar besmet werk verricht hetgeen onder het verbod van artikel 10 Waadi valt. Door artikel 10 Waadi te overtreden heeft OTTO onrechtmatig jegens FNV en CNV gehandeld. Over het vermeend onrechtmatig handelen van Jumbo oordeelt de kantonrechter dat het een bestaakte werkgever in beginsel vrij staat om de gevolgen van een staking in haar onderneming zo veel mogelijk af te wenden door andere werknemers of uitzendkrachten in te zetten op de werkzaamheden die worden getroffen door de staking. Een werkgever kan een staking niet verbieden, maar er is geen rechtsregel die haar verbiedt om de gevolgen van een staking zo veel mogelijk af te wenden door de inzet van andere werknemers en/of uitzendkrachten. Dat is geenszins onrechtmatig jegens de vakbonden die de staking hebben uitgeroepen. De conclusie is dat Jumbo niet onrechtmatig heeft gehandeld. Deze verklaring voor recht wordt derhalve afgewezen. Zoals overwogen heeft OTTO wel onrechtmatig gehandeld door artikel 10 Waadi te overtreden. OTTO is aansprakelijk voor de als gevolg daarvan door FNV en CNV geleden schade. De gevorderde verklaring voor recht die daarop ziet, wordt toegewezen.

Jumbo Logistiek CAO

In de CAO is bepaald dat deze eindigt per 1 april 2017 en dat de CAO-partijen voor 1 april 2017 overleg voeren om de overeenkomst te verlengen. Uit dit artikel blijkt niet duidelijk dat het de bedoeling van partijen is geweest dat de CAO na 1 april 2017 zonder opzegging zou eindigen dan wel niet zou worden verlengd. Het gebruik van het woord 'eindigt' zegt alleen iets over de looptijd van de CAO; het betekent niet dat, als er niet wordt opgezegd, geen verlenging plaatsvindt. De kantonrechter is van oordeel dat Jumbo deze bepaling redelijkerwijze niet zo heeft mogen begrijpen en niet zo mag begrijpen dat de CAO per 1 april 2017 is geëindigd zonder opzegging. Vast staat derhalve dat geen opzegging van de CAO heeft plaatsgevonden. Dat betekent dat de CAO thans nog steeds geldt. Het voorgaande betekent dat Jumbo in beginsel gehouden is de CAO na te leven. Deze vordering wordt dan ook toegewezen.

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 24-01-2019

ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2019:89

Zaaknummer: 6890046 CV EXPL 18-2740

Rechters: J.H. Wiggers

Advocaten: D.G. van der Mark, S. Sikkink en P.E.F. Domevscek

Wetsartikelen: 10 Waadi en 19 Wet CAO

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgever

Ontbindingsverzoek werknemer. In een dergelijk geval is er slechts ruimte voor toekenning van een billijke vergoeding indien sprake is van ernstige verwijtbaarheid aan de zijde van de werkgever. Alle omstandigheden van het geval worden afgewogen. De slotsom is dat daarvan geen sprake is.

Feiten

Werknemer is sinds 1 oktober 1987 voor onbepaalde tijd in dienst van werkgever, laatstelijk als chef werkplaats. Werknemer heeft de kantonrechter verzocht de arbeidsovereenkomst te ontbinden wegens het bestaan van een verstoorde arbeidsverhouding onder toekenning aan hem van een transitievergoeding van € 52.160,68 en een billijke vergoeding van € 100.000. De kantonrechter heeft de arbeidsovereenkomst op het verzoek van werknemer ontbonden per 30 juni 2018 omdat werknemer zich op het standpunt heeft gesteld niet meer aan het werk te willen bij werkgever en voortzetting van het dienstverband om die reden geen zin heeft, ook al heeft werkgever betoogd dat ontbinding van de arbeidsovereenkomst van zijn kant niet nodig is. De verzoeken tot toekenning van een transitievergoeding en een billijke vergoeding zijn afgewezen omdat van ernstige verwijtbaarheid aan de zijde van werkgever geen sprake is. Tegen dit oordeel keert werknemer zich in hoger beroep.

Oordeel

Werknemer is in de loop der jaren met enige regelmaat op zijn functioneren aangesproken. Goed werkgeverschap brengt in het algemeen mee dat een werkgever de werknemer op wiens functioneren serieuze kritiek wordt uitgeoefend, in de gelegenheid stelt het functioneren te verbeteren. Werkgever heeft die gelegenheid aan werknemer geboden. In de periode 2015 tot 9 oktober 2017 is regelmatig door en namens werkgever met werknemer gesproken over zijn optreden als leidinggevende. Daarbij zijn, zo blijkt uit de (beperkt) beschikbare vastlegging van die gesprekken, geen harde verbeterafspraken gemaakt, ook al zijn verbeterpunten wel benoemd. Dat dit niet is gebeurd kan echter, mede gezien het feit dat wel degelijk gelegenheid

en tijd tot verbetering is gegeven, niet als ernstig verwijtbaar handelen van werkgever worden aangemerkt maar eerder als een onvoldoende, want niet complete, invulling van het werkgeverschap op dit onderdeel. Op of kort voor 9 oktober 2017 escaleerde de situatie. Meerdere monteurs hadden zich op het standpunt gesteld dat zij niet langer met werknemer als chef van de werkplaats konden samenwerken. Werknemer verwijt werkgever de oren te hebben laten hangen naar de monteurs in kwestie, maar die voorstelling van zaken is te eenvoudig. Kennelijk was het zo dat de in de voorafgaande jaren ontstane en geuite kritiek op het functioneren van werknemer als chef van de werkplaats, ondanks een enigszins positiever beeld eind 2016, in oktober 2017 bij de monteurs nog steeds bestond en zelfs zodanig versterkt was dat een aantal van hen dreigde met ontslagname. Werkgever is vervolgens tot de conclusie gekomen dat werknemer niet langer als chef van de werkplaats te handhaven was. De gang van zaken in de jaren daarvoor en de escalatie van het moment maakten dat die beslissing redelijkerwijs genomen kon worden. Omdat werkgever niet naar het vertrek van werknemer streefde, maar hem voor het bedrijf wenste te behouden, is hem een andere functie aangeboden. Aan werknemer is verzocht om gedurende de periode waarover partijen daarover zouden overleggen thuis te blijven, met behoud van salaris. Werknemer benoemt die gang van zaken nu als een op non-actiefstelling, maar dat doet geen recht aan de omstandigheden van het moment. Er is sprake geweest van een ingelaste periode van overleg over de toekomst, van een voorstel om hangende dat overleg niet op het werk te komen en van acceptatie van dat voorstel door werknemer. Van het eenzijdig op non-actief stellen van werknemer was aldus geen sprake. Partijen hebben op 9, 16 en 30 oktober 2017 overleg gevoerd over de voorwaarden waaronder het dienstverband voortgezet zou kunnen worden. Dat heeft uiteindelijk geresulteerd in een voorstel dat in hoofdlijnen is neergelegd in de beschrijving van een nieuwe functie. In afwijking van wat daar nog is vermeld staat vast dat werkgever werknemer op zeker moment heeft opgeroepen het werk te hervatten in zijn nieuwe functie. Werknemer heeft dat geweigerd en zich op het standpunt gesteld dat hij slechts bereid en gehouden is tot werkhervatting in zijn functie van chef werkplaats. Daarop heeft werkgever de loonbetaling opgeschort. Een andere oplossing was denkbaar geweest, bijvoorbeeld – als overleg niet zou slagen – het vragen van een voorziening aan de rechter. Het feit dat dat niet is gebeurd, maar dat gekozen is voor het staken van de salarisbetaling is echter uiteindelijk niet van wezenlijk belang geweest voor het verstoord raken van de arbeidsverhouding. Die verstoring was er al en was gelegen in het conflict over het functioneren van werknemer. Van ernstig verwijtbaar handelen aan de zijde van werkgever is geen sprake. Het ontbreken van ernstige verwijtbaarheid aan de zijde van werkgever staat aan toekenning van een billijke vergoeding in de weg.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 21-01-2019

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2019:449

Zaaknummer: 200.246.166/01

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

Advocaten: J. Doornbos en L.H. Haarsma

Wetsartikelen: 7:671c lid 2 sub b BW

RECHTSPRAAK

werknemer/NS Reizigers B.V.

Werknemer is na getuigenverhoor niet geslaagd in tegenbewijs, waardoor de kantonrechter terecht de arbeidsovereenkomst op de e-grond heeft ontbonden. Ook hof vindt dat werknemer ernstig verwijtbaar heeft gehandeld. Toepassing van 'hardheidsregel' in artikel 7:673 lid 8 BW.

Feiten

OP 18 juni 2018 is een tussenbeschikking gegeven. Werknemer is toegelaten tot het leveren van tegenbewijs tegen de voorshands bewezen geachte omstandigheden waaruit volgt dat NS werknemer terecht verwijt dat hij actief en bewust de bedrijfsvoering van NS heeft verstoord door het treinverkeer stil te laten leggen zonder dat daar een gerechtvaardigde aanleiding voor was. De maatstaf voor het slagen in het tegenbewijs is of werknemer het door NS geleverde bewijs heeft ontzenuwd, waarvoor volstaat dat er voldoende twijfel wordt gezaaid. Het hof heeft de tussenbeschikking voorshands bewezen geacht dat (a) werknemer tijdens het werkoverleg de aanwezigen opriep in het spoor te gaan; (b) tijdens dat werkoverleg heeft geroepen dat hij de shiftleader had gebeld die het treinverkeer (om 17:00 uur) zou platleggen (in verband met – de mogelijkheid van – mensen in het spoor of zodra dat zou gebeuren); en (c) er vanaf 17:00 uur geen concrete aanleiding was voor zijn uitlating '*anders gaan we/gaan ze echt het spoor in*', '*anders zeg ik dat er mensen in het spoor staan en dan ben ik wel bij 't juiste adres*'. En dan leg jij het stil' in het telefoongesprek van 17:09 uur door gedrag van anderen, mede gelet op de beelden waaruit niet blijkt van een strijdvaardige en niet in toom te houden groep of één of meer personen met heethoofdig gedrag binnen die groep.

Oordeel

Met de getuigenverklaringen heeft werknemer niet voldoende ontzenuwd dat er geen concrete aanleiding was voor zijn opmerkingen in het telefoongesprek van 17:09 uur. Uit deze getuigenverklaringen blijkt niet dat vanaf 17 uur één of meer personen binnen de groep het voornemen hadden om het spoor in te gaan, laat staan dat voornemen kenbaar hadden

gemaakt aan werknemer. Ook volgt uit deze getuigenverklaringen niet dat een getuige de verwachting had dat een ander uit de groep het spoor in zou gaan. Geen van de getuigen heeft duidelijk gemaakt dat, ondanks de indruk die de beelden op het hof hebben gemaakt, sprake was van een zodanige explosieve sfeer binnen de groep mensen in de buurt van werknemer, dat er voor hem aanleiding was om op het tijdstip van 17:09 uur te bellen met de treindienstleiding aan de oostzijde en de geciteerde opmerkingen te maken. Hoewel werknemer wel is geslaagd in het leveren van tegenbewijs tegen de aantijging dat hij zelf de aanwezigen tijdens het werkoverleg heeft opgeroepen om het spoor in te gaan, is hij niet geslaagd in het ontzenuwen van de twee andere verwijten. Het hof wil wel aannemen dat werknemer, gelet op wat anderen volgens de aan zijn zijde gehoorde getuigen tijdens dit werkoverleg zouden hebben gezegd, omstreeks 16:48 uur reden had NS daarover te informeren, maar uit die verklaringen blijkt niet van een zo actuele dreiging dat hij NS ervan moest overtuigen dat er vanaf 17 uur beter geen treinen meer konden rijden. De vervolgens door werknemer tegenover de groep geuite mededeling dat het treinverkeer om 17 uur plat zou gaan, is niet gericht op de veiligheid maar lijkt veeleer een beoogd doel van de actie. Een rechtvaardigingsgrond voor deze handelwijze van werknemer ontbreekt. De arbeidsovereenkomst met werknemer is terecht op de e-grond ontbonden, ook indien werknemer tevoren niet van plan was het treinverkeer te ontregelen en ook zonder betrokkenheid bij de noodremincidenten. Het hof acht het ook ernstig verwijtbaar dat een NS-medewerker actief en bewust aanstuurt op het stilleggen van treinverkeer zonder dat daarvoor een aanleiding is die in de gegeven omstandigheden gerechtvaardigd is. Met de grieven 9 en 10 komt werknemer op tegen de beslissing dat hem geen (deel van de) transitievergoeding toekomt. Het zonder rechtvaardigingsgrond actief en bewust aansturen op het stilleggen van het treinverkeer is geen (relatief) kleine misstap. Hoewel er geen gerechtvaardigde reden was voor het aandringen op stilleggen van het treinverkeer tijdens de telefoongesprekken die werknemer met NS voerde, de mededeling dat het treinverkeer plat zou gaan om 17 uur aan de groep tijdens het werkoverleg niet tot strekking had de veiligheid te bevorderen en werknemer anders dan een collega, ook niet tegenover NS heeft bekend dat hij een misstap heeft begaan, ziet het hof in bovenstaande omstandigheden die de zaak kleuren voldoende reden om het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar te achten dat werknemer na 38 jaar geheel met lege handen staat. Daarbij spelen ook overige door werknemer genoemde persoonlijke omstandigheden een rol, te weten zijn leeftijd, deelpensioen, beperkte opleiding en gezondheidssituatie. De gevolgen van het verlies van de transitievergoeding, die bedoeld is om de gevolgen van het ontslag te verzachten, zijn voor werknemer ernstig. Gevoegd bij de omstandigheden waaronder werknemer heeft gepoogd te treinen stil te laten leggen is dat reden voor het hof om werknemer 50% toe te kennen van de transitievergoeding die hij anders bij ontbinding per 1 januari 2018 zou hebben ontvangen.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 18-01-2019

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2019:447

Zaaknummer: 200.234.723/01

Rechters: M.E.L. Fikkers, J.H. Kuiper en J.A. Gimbrère

Advocaten: R. Patandin, J.M. van Slooten en P. Disseldorp

Wetsartikelen: 7:669 lid 1 BW, 7:673 lid 7 sub c BW, 7:673 lid 8 BW en 7:669 lid 3 sub e BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/Essent

Bonusregeling valt niet aan te merken als vast loonbestanddeel op basis van het Sociaal Plan en de CAO. Het ontbreken van bonustoekenning tijdens periode van arbeidsongeschiktheid en boventalligheid vindt haar ratio in het belonen van bijdragen van medewerkers aan het bedrijfsresultaat.

Feiten

Werkneemster is op 1 oktober 2007 in dienst getreden bij Essent, in de functie van Ontwikkelingscoach Service & Verkoop. Bij brief van 24 april 2015 heeft Essent aan werkneemster laten weten dat zij vanaf 1 mei 2015 boventallig wordt verklaard. Het Sociaal Plan Essent 2008-2016 is op haar van toepassing. Dit Sociaal Plan heeft de status van CAO. De arbeidsovereenkomst van werkneemster heeft Essent met toestemming van de Toetsingscommissie en van het UWV opgezegd tegen 1 september 2018. Aan werkneemster is aan het einde van haar dienstverband een mobiliteitspremie betaald. Werkneemster is van mening dat zij recht heeft op betaling van een bonus over de jaren 2015, 2016 en 2017 en dat de mobiliteitspremie op een te laag bedrag is vastgesteld. Essent heeft geen rekening gehouden met een aantal vaste loonbestanddelen zoals een bonusregeling. Essent is van mening dat het Sociaal Plan geen juridische grondslag biedt voor een bonusuitkering bij boventalligheid. Alleen indien een boventallige werknemer werkzaamheden verricht in een tijdelijke rol, kan er een bonusaanspraak ontstaan voor de tijd dat die tijdelijke rol duurt. Daarnaast is Essent van mening dat gedurende de eerste vier maanden van 2015 werkneemster geen aanspraak heeft op een bonusuitkering wegens ziekte en de kort na de hersteldmelding ingetreden boventalligheid.

Oordeel

De kantonrechter volgt Essent in haar standpunt dat werkneemster geen aanspraak heeft op een bonusuitkering over de periode van arbeidsongeschiktheid. Vast staat dat werkneemster in de eerste vier maanden van 2015 niet haar eigenlijke werk heeft uitgevoerd. Van belang is

verder dat bonustoekenning haar ratio vindt in het belonen van bijdragen van medewerkers aan het bedrijfsresultaat. De kantonrechter is van oordeel dat niet kan worden volgehouden dat werknemster in die eerste vier maanden van 2015 een (bonuswaardige) bijdrage heeft geleverd aan dat bedrijfsresultaat. Dat dit werknemster niet te verwijten is, maakt dit niet anders. Ten slotte heeft de kantonrechter in ogenschouw genomen dat bonustoekenning een discretionaire bevoegdheid is, die getoetst dient te worden aan de norm van goed werkgeverschap. Die norm is naar het oordeel van de kantonrechter niet geschonden met de beslissing om werknemster geen bonus toe te kennen over de eerste vier maanden van 2015. De kantonrechter is van oordeel dat Essent op goede gronden heeft geconcludeerd dat er in beginsel ook geen bonusaanspraak is in een periode van boventalligheid. Niet alleen biedt het Sociaal Plan geen grondslag voor een dergelijke aanspraak; zo'n aanspraak strookt ook niet met de doelstelling van het bonusbeleid. De resultaatsafspraken die in de mobiliteitsperiode worden gemaakt met de boventallige werknemer, zijn afspraken die zien op de eigen mobiliteit van de medewerker en niet op het behalen van bedrijfsresultaat. De kantonrechter vindt het voorshands niet onaannemelijk dat er in de tijdelijke rollen, die dicht lijken te liggen bij de oorspronkelijke werkzaamheden van werknemster, wel sprake is van bonuswaardig werk. Werknemster zal in de gelegenheid worden gesteld om op deze punten een nadere toelichting te verstrekken. Met betrekking tot de berekening van de mobiliteitspremie is de kantonrechter van oordeel dat Essent terecht de beloningscomponent heeft gekoppeld aan het salarisbegrip van de CAO, zoals dit is gedefinieerd in het Sociaal Plan. In de definitiebepaling staat dat de hoogte van de uitkering *is afgeleid* van de geldende kantonrechtersformule. Dit betekent naar het oordeel van de kantonrechter niet dat de invulling van het salarisbegrip plaats dient te vinden in afwijking van dat wat in het Sociaal Plan en de CAO is gedefinieerd.

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 17-01-2019

ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2019:97

Zaaknummer: 7106790 CV EXPL 18-4728

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

Advocaten: W. van Grieken en M. Ritmeester

Wetsartikelen: 7:611 BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/werkgeefster

Werkgever heeft te gelden als werkgever in de zin van de CAO voor de Verpleeg-, Verzorgingshuizen, Thuiszorg en Jeugdgezondheidszorg 2018.

Feiten

Werkneemster is per 1 augustus 2014 in dienst getreden van AD Thuishulp B.V. Per 2 januari 2015 is deze bv ontbonden. De activiteiten van de bv zijn voortgezet door werkgeefster in de vorm van een eenmanszaak die zich richt op het verlenen van thuishulp aan hulpbehoevenden. In de arbeidsovereenkomst die tussen partijen geldt, is opgenomen dat op die arbeidsovereenkomst geen CAO van toepassing is. Per 3 april 2018 is de Collectieve Arbeidsovereenkomst voor de Verpleeg-, Verzorgingshuizen, Thuiszorg en Jeugdgezondheidszorg 2018 (hierna: CAO VVT) algemeen verbindend verklaard. In de periode voorafgaand aan de inwerkingtreding van de thans geldende CAO VVT golden er, gedurende het dienstverband van werkneemster, eerdere CAO's VVT, die eveneens algemeen verbindend verklaard waren. Werkgeefster heeft onder haar cliënten mensen die de geboden hulp uit eigen middelen bekostigen en mensen die geheel of gedeeltelijk van overheidswege (WMO/PGB) betaalde hulp ontvangen. Werkneemster vordert een verklaring voor recht dat de thans geldende CAO VVT van toepassing is op de arbeidsovereenkomst tussen partijen en dat werkgeefster deze CAO en de voordien geldende CAO's VVT met terugwerkende kracht vanaf 1 augustus 2014 toepast.

Oordeel

De kantonrechter stelt voorop dat op bedrijfsniveau zal moeten worden vastgesteld of er wel of geen sprake is van gebondenheid aan de CAO VVT. De werkgever is immers de bepalende factor bij beoordeling of de CAO al dan niet van toepassing is. Onder werkgever wordt in de CAO VVT onder meer verstaan een Thuiszorgorganisatie. Uit het door werkgeefster in het geding gebrachte overzicht blijkt dat een ruime meerderheid van haar cliënten (28 van de 41) gebruikmaakt van een financiering bij of krachtens de WMO. Naar het oordeel van de kantonrechter is werkgeefster daarom aan te merken als een privaatrechtelijke organisatie

(zonder rechtspersoonlijkheid en al dan niet met winstoogmerk) waarvan de activiteiten *hoofdzakelijk* een extramuraal karakter hebben en die zich *voornamelijk* richten op de in de CAO VVT omschreven zorgvormen. Werkgeefster heeft dus te gelden als werkgever in de zin van de CAO VVT. Vast staat dat deze CAO algemeen verbindend is verklaard. Gesteld noch gebleken is voorts dat werkgeefster onder de werking van een andere CAO valt. Conclusie is dus dat werkgeefster onder de werkingssfeer valt van de CAO VVT. Gebleken is dat er ten tijde van de indiensttreding van werkneemster bij de rechtsvoorganger van werkgeefster een CAO VVT 2013-2014 gold. Deze CAO bevatte een met de huidige CAO overeenstemmende definitiebepaling ten aanzien van de Thuiszorgorganisatie. Dit geldt evenzeer voor de CAO VVT 2014-2016 en de CAO 2016-2018. Al deze CAO's zijn algemeen verbindend verklaard. Gesteld noch gebleken is dat de cliëntèle van (de rechtsvoorganger van) werkgeefster bij aanvang van het dienstverband van werkneemster en/of in de jaren daarna in ruime meerderheid bestond uit mensen die de zorg uit eigen middelen bekostigden. De conclusie is dus gerechtvaardigd dat werkgeefster en haar rechtsvoorganger al vanaf aanvang van het dienstverband van werkneemster onder de werkingssfeer van de verschillende CAO's VVT vielen. De vordering wordt derhalve toegewezen.

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 17-01-2019

ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2019:98

Zaaknummer: 7048700 CV EXPL 18-4237

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

Advocaten: E. van Roosmalen en S. Malek

Wetsartikelen: CAO VVT

RECHTSPRAAK

werknemer/Stichting Lumière Bassin

Loonvordering in kort geding afgewezen vanwege het ontbreken van een spoedeisend belang. Loonverlaging veertien maanden geleden doorgevoerd.

Feiten

Werknemer is werkzaam op basis van een arbeidsovereenkomst bij Stichting Lumière Bassin (hierna: Lumière) in de functie van eerste medewerker bediening. Bij brief heeft Lumière aan werknemer gevraagd of hij akkoord ging met een wijziging van zijn functie van eerste medewerker bediening naar assistent van de bedrijfsleider met een daarbij horend lager loon. Werknemer heeft te kennen gegeven dat hij akkoord gaat met de functiewijziging maar niet met de loonverlaging. Lumière heeft daarop gereageerd en medegedeeld dat zij de functie van werknemer eenzijdig wijzigt per 1 november 2017 met inbegrip van de verlaging van het salaris. Werknemer vordert betaling van het achterstallig loon vanaf 1 november 2017 tot 1 januari 2019.

Oordeel

Normaliter heeft weliswaar te gelden dat loonvorderingen naar hun aard reeds als spoedeisend worden aangemerkt, maar dan gaat het toch voornamelijk om zaken waarbij van de ene op de andere dag helemaal geen loon meer wordt betaald. In casu is echter sprake van een loonverlaging van ongeveer € 360 bruto per maand die reeds veertien maanden geleden is doorgevoerd. Onder deze omstandigheden had van werknemer verwacht mogen worden dat hij het door hem gestelde spoedeisend belang bij zijn vordering van een onderbouwing zou voorzien, maar werknemer heeft dit nagelaten. In het exploit staat letterlijk niet één woord omtrent de spoedeisendheid van zijn vordering en ter zitting is hij desgevraagd niet verder gekomen dan te stellen dat hij 'inmiddels door zijn spaarcenten heen is', evenwel zonder dit ook maar op enige wijze met verifieerbare bescheiden nader te onderbouwen. Op die wijze is een spoedeisend belang niet vast komen te staan en dringt zich veeleer de vraag op waarom werknemer niet al veel eerder een bodemprocedure heeft gestart. Daarbij komt dat als de kantonrechter al de hobbel van gebrek aan spoedeisendheid zou hebben genomen, de voor het

treffen van een voorziening benodigde redelijke mate van zekerheid over de uitkomst van een bodemprocedure thans nog niet aanwezig is. Voor de beantwoording van de vraag of Lumière het loon vanaf 1 november 2017 al dan niet mocht verlagen op de wijze zoals zij heeft gedaan, is immers nader feitenonderzoek nodig en het zou daarom veel te ver gaan om reeds thans op een voor werknemer gunstige uitkomst van een dergelijke procedure vooruit te lopen, mede gelet op het restitutierisico. Het voorgaande leidt ertoe dat de vordering wordt afgewezen.

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 15-01-2019

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2019:257

Zaaknummer: 7425394 CV EXPL 18-8116

Rechters: P. Hoekstra

Advocaten: S.W.J. Koenen en R.M. Poublon

RECHTSPRAAK

werknemer/Oger Fashion B.V.

De kantonrechter vernietigt zowel het ontslag op staande voet als het voorwaardelijk ontslag op staande voet. In het voorwaardelijk tegenverzoek geeft de kantonrechter een bewijsopdracht.

Feiten

Werknemer is in dienst bij Oger Fashion B.V. (hierna: Oger). Bij brief van 7 augustus 2018 heeft Oger werknemer op staande voet ontslagen. Blijkens de ontslagbrief wordt werknemer verweten dat hij een broek en een riem aan een klant heeft meegegeven zonder af te rekenen en dat hij een overhemd aan een andere klant heeft meegegeven zonder af te rekenen. Tegen het ontslag op staande voet is namens werknemer bezwaar gemaakt. Op 19 september 2018 heeft de gemachtigde van Oger namens Oger werknemer opnieuw (voorwaardelijk) op staande voet ontslagen naar aanleiding van een tweetal nieuwe ontdekkingen. In beide gevallen zou het zijn gegaan om handelingen in strijd met de interne regels voor bestellingen voor eigen gebruik. Daarbij verwijst Oger naar het feit dat werknemer een gewaarschuwd man was nu hij eerder malversaties had gepleegd door geld dat aan Oger toebehoort in eigen zak te steken. Werknemer verzoekt de kantonrechter het ontslag op staande voet van 7 augustus 2018 respectievelijk 19 september 2018 te vernietigen en Oger te veroordelen tot doorbetaling van het loon. Oger verweert zich tegen het verzoek en verzoekt voorwaardelijk, namelijk voor zover het ontslag op staande voet geen stand houdt, de arbeidsovereenkomst te ontbinden op basis van de e-grond en (meer) subsidiair respectievelijk de g-grond en h-grond.

Oordeel

Vernietiging ontslag op staande voet

Naar het oordeel van de kantonrechter is geen sprake van een rechtsgeldig eerste ontslag op staande voet. Met name nu het meest ernstige verwijt, het in eigen zak steken van geld dat een klant heeft betaald, door Oger is teruggenomen, en uit de dossierstukken is gebleken dat er uiteindelijk geen financieel nadeel voor Oger is geweest, is hetgeen aan het eerste ontslag op staande voet ten grondslag is gelegd onvoldoende om dit ontslag te dragen. In het licht van de

omstandigheden is de kantonrechter van oordeel dat ook het tweede ontslag op staande voet geen stand kan houden. Onvoldoende is komen vast te staan dat werknemer ten bate van zichzelf heeft gehandeld en evenmin is voldoende komen vast te staan dat bestellingen door werknemer zijn verricht in strijd met interne voorschriften e.d. voor eigen gebruik. Er doet zich geen situatie voor waarin van de werkgever niet gevergd kan worden de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Het verzoek van werknemer om vernietiging van het ontslag wordt daarom toegewezen. Nu het ontslag op staande voet wordt vernietigd, duurt de arbeidsovereenkomst voort en heeft werknemer recht op loon. Deze vordering wordt eveneens toegewezen.

Voorwaardelijk tegenverzoek

Nu hiervoor is geoordeeld dat het ontslag op staande voet moet worden vernietigd, is aan de voorwaarde waaronder het verzoek is ingediend, voldaan. Oger voert aan dat de redelijke grond voor ontbinding primair is gelegen in een verwijtbaar handelen of nalaten van werknemer. Werknemer zou artikelen aan klanten hebben meegegeven zonder dat daarvoor is betaald en hij zou geld van klanten dat voor Oger bedoeld was voor zichzelf hebben gehouden. Ten einde de gegrondheid van voormelde opzeggingsgrond te kunnen beoordelen, acht de kantonrechter nadere bewijsvoering noodzakelijk. De overgelegde stukken geven naar het oordeel van de kantonrechter onvoldoende uitsluitel om tot vaststelling van de (verweten) gedragingen te komen. Nu Oger zich op voornoemde opzeggingsgrond beroept, rust op haar de bewijslast. De kantonrechter laat Oger toe door alle middelen rechtens te bewijzen dat door werknemer verwijtbaar dan wel ernstig verwijtbaar is gehandeld of nagelaten.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 13-12-2018

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2018:9363

Zaaknummer: 7257793 EA18-804

Rechters: E.J. van der Molen

Advocaten: S. Yan en P.R. Hendriks

Wetsartikelen: 7:625 BW, 7:669 lid 3 sub e BW, 7:671b BW, 7:677 BW en 7:678 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Koni B.V.

Onzeker causaal verband tussen de verrichte laswerkzaamheden en longemfyseem. De kantonrechter benoemt bij tussenvonnis een deskundige.

Feiten

Koni is een bedrijf dat zich toelegt op de productie van schokbrekers. Werknemer is van 1 maart 1990 tot en met 30 juni 2012 in dienst geweest bij Koni als lasser/montagemedewerker. Vanaf 1993/1994 tot augustus 2009 verrichtte werknemer laswerkzaamheden aan voornamelijk autoschokdempers. In een rapport Risico-inventarisatie en -evaluatie uit 2001 wordt door de ArboUnie geadviseerd een nadere inventarisatie en evaluatie naar de doelmatigheid van persoonlijke beschermingsmiddelen te verrichten en alle persoonlijke beschermingsmiddelen die niet doelmatig zijn te vervangen. In augustus 2009 is werknemer uitgevallen wegens ziekte en is bij werknemer longemfyseem vastgesteld. In een rapportage hebben de longartsen van het universitair ziekenhuis te Antwerpen vermeld dat het meest waarschijnlijk gaat over emfyseem geïnduceerd door schadelijke stoffen (metalen?). Een longarts bij het Erasmus MC (dr. Van den Blink) rapporteert vervolgens dat daarnaast een sterke associatie tussen lasdampen en het ontwikkelen van COPD bestaat en dat het zeer wel mogelijk is dat door de lasdampen bijgedragen wordt aan het ontwikkelen van longemfyseem. Koni is namens werknemer aansprakelijk gesteld. De aansprakelijkheid is door Koni afgewezen. Werknemer vordert onder meer materiële en immateriële schadevergoeding. Koni betwist dat het longemfyseem c.q. de ziekte van werknemer is veroorzaakt door de werkzaamheden bij Koni.

Oordeel

Koni betwist meer in het algemeen dat blootstelling aan lasrook emfyseem ten gevolge zou kunnen hebben. Zij stelt zich in elk geval op het standpunt dat uit de medische literatuur geen duidelijkheid heerst over dit oorzakelijk verband. Zij acht de stellingen van werknemer op dit punt te weinig onderbouwd. Vastgesteld moet worden dat de genoemde artsen niet ondubbelzinnig zijn geweest voor wat betreft de oorzaak van het emfyseem. Immers, de

Antwerpse longartsen geven aan dat het *meest waarschijnlijk* gaat over emfyseem geïnduceerd door schadelijke stoffen (metalen?). Dr. Van den Blink geeft vervolgens aan dat daarnaast een sterke associatie tussen lasdampen en het ontwikkelen van COPD bestaat en dat het *zeer wel mogelijk* is dat door de lasdampen bijgedragen wordt aan het ontwikkelen van longemfyseem. Werknemer heeft nog een aantal medische artikelen genoemd waaruit zou moeten blijken dat lasrook emfyseem kan veroorzaken. Daarentegen heeft de medisch adviseur van Koni de relevantie van die artikelen in twijfel getrokken en gewezen op andere publicaties. Nu de kans dat de blootstelling aan lasrook het longemfyseem kan hebben veroorzaakt niet duidelijk is, dient een deskundigenbericht van een longarts hierover uitsluit te geven. De kantonrechter beveelt een deskundigenonderzoek ter beantwoording van enkele vragen.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 02-03-2017

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2017:10935

Zaaknummer: 4371383 CV EXPL 15-6519

Rechters: E. van Schouten

Advocaten: L.K. de Haan en M.H.M. Verbeemen

Wetsartikelen: 7:658 BW

RECHTSPRAAK

Holding B.V./werkneemster

Dat geen arbeid is verricht door werkneemster – die samen met haar ex-echtgenoot bestuurder is van een Holding – komt voor risico van de Holding. Verzoek om achterstallige partnerbijdragen toegewezen.

Feiten

Werkneemster is op 12 mei 1989 gehuwd met X. Bij beschikking van 21 september 2016 van de rechtbank Limburg is de echtscheiding uitgesproken. Werkneemster en X zijn beiden bestuurder van de vennootschap. Uit hoofde van haar dienstverband met de Holding ontving werkneemster maandelijks € 846 netto aan loon. Per 1 januari 2015 heeft de Holding haar aandelen in de bv verkocht en geleverd aan een derde. Vanaf die datum heeft werkneemster geen werkzaamheden voor de Holding meer verricht. De Holding heeft (niettemin) het salaris van werkneemster doorbetaald tot maart 2016. Bij arrest van 24 januari 2017 heeft het hof in kort geding bekrachtigd het vonnis van de kantonrechter in kort geding van 19 juli 2016 waarbij de vordering van werkneemster tot betaling van loon vanaf 1 juli 2016 werd toegewezen. In eerste aanleg vorderde werkneemster de kantonrechter primair de Holding te veroordelen tot nakoming van het alimentatiebeslag van 15 juni 2016 door middel van betaling aan werkneemster van de achterstallige opeisbare partnerbijdragen, over de maanden maart tot en met juli 2016. De kantonrechter heeft de meer subsidiaire vordering toegewezen, namelijk het in goede justitie te bepalen bedrag dat de Holding in het kader van de nakoming van het alimentatiebeslag ter zake van de achterstallige partnerbijdragen en de toekomstige opeisbare partnerbijdragen aan werkneemster dient te betalen. Tegen dit oordeel keert de Holding zich in hoger beroep.

Oordeel

Het probleem met het adagium 'geen arbeid, geen loon' – en de stellingen van de Holding nu zij zich op dat adagium baseert – is dat het weliswaar de regel van artikel 7:627 BW karakteriseert, maar daarbij het navolgende negeert dat artikel 7:628 lid 1 BW bepaalt dat de werknemer het recht behoudt op het naar tijdruimte vastgesteld loon indien hij de overeengekomen arbeid niet heeft verricht door een oorzaak die in redelijkheid voor rekening

van de werkgever behoort te komen. De vaste rechtspraak brengt mee dat de werknemer zijn aanspraak op loon behoudt, indien de bedongen arbeid buiten schuld van beide partijen niet gebruikt kan worden ten gevolge van een omstandigheid die in de verhouding tussen de partijen meer in de risicosfeer van de werkgever of diens bedrijf ligt dan in die van de werknemer. Het is dus niet zozeer dat 'het arbeidsrecht terzijde wordt geschoven', maar de Holding gaat uit van een te beperkte opvatting over de inhoud van het arbeidsrecht. Vast staat dat tussen partijen een arbeidsovereenkomst bestaat en dat werkneemster uit hoofde van dat dienstverband van de vennootschap loonbetalingen ontving. De Holding heeft dat in hoger beroep niet bestreden. Vast staat eveneens dat werkneemster (gelijk X) bestuurder van de vennootschap is. De Holding heeft onvoldoende onderbouwd dat werkneemster (uitsluitend) werkzaam was voor de bv en dus haar werkzaamheden waren komen te vervallen. Werkneemster heeft gesteld dat zij ten behoeve van de Holding administratieve werkzaamheden verrichtte, dat er nog steeds (achterstallige) werkzaamheden van dien aard zijn te doen alsmede (andere) werkzaamheden als bestuurder en dat het uitsluitend aan de Holding, althans haar bestuurder (X) ligt dat zij die werkzaamheden niet verricht omdat zij niet wordt toegelaten tot de arbeidsplaats. De Holding heeft het voorgaande niet, althans onvoldoende gemotiveerd, betwist. Werkneemster heeft zich in haar brief van 9 mei 2018 bereid, beschikbaar en in staat verklaard om op eerste afroep haar werkzaamheden volledig te hervatten. Daarmee is voldaan aan het vereiste dat de werknemer bereid moet zijn de bedongen arbeid te verrichten wil hij in aanmerking komen voor loon tijdens perioden waarin niet wordt gewerkt. Indien en voor zover met de Holding aangenomen zou worden dat werkneemster niet of minder werkt als gevolg van de verkoop van de bv is dat een omstandigheid die meer in de risicosfeer van de vennootschap of haar bedrijf ligt dan in die van werkneemster. Het voorgaande leidt ertoe dat de grieven falen.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 22-01-2019

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2019:179

Zaaknummer: 200.214.795_01

Rechters: J.W. van Rijkom, M.L.A. Filippini en P.S. Kamminga

Advocaten: J.H.M. Daniëls en E.Ph. Roelofs

Wetsartikelen: 7:625 BW, 7:627 BW en 7:628 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgever c.s.

Werkneemster is, zonder haar werkgever ervan op de hoogte te stellen, partnerschap met patiënt aangegaan om zijn nalatenschap op een fiscaal gunstige wijze te kunnen aanvaarden. Hiermee heeft werkneemster de professionele grenzen ver overschreden en ernstig verwijtbaar gehandeld.

Feiten

Werkneemster is sinds 1 mei 2011 in dienst bij werkgever c.s., laatstelijk in de functie van doktersassistent. Werkgever c.s. hebben op 6 juni 2018 ontbinding van de arbeidsovereenkomst verzocht. Werkneemster werd verweten dat zij mantelzorgtaken ten aanzien van patiënten vermengde met haar professionele rol ten aanzien van deze patiënten. Dit verzoek is bij beschikking van 30 augustus 2018 afgewezen. Omdat er sprake is van nieuwe feiten en omstandigheden vorderen werkgever c.s. wederom ontbinding van de arbeidsovereenkomst op de e-grond. Bekend geworden is dat werkneemster tot erfgenaam is benoemd in het testament van een van haar patiënten en dat werkneemster zelfs een geregistreerd partnerschap met deze 85-jarige patiënt is aangegaan om zijn nalatenschap op een fiscaal gunstige wijze te kunnen aanvaarden. Werkgever c.s. verwijten werkneemster dat zij hiermee een in de medische hulpverlening bestaande gouden regel heeft overtreden dat er geen giften mogen worden aangenomen van diegenen tot wie een hulpverlener in een behandelrelatie staat. Volgens werkneemster heeft zij reeds in november 2017 besloten om de arbeidsovereenkomst met werkgever c.s. te beëindigen. Van verwijtbaar handelen is volgens werkneemster dan ook geen sprake. Werkneemster stelt zich op het standpunt dat juist het handelen van werkgever c.s. als ernstig verwijtbaar kan worden bestempeld. Zij verzoekt dan ook om de arbeidsovereenkomst om die reden te ontbinden.

Oordeel

De kantonrechter stelt voorop dat de feiten en omstandigheden die thans aan het verzoek ten grondslag zijn gelegd, ten tijde van het eerdere verzoekschrift nog niet bekend waren.

Werkneemster is weliswaar niet BIG geregistreerd maar uit de Beroepscode Doktersassistent van de NVDA volgt dat in de relatie met de patiënt de professionele grenzen in acht genomen dienen te worden. De kantonrechter acht het onbegrijpelijk dat werkneemster vindt dat zij deze grens niet heeft overschreden. Het enkele feit dat werkneemster de patiënt in huis wilde nemen om hem te verzorgen geeft dit immers al aan. Van een puur professionele band was geenszins sprake meer. Hierbij is nog buiten beschouwing gelaten dat de verzorging van de patiënt plaats zou gaan vinden in een daarvoor door de patiënt aangekocht huis. Gelet op de datum van de aankoop van de woning moet dit plan bovendien relatief snel na het eerste huisbezoek tot stand zijn gekomen. Gebleken is dat werkneemster werkgever c.s. nimmer van dit plan op de hoogte heeft gesteld. Dat doordat de gezondheid van de patiënt achteruitging geen uitvoering is gegeven aan dit plan, doet niets af aan de intentie hiervan. Vast staat dat dit partnerschap enkel is aangegaan met als doel op een fiscaal zo voordelige mogelijke manier over de nalatenschap van de patiënt te kunnen beschikken. Werkneemster had dus een financieel belang bij het overlijden van de patiënt zodat van de vereiste afstand die een zorgverlener dient te bewaren tot zijn patiënt ook om deze reden geen sprake meer was. Werkneemster had moeten inzien dat zij niet langer in haar functie van doktersassistente bij de behandeling van de patiënt betrokken kon zijn. Ook voor zover hier geen wettelijke regel bestaat, had werkneemster haar persoonlijke relatie met de patiënt moeten melden aan haar werkgever. Werkneemster heeft dit nagelaten en in plaats daarvan is zij na de afwijzing van het euthanasieverzoek zelfs betrokken geweest bij de verzorging van de patiënt gedurende het proces van versterving. Werkneemster stelt weliswaar dat zij op dat moment niet meer bij de patiënt betrokken was als doktersassistente, maar als mantelzorger, maar dit strookt geenszins met haar stelling dat werkgever c.s. dit proces volledig aan haar overliet en hij daarin volledig voer op haar overdrachten. De kantonrechter is van oordeel dat werkneemster ernstig verwijtbaar heeft gehandeld en wijst het verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst toe.

Instantie: Rechtbank Zeeland-West-Brabant

Datum uitspraak: 17-01-2019

ECLI: ECLI:NL:RBZWB:2019:192

Zaaknummer: 7238861 AZ 18-77

Rechters: S. Ketelaars-Mast

Wetsartikelen: 7:669 BW en 1a SW 1956

RECHTSPRAAK

Neptunus B.V./werknemer

Werkgever is aansprakelijk voor werknemer die bij het betreden van een bak van een hoogwerker struikelt over een op de vloer van de bak liggende boormachine. Werkgever had eenvoudige en betaalbare voorzieningen kunnen treffen die het ongeluk had kunnen voorkomen.

Feiten

Werknemer is in dienst bij Neptunus B.V. (hierna: 'Neptunus') als eerste monteur. Neptunus is verzekerd tegen aansprakelijkheid bij Amlin Insurance SE (hierna: 'Amlin'). Op 10 februari 2015 was werknemer voor Neptunus werkzaam op de Maasvlakte in Rotterdam. Neptunus werkte daar in opdracht van Allseas mee aan de opbouw van een tent op het dek van een (groot) zeeschip. Werknemer was die dag vanuit een schaarhoogwerker van Neptunus bezig met het aanbrengen van traptreden in een trap. Hij gebruikte daarbij diverse gereedschappen. Deze gereedschappen legde hij na gebruik los in de bak van de hoogwerker. Op enig moment is werknemer gaan staan op de accuboor die zich op de grond van de bak bevond. Werknemer heeft als gevolg daarvan zijn knie verdraaid. Bij brief van zijn gemachtigde van 13 november 2015 heeft werknemer Neptunus aansprakelijk gesteld voor de door hem geleden schade als gevolg van het ongeval van 10 februari 2015. Werknemer heeft de kantonrechter verzocht een verklaring voor recht te verstrekken dat Neptunus in haar hoedanigheid van werkgever van werknemer aansprakelijk is voor het bedrijfsongeval van 10 februari 2015 op grond van artikel 7:658 BW. Verder heeft werknemer de kantonrechter verzocht tot veroordeling van Amlin en/of Neptunus tot vergoeding van de nader bij staat op te maken en volgens de wet te vereffenen schade. De kantonrechter heeft de vordering van werknemer toegewezen. Tegen dit oordeel keren Amlin en Neptunus zich in hoger beroep.

Oordeel

Indien de plaats waar de werkzaamheden worden verricht eraan in de weg staat dat de werkgever direct toezicht houdt op de naleving van de door hem gegeven instructies, dient deze zo nodig aanvullende veiligheidsmaatregelen te treffen. Het antwoord op de vraag welke maatregelen de werkgever dient te treffen, is afhankelijk van de omstandigheden van het

geval, waaronder de aard van de werkzaamheden, de kans dat zich een ongeval zal voordoen, de ernst die de gevolgen van een ongeval kunnen hebben en de mate van de bezwaarlijkheid van de te nemen maatregelen. In het onderhavige geval staat vast dat werknemer afwisselend met verschillende gereedschappen diende te werken in de beperkte ruimte van de bak van de hoogwerker om op hoogte verschillende montagehandelingen te verrichten. Door de inrichting van de bak van de hoogwerker was het, bij afwezigheid van een gereedschapsriem en een instructie over de mogelijkheid van het gebruik van de haak van de accuboer, onvermijdelijk, althans voor Neptunus te voorzien dat werknemer tijdens zijn werkzaamheden telkens zijn gereedschappen op de vloer van de bak van de hoogwerker neerlegde. Dat vormde een struikelrisico. Dit gevaar was onderkend door Neptunus en ook opgenomen in de RI&E. Van een gevaar van alledag kan daarom niet worden gesproken, als daarmee bedoeld wordt dat de omstandigheden waaronder de werkzaamheden verricht moesten worden geen verhoging van het 'normale' risico 'van alledag' opleverden. Het gevaar om te struikelen in een bak op (grote) hoogte stelt, gelet op de ernst die de gevolgen van een dergelijke struikelpartij voor de betrokken werknemer kunnen hebben, hoge eisen aan het te hanteren veiligheidsregime. Van Neptunus had daarom redelijkerwijs verwacht mogen worden dat zij specifieke maatregelen had genomen om het struikelrisico te beperken. Neptunus had, niettegenstaande haar VCA-certificering en de externe toetsing van de RI&E, niet mogen volstaan met het geven van waarschuwingen en instructies aan haar werknemers om looppad en werkplek vrij van obstakels en opgeruimd te houden. Het was voor Neptunus mogelijk eenvoudige en betaalbare voorzieningen te treffen om de werknemer in staat te stellen het gereedschap in de hoogwerker zo opgeruimd te houden dat het geen, althans een relevant lager, struikelrisico opleverde. Daargelaten of een gereedschapsriem in deze situatie bruikbaar zou zijn geweest, zoals namens werknemer is bepleit maar door Amlin c.s. is betwist, had Neptunus redelijkerwijs haar werknemers in ieder geval de specifieke instructie dienen te geven om de accuboer met de haak aan het valharnas op te hangen en/of had Neptunus de hoogwerker redelijkerwijs dienen te voorzien van een op een veilige plaats bevestigde gereedschapsbak. De veiligheidsmaatregelen van andere aard die Allseas voor de werkzaamheden op het schip getroffen had, doen hier niet aan af. De vraag of Neptunus aan de op haar als werkgever rustende zorgplicht heeft voldaan, moet gezien het vorenstaande ontkennend worden beantwoord. Het vonnis waarvan beroep zal worden bekrachtigd.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 15-01-2019

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2019:72

Zaaknummer: 200.212.039/01

Rechters: H.T. van der Meer, H.M.M. Steenberghe en F.J. Verbeek

Advocaten: W.A.M. Rupert en D. Knecht

Wetsartikelen: 7:658 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Aabo Trading Beverwijk B.V.

Werknemer is aansprakelijk voor schade wegens het opzettelijk verbergen van voorraadverschillen in 2014 en heeft daarmee ernstig verwijtbaar gehandeld. Vordering is niet verjaard, nu de dagvaarding minder dan vijf jaar later aan werknemer is betekend.

Feiten

Werknemer is in dienst bij Aabo. Op 8 oktober 2014 is een steekproefgewijze controle uitgevoerd op de administratie van Aabo. Daarbij kwam een factuur van 7 oktober 2014 in beeld, waarbij bij de artikelcodes geen prijzen waren vermeld en de factuur onder de streep een totaalbedrag van € 0,00 liet zien. Facturen met een totaalbedrag van € 0,00 worden niet uitgeprint en verstuurd naar klanten, want er wordt immers niets in rekening gebracht. Op 7 oktober 2014 is werknemer gevraagd om deze factuur toe te lichten. Werknemer erkende de factuur te hebben opgemaakt. Aabo heeft daarom die avond besloten om hem op non-actief te stellen. Op 9 oktober 2014 heeft Aabo de administratie doorzocht op zogenoemde nul-facturen. Zij heeft toen in het jaar 2014 een aantal vergelijkbare facturen gevonden. Op 10 oktober 2014 heeft vervolgens een gesprek plaatsgevonden tussen Aabo en werknemer. Op 19 november 2014 hebben partijen een vaststellingsovereenkomst getekend, waarbij de arbeidsovereenkomst op initiatief van werknemer is geëindigd. Aabo heeft aangifte van verduistering gedaan tegen werknemer bij de politie. Aabo zag af van verdere vervolging jegens werknemer omdat de feiten niet bewijsbaar zouden zijn. Aabo vordert voor recht te verklaren dat werknemer jegens Aabo aansprakelijk is voor alle door haar geleden en nog te lijden schade als gevolg van diens toerekenbare tekortkoming in de nakoming van de uit hoofde van de arbeidsovereenkomst op hem rustende verplichtingen c.q. op grond van onrechtmatige daad.

Oordeel

Volgens de kantonrechter is het meest verstrekkende verweer van werknemer het beroep op verjaring. Onbetwist is gebleven dat Aabo pas op 8 oktober 2014 bij de steekproef de nul-facturen heeft ontdekt. Dit is dan ook het moment waarop de verjaringstermijn is

aangevangen ten aanzien van alle nul-facturen. Dat Aabo op een eerder moment deze nul-facturen had kunnen ontdekken, maakt het voorgaande niet anders. Conclusie is daarom dat de vordering met betrekking tot de in 2014 ontdekte nul-facturen niet is verjaard, nu de dagvaarding op 30 januari 2018 (te weten minder dan vijf jaar later) aan werknemer is betekend. Daarnaast voert werknemer aan dat niet is geklaagd over de nul-facturen binnen een redelijke termijn. Vast staat echter dat na de ontdekking op 8 oktober 2014 direct op 10 oktober 2014 een gesprek met hem heeft plaatsgevonden, waarin hij is aangesproken op het maken van nul-facturen. Onder die omstandigheden valt niet in te zien dat niet tijdig is geklaagd. Verder betwist werknemer dat Aabo schade heeft geleden en hij daarvoor aansprakelijk is en verwijst hij daarbij naar de bedrijfscultuur. Werknemer heeft onvoldoende aangevoerd om te concluderen dat het hem was toegestaan en/of dat het bedrijfscultuur was om goederen weg te geven. Dat dit wel zo was, strookt ook niet met de eigen verklaring van werknemer dat hij met de nul-facturen voorraadverschillen probeerde te maskeren. De schade wordt begroot op de inkoopbedragen van de op de nul-facturen genoemde producten. Ingevolge artikel 7:661 lid 1 BW is werknemer alleen aansprakelijk voor deze schade, indien vast komt te staan dat de schade het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van werknemer. Nu werknemer zelf heeft verklaard dat hij opzettelijk de voorraadverschillen heeft willen verbergen, wordt geoordeeld dat werknemer ernstig verwijtbaar heeft gehandeld. Met betrekking tot de vorderingen ten aanzien van de handelingen van werknemer vóór 30 januari 2013 oordeelt de kantonrechter dat Aabo niet nader heeft toegelicht dat werknemer haar brieven heeft ontvangen en dat zij door overlegging van de brief van 27 mei 2016 onvoldoende heeft gesteld om te kunnen concluderen dat zij werknemer in 2014 aansprakelijk heeft gesteld en zij de verjaringstermijn daarna heeft gestuit. De gevorderde verklaring voor recht is te algemeen geformuleerd om voor toewijzing in aanmerking te komen, nu onder meer de concrete door Aabo gestelde tekortkoming(en) niet in de gevorderde verklaring zijn opgenomen.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 24-12-2018

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2018:9265

Zaaknummer: 6717853

Rechters: L. van Berkum

Advocaten: R. Gijsen en J.M. van Hattum

Wetsartikelen: 3:310 BW en 7:661 lid 1 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/CMA CGM (Holland) B.V.

Werknemer ontvangt tussen 2008-2011 naast salaris meer dan € 100.000 van zustervennootschap werkgever. Ernstig verwijtbaar handelen van werknemer wegens niet informeren werkgever. Geen gerechtvaardigd vertrouwen dat kwestie al was afgedaan.

Feiten

CMA CGM Holland B.V. (hierna: CMA CGM) is onderdeel van het internationaal opererende scheepvaart- en containervervoerbedrijf CMA CGM Groep. CMA CGM levert aan een groot aantal entiteiten uit de CMA CGM Groep, waaronder MacAndrews Holland B.V. (hierna: MacAndrews). Werknemer is op 1 juli 1997 in dienst getreden van CMA CGM Holland, laatstelijk in de functie van General Ledger Manager. In 2013 is hij eveneens werkzaamheden gaan verrichten voor CMA CGM & ANL Securities B.V. (hierna: 'CMA CGM & ANL'), waarvoor hij wordt betaald door CMA CGM & ANL. CMA CGM heeft werknemer in november 2016 op non-actief gesteld wegens frauduleuze handelingen. CMA CGM heeft onderzoek naar de fraude laten uitvoeren. De zaak is overgedragen aan een strafrechtelijk expert. In eerste aanleg heeft CMA CGM bij de kantonrechter gevorderd de arbeidsovereenkomst te ontbinden wegens ernstig verwijtbaar handelen van werknemer. De kantonrechter heeft bij beschikking van 17 oktober 2017 de arbeidsovereenkomst op grond van verwijtbaar handelen ontbonden per 1 november 2017 en geoordeeld dat CMA CGM werknemer geen vergoeding is verschuldigd. Tegen dit oordeel keert werknemer zich in hoger beroep.

Oordeel

CMA CGM heeft voldoende aannemelijk gemaakt dat werknemer vele boekingen heeft verricht op vijf fictieve crediteurenaccounts – de zogenoemde ‘Toute Neuve’ accounts – en dat er een verband is tussen de boekingen op die accounts en de – niet (gemotiveerd) door werknemer betwiste – door hem ontvangen 23 betalingen van in totaal € 105.928,46, gedurende een periode van bijna twee jaar afkomstig van de rekening van MacAndrews. Van werknemer had mogen worden verwacht dat hij, toen hij de (fictieve) Toute Neuve accounts

aanmaakte, daarop boekingen zonder onderliggende facturen deed (al dan niet op verzoek van de manager van de afdeling Finance) en van MacAndrews substantiële bedragen op zijn rekening ontving, bij CMA CGM aan de bel zou trekken, door haar bijvoorbeeld te informeren over (de aard van) deze betalingen. Werknemer heeft weliswaar gesteld dat hij ervan uit mocht gaan dat de betalingen bonussen waren, maar werknemer heeft zijn stelling verder niet onderbouwd. Dit geldt temeer nu de ontvangen bedragen niet in verhouding stonden tot het maandsalaris van werknemer, werknemer geen dienstverband met MacAndrews had, werknemer nooit heeft gevraagd waarom hij de bedragen ontving en daar ook nooit bij CMA CGM naar heeft geïnformeerd. Werknemer heeft verder als verweer aangevoerd dat hij in 2011 gerechtvaardigd op de uitlatingen van de directeur van MacAndrews – in diens hoedanigheid van directeur van CMG CMA en van MacAndrews – mocht vertrouwen en hij er op basis van die uitlatingen van uit mocht gaan dat hij niet meer zou worden aangesproken op de door hem ontvangen betalingen. Het hof is van oordeel dat werknemer niet aan zijn stelplicht heeft voldaan. Enige nadere onderbouwing van de stelling van werknemer ontbreekt. Het hof is van oordeel dat de gedragingen van werknemer kunnen worden gekwalificeerd als ernstig verwijtbaar handelen als bedoeld in artikel 7:669 lid 3 aanhef en sub e BW. Zijn leeftijd, de lange duur van het dienstverband (ruim 20 jaar) en zijn goede functioneren de afgelopen jaren, leiden gezien de (frauduleuze) aard en omvang van zijn handelwijze niet tot een ander oordeel. Dit betekent dat CMA CGM ingevolge artikel 7:673 lid 7 aanhef en sub c BW aan werknemer geen transitievergoeding verschuldigd is. Er is geen plaats voor (gedeeltelijke) toekenning van een transitievergoeding wegens persoonlijke omstandigheden. Naar het oordeel van het hof is het niet toekennen van de transitievergoeding in het onderhavige geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar. Weliswaar is werknemer reeds in 1997 in dienst getreden van CMA CGM en is dus sprake van een lang dienstverband, maar gelet op de duur en omvang van de ontvangen betalingen kan niet worden gesproken van een relatief kleine misstap. Andere omstandigheden, zoals zijn leeftijd en het langere tijd wel goed functioneren, leggen tegenover de omvangrijke zelfverrijking onvoldoende gewicht in de schaal om te oordelen dat het niet toekennen van de transitievergoeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Voor toekenning van een billijke vergoeding aan werknemer bestaat evenmin grond. Van een beëindiging van de arbeidsovereenkomst als gevolg van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten door CMA CGM is geen sprake. De bestreden beschikking zal worden bekrachtigd.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 18-12-2018

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2018:3731

Zaaknummer: 200.231.570/01

Rechters: M.D. Ruizeveld, H.J. van Kooten en I. Zaal

Advocaten: M.W.A.M. van Kempen en L. van Luipen

Wetsartikelen: 7:669 lid 3 sub e BW, 7:669 lid 1 BW, 7:673 lid 7 BW, 7:673 lid 8 BW en 7:671b lid 8 sub c BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Lyppens Juweliers B.V.

Vordering tot wedertewerkstelling toegewezen. Niet gebleken is dat voor de aanleiding van de op non-actiefstelling sprake was van kwade opzet bij werknemer. Mede gelet op het lange dienstverband is de op non-actiefstelling een te zware maatregel.

Feiten

Lyppens exploiteert een juwelierszaak. Werknemer is sinds 1 november 1994 in dienst bij Lyppens als verkoper. Werknemer ontwerpt ook sieraden voor Lyppens. Daarnaast heeft werknemer enige jaren geleden een eigen bedrijf opgericht, van waaruit hij door hem ontworpen sieraden laat maken in India. Lyppens stelt daarvoor materiaal ter beschikking. Deze sieraden worden dan ook verkocht door Lyppens. Een groot deel van de voorraden sieraden heeft Lyppens in consignatie. Op 13 augustus 2018 en op 5 oktober 2018 heeft Lyppens met werknemer gesproken en hem gewezen op zijn functioneren. Ook heeft Lyppens medegedeeld dat zij geen consignatiegoederen meer van werknemer inneemt. op 24 oktober 2018 vindt er een incident plaats. Een vaste klant van Lyppens kwam een bestelling ophalen. Voor de betaling had zij een bedrag in contanten van € 3.750 in een envelop meegenomen. Werknemer had de envelop in de kluis moeten leggen, maar is dat vergeten. Nog diezelfde avond is hij naar de winkel gegaan, maar kon de envelop niet vinden. Later bleek dat de klant de envelop weer in haar tas had gedaan en mee naar huis had genomen. Naar aanleiding van dit incident heeft Lyppens werknemer uitgenodigd voor een gesprek. Daarin is hem medegedeeld dat besloten is om het dienstverband niet langer voort te zetten en dat werknemer met onmiddellijke ingang is vrijgesteld van zijn werkzaamheden. Werknemer vordert in kort geding wedertewerkstelling. Werkgever heeft inmiddels in een andere procedure ook een verzoek ingediend tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens verwijtbaar handelen dan wel omdat sprake is van een verstoorde arbeidsrelatie.

Oordeel

Als uitgangspunt geldt dat Lyppens als goed werkgever werknemer slechts de mogelijkheid om de overeengekomen arbeid te verrichten mag onthouden, als zij daarvoor een redelijke

grond heeft. Die grond dient voldoende zwaar te wegen, gelet op het in beginsel zwaarwegende belang van werknemer om de bedongen arbeid te kunnen blijven verrichten. De aanleiding voor de op non-actiefstelling is het incident met de envelop. Aan werknemer kan mogelijk worden verweten dat hij slordig heeft gehandeld, maar van kwade opzet is niet gebleken. Hoewel de klant volgens Lyppens het bedrag nog steeds niet heeft teruggegeven, kan werknemer daarvan naar het voorlopig oordeel van de kantonrechter geen verwijt worden gemaakt. Mede in aanmerking nemend dat werknemer een lang dienstverband heeft en er nooit noemenswaardige incidenten zijn voorgevallen, is de door Lyppens getroffen maatregel dan ook te zwaar. De beschuldigingen van Lyppens die betrekking hebben op gemaakte afspraken met werknemer, kan de kantonrechter in kort geding niet voldoende onderzoeken. De afspraken die partijen hebben gemaakt over de uitvoering, reparatie en betaling van de door werknemer ontworpen sieraden liggen niet vast. De verklaringen van werknemers hierover zijn niet van voldoende gewicht, nu niet aannemelijk is dat zij van die afspraken op de hoogte waren. Op een mogelijk voor werknemer negatieve uitkomst van de ontbindingsprocedure kan daarom niet vooruit worden gelopen. De vordering tot wedertewerkstelling zal daarom worden toegewezen.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 17-01-2019

Zaaknummer: 7393279

ANNOTATIE

Eén platform, één rechtbank, twee uitkomsten

mr. dr. J.H. Bennaars

Inleiding

Nederland heeft zijn eerste rechterlijke beslissingen over de arbeidsrechtelijke status van platformwerkers. Op 23 juli 2018 oordeelde de Rechtbank Amsterdam (ECLI:NL:RBAMS:2018:5183) dat een Deliveroo-bezorger opdrachtnemer is (hierna ook ‘de Ferwerda-uitspraak’). Op 15 januari 2019 oordeelde dezelfde rechtbank in meer algemene zin dat Deliveroo-bezorgers krachtens een arbeidsovereenkomst werken (hierna ook: ‘de FNV-uitspraak’, ECLI:NL:RBAMS:2019:198) en in een tweede uitspraak van dezelfde datum dat zij vallen onder de cao Beroepsgoederenvervoer over de weg. De FNV-uitspraak is zeer uitgebreid en raakt aan tal van elementen van de kwalificatievraag. Het gaat het bestek van deze annotatie te buiten om alle elementen te bespreken. De nadruk ligt op de verschillen tussen de twee uitspraken over de kwalificatie van de rechtsverhouding en ik ga vooral in op de rol van de partijbedoeling en op de verplichting (of vrijblijvendheid) arbeid te verrichten. Ik laat een nadere beschouwing over de ontvankelijkheidskwestie in de FNV-uitspraak buiten beschouwing, evenals de cao-uitspraak.

De twee uitspraken gaan over het platform Deliveroo dat zich bezighoudt met maaltijdbezorging. Sinds 2015 biedt Deliveroo een digitaal platform aan waar onafhankelijke restaurants via een bestel- en betaalsysteem worden gekoppeld aan klanten. Deliveroo biedt een maaltijdbestelsysteem, een onlinebetaalsysteem en een bezorgdienst aan restaurants aan. Voor de bezorgdienst zijn aanvankelijk bezorgers in dienst genomen op basis van bepaaldetijdcontracten. Eind 2017 is Deliveroo (gefaseerd) overgestapt naar een model waarin gewerkt wordt met zelfstandige bezorgers en niet meer met werknemers. De zelfstandige bezorgers werken op basis van een partnerovereenkomst. Er zijn verschillen tussen de eerder gehanteerde arbeidsovereenkomsten en de latere partnerovereenkomsten, zowel in de tekst als in de feitelijke uitvoering van de werkzaamheden.

De uitspraken – verschillen

De uitspraken verschillen in de eerste plaats omdat in de Ferwerda-uitspraak een individuele bezorger partij was en in de FNV-uitspraak niet. Dat heeft in deze laatste zaak geleid tot een debat over de vraag of FNV wel ontvankelijk is op grond van artikel 3:305a BW. Deliveroo bepleitte dat dat niet het geval was omdat de vordering zich niet leent voor bundeling nu de belangen niet gelijksoortig zijn. De kwalificatievraag is immers een individuele beoordeling waarbij ook een rol speelt hoe in individuele gevallen de opdrachtovereenkomst is ingevuld. De rechter is van oordeel dat dit punt eerder ziet op de vraag of de vordering (verklaring voor recht) zich leent voor toewijzing, hetgeen een inhoudelijk oordeel is. Ten aanzien van de ontvankelijkheid overweegt de rechter dat FNV een eigen zelfstandig belang heeft, gelet op haar statuten en doelstellingen en dat ook belangen van anderen in het geding zijn, ook al kunnen die belangen diffuus zijn en ook al zullen wellicht niet alle bezorgers instemmen met deze collectieve actie, hetgeen ook niet vereist is. Ook het tweede argument van Deliveroo – de belangen van de vertegenwoordigde personen zijn niet voldoende gewaarborgd – gaat niet op. De kantonrechter oordeelt dat de achtergrond van dit criterium is dat voorkomen moet worden dat claimstichtingen het collectief actierecht gebruiken om hun eigen commercieel gedreven motieven na te streven en dat doet zich hier niet voor. De kantonrechter overweegt dat, als de vordering slaagt, bezorgers die dat willen aanspraak kunnen maken op een arbeidsovereenkomst, maar een geslaagde vordering leidt er niet toe dat de overeenkomsten automatisch worden omgezet. Ook de belangen van bezorgers die niet achter de actie staan zijn gewaarborgd, zo lees ik deze laatste overweging, en FNV is ontvankelijk. Vooralsnog hebben zich geen bezorgers gemeld bij Deliveroo, zo blijkt uit media-uitingen van het bedrijf.

De inhoudelijke beoordeling van de vordering begint met het oordeel dat het wel degelijk mogelijk is om een oordeel te geven over de vraag of een rechtsverhouding tussen een bedrijf en een groep van werkers moet worden aangemerkt als een arbeidsovereenkomst. De kantonrechter verwijst onder meer naar de arresten HR 14 april 2006, *NJ* 2007, 447 (Beurspromovendi) en HR 12 september 2014, *JAR* 2014/260, waarin de Hoge Raad ook een oordeel geeft over de rechtsverhouding van een groep werkenden. Kortom, de vordering leent zich voor toewijzing.

Het toetsingskader, de partijbedoeling en de rol van de overeenkomst

Het eerste verschil in de inhoudelijke beoordeling dat opvalt, is de wijze waarop de kantonrechters het geschetste toetsingskader toepassen. In beide gevallen wordt de Groen/Schoeversformule (HR 14 november 1997, *NJ* 1998, 149) als uitgangspunt gebruikt, waarbij niet de oorspronkelijke formulering uit Groen/Schoevers wordt gehanteerd: '(...) wat tussen hen heeft te gelden wordt bepaald door *hetgeen* hun bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stond, mede in aanmerking genomen de wijze waarop zij feitelijk aan de overeenkomst uitvoering hebben gegeven (...)', maar de formulering die de Hoge Raad

sinds het Gouden Kooi-arrest gebruikt: ‘(...) dienen niet alleen *de rechten en verplichtingen* in aanmerking te worden genomen die partijen bij het sluiten van overeenkomst voor ogen stonden, maar dient ook acht geslagen te worden op de wijze waarop partijen uitvoering hebben gegeven aan hun overeenkomst (...)’ (HR 25 maart 2011, *NJ* 2011, 594, r.o. 3.3.2).

Hoewel in beide uitspraken dus wordt verwezen naar de ‘rechten en verplichtingen die partijen over een weer voor ogen stonden’, wordt in de Ferwerda-uitspraak uiteindelijk vooral getoetst of partijen de intentie hadden *een arbeidsovereenkomst* aan te gaan (r.o. 12). De kantonrechter concludeert dat partijen die intentie niet hadden. Deze conclusie is niet alleen gebaseerd op de beoogde *rechten en verplichtingen* (zoals de vrijheid om al dan niet te werken, zich te laten vervangen of de werkzaamheden naar eigen inzicht en zonder toezicht uit te oefenen), maar naar het lijkt meer nog op de expliciete vermeldingen in de overeenkomst dat partijen geen arbeidsovereenkomst beogen aan te gaan. De kantonrechter betreft daarbij ook dat gebleken is dat Ferwerda zich hiervan bewust was (hij had zelf om omzetting gevraagd en zich ingeschreven in de Kamer van Koophandel) en dat niet is komen vast te staan dat Ferwerda zijn wil niet kon bepalen of niet goed wist wat hij deed.

Door de op zichzelf juist omschreven toets op deze wijze uit te voeren, heeft de kantonrechter in de Ferwerda-uitspraak het dwingendrechtelijk karakter van de definitie van de arbeidsovereenkomst miskend. Het staat niet ter vrije beschikking van partijen (de onderneming én de werker) te kiezen of een overeenkomst kwalificeert als een arbeids- of opdrachtovereenkomst (Van Slooten en Wiewel wijzen hier in hun annotatie van de Ferwerda-uitspraak ook op, *JAR* 2018/189; zie ook Verhulp in zijn annotatie bij HR 9 december 2011, *NJ* 2012, 259 over dit onderwerp). Het staat wel ter vrije beschikking van partijen om bijvoorbeeld afspraken te maken over de mate van vrijblijvendheid, de wijze van betaling en de mate waarin aanwijzingen al dan niet moeten worden opgevolgd. Dat is wat in Groen/Schoevers is bedoeld met de zinsnede dat ‘partijen die een overeenkomst sluiten die strekt tot het verrichten van werk tegen betaling, *deze overeenkomst op verschillende wijzen kunnen inrichten*’ (r.o. 3.4, cursivering JHB).

De kantonrechter had in de Ferwerda-uitspraak kunnen volstaan met de constatering dat partijen blijkens de vastlegging van hun afspraken (samengevat) veel vrijheid en weinig verplichtingen hebben beoogd. Vervolgens moet worden getoetst of *die afspraken* en de wijze waarop daaraan feitelijk uitvoering is gegeven, maken dat de rechtsverhouding als arbeidsovereenkomst ex artikel 7:610 BW moet worden gekwalificeerd. Het lijkt een subtiel onderscheid: hoe beogen partijen hun rechtsverhouding te kwalificeren en welke rechten en verplichtingen beogen partijen over en weer tot stand te brengen. Het onderscheid is echter wezenlijk voor het dwingendrechtelijk karakter van de definitie van artikel 7:610 BW.

In de FNV-uitspraak benoemt de kantonrechter dit als volgt (r.o. 22): hoewel begrip bestaat voor de behoefte aan flexibiliteit (van ondernemingen en van werkers), brengt het dwingendrechtelijk karakter van het arbeidsrecht met zich dat het niet aan partijen is te beslissen of ze van dat arbeidsrecht af willen wijken. Dat er voor een bepaalde groep geen behoefte is aan de bescherming of dat de gevolgen van het aanmerken als een arbeidsovereenkomst ongewenst en te zwaar zijn, kan geen doorslaggevende rol spelen bij de kwalificatie nu deze aspecten moeten worden geacht te zijn verwerkt in het wettelijk systeem. Als daarin verandering moet komen, dan ligt dat op de weg van de wetgever, aldus nog steeds de kantonrechter. Ook hierin onderscheidt zich de FNV-uitspraak van de Ferwerda-uitspraak. In laatstgenoemde uitspraak wordt eveneens opgemerkt dat de wetgever aan zet is, maar dan voor het geval het ongewenst wordt geacht dat platformen als Deliveroo ‘dergelijke overeenkomsten’ aanbieden. In de FNV-uitspraak wordt de vinger iets preciezer op de zere plek gelegd: het huidige arbeidsrechtelijk en sociaalrechtelijke systeem schrijft dwingend voor wie bescherming krijgt en wie niet, daar valt niet in te kiezen. Een keuzemogelijkheid voor partijen vraagt (dus) om een systeemwijziging.

In de FNV-uitspraak staat nog een opmerkelijke passage als het gaat om de rol van de partijbedoeling. Niet alleen wordt terecht gepreciseerd dat het moet gaan om de partijbedoeling ten aanzien van de wederzijdse rechten en verplichtingen, ook overweegt de kantonrechter dat aan de schriftelijke vastlegging van die partijbedoeling meer waarde gehecht kan worden naarmate meer is onderhandeld over het contract. De kantonrechter verwijst onder meer naar Groen/Schoevers waarin de opdrachtconstructie op uitdrukkelijk verzoek van de vermeende werknemer was gekozen. In het geval van Deliveroo is sprake van niet onderhandelbare standaardcontracten, opgesteld door Deliveroo. Zeker voor de bedoeling van de bezorger kan daarom aan het schriftelijk contract geen doorslaggevende betekenis worden gehecht. Hooguit kan worden aangenomen dat deze voor het voortzetten of verkrijgen van het werk bereid is geweest aan de voorwaarden van Deliveroo te voldoen (r.o. 21). Deze benadering is niet vaak zo geëxpliciteerd, maar lijkt mij juist: het is niet zo dat in het geheel geen betekenis toekomt aan hetgeen op schrift staat, maar doorslaggevend voor de partijbedoeling kan het toch niet zijn als sprake is van eenzijdig opgelegde voorwaarden. Dit argument komt vaker voor onder verwijzing naar ‘de maatschappelijke positie’ van partijen, maar het aansluiten bij het standaardkarakter van de overeenkomst is zuiverder. Het gaat immers niet zozeer om de maatschappelijke positie van de individuen, maar ook om de (onderhandelings)positie ten opzichte van elkaar.

Interessant is dat het Hof Amsterdam in zijn uitspraak van 10 juli 2018 (ECLI:NL:GHAMS:2018:2384, Krantenbezorgers/Persgroep AR-Updates 2018-o829, JAR 2018/198, m.nt. Said) ook heeft overwogen dat de krantenbezorgers waarschijnlijk gewoon

werk wilden (net als de Deliveroo-bezorgers), maar met een omgekeerde uitkomst. Het hof acht het aannemelijk dat de bezorgers vooral voor ogen stond dat zij betaald werk zochten en dat ze weinig belang hebben gehecht aan de aard van de rechtsverhouding die zij aangingen. Ook is aannemelijk dat zij achteraf gezien de voorkeur zouden hebben gegeven aan een arbeidsovereenkomst. Toch oordeelt het hof dat het de bedoeling van partijen was een arbeidsovereenkomst te sluiten omdat nergens uit is gebleken dat de krantenbezorgers destijds niet voor ogen stond een arbeidsovereenkomst te sluiten. De benadering van het Hof Amsterdam lijkt meer op de benadering van de kantonrechter in de Ferwerda-uitspraak en is mijns inziens onjuist (zie ook S. Said in haar annotatie onder de hof-uitspraak). Nu Deliveroo heeft aangekondigd in hoger beroep te gaan, zal het Hof Amsterdam zich opnieuw moeten buigen over de rol van standaardovereenkomsten en over de toetsingsmaatstaf uit Groen/Schoevers (zoals door de Hoge Raad enigszins geherformuleerd in het Gouden Kooi-arrest).

Samengevat: in de FNV-uitspraak wordt de rol van de partijbedoeling beperkt doordat de rechter alleen de bedoeling van partijen met betrekking tot de rechten en verplichtingen toetst en daaraan ook nog eens geen doorslaggevende betekenis toekent nu sprake is van een standaardcontract. In de Ferwerda-uitspraak wordt ook gekeken naar de partijbedoeling ten aanzien van de kwalificatie van de rechtsverhouding en speelt het standaardkarakter van het contract geen rol.

De uiteindelijke kwalificatie

In de uiteindelijke beoordeling na het bespreken van de partijbedoeling worden de volgende elementen behandeld:

(1) verplichting om arbeid te verrichten (FNV-uitspraak r.o. 27-37) / inroostering en toekennen bezorgingen (Ferwerda-uitspraak r.o. 14 -19 en 30); (2) mogelijkheid vervanging (FNV-uitspraak r.o. 38-40) / vervanging en persoonlijke arbeidsrelatie (Ferwerda-uitspraak r.o. 22-24); (3) beloning (FNV-uitspraak r.o. 41-44) / administratie en tarieven (Ferwerda-uitspraak r.o. 25-28); (4) materialen (FNV-uitspraak r.o. 46-47) / kleding (Ferwerda-uitspraak r.o. 20); (5) overige rechten en verplichtingen (FNV-uitspraak r.o. 48-51) / veiligheidsregels (Ferwerda-uitspraak r.o. 21); (6) inschrijving Kamer van Koophandel (FNV-uitspraak r.o. 45 en Ferwerda-uitspraak r.o. 12); (7) zelfstandigheid in uitoefening van beroep en bedrijf (FNV-uitspraak 52-53); (8) het rechtsvermoeden van artikel 7:610a BW (alleen Ferwerda-uitspraak r.o. 8).

(1) De verplichting om arbeid te verrichten

De verplichting om arbeid te verrichten vloeit voort uit de formulering van artikel 7:610 BW:

de werknemer *verbindt* zich arbeid te verrichten. Een (te) grote mate van vrijblijvendheid om al dan niet te werken verdraagt zich niet goed met het karakter van de arbeidsovereenkomst. In beide uitspraken is vastgesteld dat na de overgang van arbeidsovereenkomsten naar opdrachtovereenkomsten de verplichtingen in het contract met betrekking tot het verrichten van werk (sterk) zijn gewijzigd. Toen nog werd gewerkt met arbeidsovereenkomsten was de bezorger verplicht zich voor bepaalde periodes op te geven voor arbeid (één weekendshift en één avondshift per week) en gedurende de ingeroosterde diensten beschikbaar te zijn en geen opdrachten te weigeren, dit alles op straffe van een ontslag op staande voet. In de nieuwe situatie ontstaat er pas een verplichting tot het verrichten van arbeid als de bezorging door de bezorger is geaccepteerd en door Deliveroo is toegewezen. Reserveren van een tijdvak mag, maar hoeft niet. In een door de bezorger gereserveerd tijdvak hoeft niet te worden ingelogd, mag later worden ingelogd of eerder uitgelogd en een bestelling hoeft door de bezorger niet te worden geaccepteerd. Toewijzing van bezorgingen gaat via een algoritme dat de dichtstbijzijnde bezorger kiest.

In de Ferwerda-uitspraak wordt geoordeeld dat dit dermate verschilt van de wijze waarop partijen met elkaar werkten toen er nog een arbeidsovereenkomst was, dat het een aanwijzing is dat sprake is van een opdrachtovereenkomst. Eveneens is geoordeeld dat het inrooster- en toewijssysteem (dat in die uitspraak voornamelijk wordt beoordeeld in het kader van het gezagscriterium) er weliswaar toe kan leiden dat bezorgers die goed presteren 'priority access' krijgen bij het reserveren van de shifts, maar dat dat onvoldoende is om van een rankingsysteem te spreken en dat dit systeem onvoldoende gebruikt wordt om te kunnen spreken van (een vorm van) gezag.

De kantonrechter in de FNV-uitspraak oordeelt anders en komt tot de conclusie dat van een algehele vrijheid zoals uit de afspraken lijkt voort te vloeien, in feite geen sprake kan zijn indien de bezorger (voldoende) inkomen wil genereren. De kantonrechter overweegt hiertoe onder meer dat (1) het bedrijfsmodel van Deliveroo meebrengt dat altijd iemand beschikbaar moet zijn, (2) bezorger en Deliveroo gebaat zijn bij snelle bezorging en (3) het niet voor de hand ligt dat de bezorger voor een incidentele bezorging de overeenkomst aangaat (gelet op de kosten van inschrijving bij de Kamer van Koophandel en het aan te schaffen materiaal in vergelijking met de opbrengsten per bezorging). Ook het inroostersysteem en de toewijzing via het algoritme dragen bij aan een zekere verplichting om beschikbaar te zijn. Het toewijzen van de bezorging aan de dichtstbijzijnde bezorger impliceert dat deze zich in de buurt van het restaurant moet bevinden, het vooruitboeken van shifts heeft voordelen en het reserveren van shifts is de methode om zo veel mogelijk kans te maken op een bestelling, waarbij het roostersysteem de mogelijkheid biedt om de beschikbaarheid van bezorgers bij te sturen. De rechter overweegt dat ter zitting geen concreet antwoord is gegeven op de vraag of dat laatste

ook daadwerkelijk (nog) gebeurt, maar stelt vast dat de mogelijkheid bestaat en dat er een maximumaantal bezorgers is dat zich kan inschrijven voor een shift. Hetzelfde geldt voor de mogelijkheid die Deliveroo heeft om haar conclusies te trekken uit weigeringen van de bezorger om bezorgingen te accepteren en uit de beoordeling van de bezorgprestatie. Het wegvallen van de ontslag op staande voet-sanctie vindt de kantonrechter geen wezenlijk verschil gelet op de eenvoudige manier waarop de overeenkomst beëindigd kan worden en de mogelijkheid om geen bestellingen meer toe te wijzen.

Al met al concludeert de rechter dat de vrijheid om niet te werken aanzienlijk minder groot is dan het contract suggereert. Dit onderdeel van de FNV-uitspraak geeft aanleiding tot twee opmerkingen.

Parallel met Uber-zaak Hof van Justitie EU

In de eerste plaats doet de wijze waarop de kantonrechter in de FNV-uitspraak dit element toetst denken aan de conclusie van A-G Szpunar bij de Elite Taxi/Uber-uitspraak van het Hof van Justitie EU (20 december 2017, C-434/15). In deze zaak ging het niet om de vraag of sprake was van een arbeidsovereenkomst, maar om de vraag of Uber een technologiebedrijf of een taxibedrijf is. A-G Szpunar ging in zijn conclusie ook in op de vraag of Uber louter een bemiddelende rol speelde of eerder een opdrachtgever/werkgever was. Zonder zich over het onderscheid werknemer-opdrachtnemer uit te spreken, concludeerde Szpunar dat Uber zeker meer doet dan alleen bemiddelen: de werkwijze organiseren, voorwaarden aan het uitvoeren van de activiteit, het (financieel) belonen van meer ritten, chauffeurs 'dirigeren' naar plekken waar veel ritten zijn, beoordelingsmogelijkheden en sancties, prijsstelling enzovoort. In randnummer 52 constateert Szpunar dat de controlemechanismen van Uber misschien nog wel effectiever zijn dan de klassieke controle die door de werkgever wordt uitgeoefend.

De analyse van de kantonrechter in de FNV-uitspraak lijkt ook op deze manier naar de feitelijke werkwijze te kijken: op papier bestaat geen verplichting, maar alles is erop gericht om bezorgers zo veel mogelijk te laten werken op de momenten die ertoe doen. Zij bespreekt dit weliswaar in het kader van de verplichting om arbeid te verrichten en niet in het kader van het gezagscriterium, maar de wijze waarop zij indirectere beïnvloeding een rol geeft, zou ook kunnen worden toegepast op het gezagscriterium. Of de uiteindelijke conclusie nu zou moeten zijn dat er wel of geen verplichting tot het verrichten van arbeid is, vind ik minder interessant dan de weg ernaartoe. De wijze waarop een onderneming degenen die voor haar werken kan aansturen, heeft al een ontwikkeling doorgemaakt van de vrij eendimensionale instructiebevoegdheid, naar het formele en materiële gezagscriterium en de verschillende gezichtspunten daarbinnen.

Oog hebben voor andere wijze van sturing, door bepaald gedrag te belonen, maar ook bijvoorbeeld door gamification en het 'Netflix-effect', is een volgende stap en hoort meegewogen te worden in de kwalificatie van de arbeidsrelatie. Met het Netflix-effect doel ik op (een onderdeel van) de werkwijze van Uber, die de chauffeur al een nieuwe rit aanbiedt voordat de lopende rit is afgelopen, wat uitnodigt tot blijven rijden. Gamification is een manier waarop platformen de app in kunnen richten: het wordt een sport om zo veel mogelijk taken te verrichten teneinde een bonus, een voorkeurspositie of een 'next level' te bereiken. Voor de goede orde: deze elementen waren niet aan de orde in deze uitspraak over dit specifieke platform. De rechter heeft zich beperkt tot de effecten van het rooster- en toewijzingssysteem ten aanzien van de verplichting om te werken. Mijn stelling is evenmin dat dit soort elementen in platformapps *dus* tot de conclusie moet leiden dat het platform gezag uitoefent of werkers tot arbeid verplicht, op andere wijze dan contractueel vastgelegd. Mijn stelling is wel dat deze elementen niet buiten beschouwing moeten worden gelaten omdat zij op het eerste gezicht misschien niet passen bij het traditionele beeld dat bestaat bij aansturing.

Raamovereenkomst als arbeidsovereenkomst

Een tweede opmerking ziet op een bijna terloopse opmerking van de kantonrechter in r.o. 28: nu pas een verplichting tot bezorging ontstaat als de bezorging is toegewezen en door de bezorger geaccepteerd, is in wezen sprake van een raamcontract met een uitgestelde prestatieplicht. Of dan in de uitspraak de uiteindelijk verrichte prestatie wordt gekwalificeerd of de raamovereenkomst, wordt niet expliciet gemaakt. De uiteindelijk toegewezen verklaring voor recht inhoudende dat 'de tussen Deliveroo en haar bezorgers verklaarde rechtsverhouding, in afwijking van het schriftelijke contract, (nog steeds) is aan te merken als een arbeidsovereenkomst' duidt erop dat de raamovereenkomst wordt gekwalificeerd als arbeidsovereenkomst. Laagland en Kloostera hebben in een recente bijdrage in *Ondernemingsrecht* uiteengezet dat dit in de Nederlandse rechtspraak niet gebruikelijk is, maar wel past bij het Europese werknemersbegrip (F.G. Laagland & J. Kloostera, 'De Engelse tussencategorie als oplossing voor platformwerk: mythe of werkelijkheid', *Ondernemingsrecht* 2019/7). De consequentie van de conclusie dat het raamcontract een arbeidsovereenkomst is, is dat de regels met betrekking tot de oproepovereenkomst (zoals binnenkort aangescherpt door de Wet arbeidsmarkt in balans) van toepassing zijn. Dit lijkt zich niet goed te verdragen met het bedrijfsmodel van Deliveroo en de (kennelijke) wens van bezorgers, bijvoorbeeld als het gaat om artikel 7:628a BW (uitbetaling van 3 uur, ook bij een kortere oproep). Meer in het algemeen leidt de kwalificatie van de raamovereenkomst tot arbeidsovereenkomst ertoe dat een kenmerkend element van platformwerk, het ter beschikking hebben van een grote pool aan werkers die voor wachttijd niet worden betaald, minder goed uit de verf komt gelet op de

regels over oproepovereenkomsten. Aan de kant van de werkers stuit dit ook op bezwaren omdat zij – kennelijk – werkblokken van 3 uur te lang vinden en juist worden aangetrokken door de mogelijkheid korter te werken (wat overigens op grond van art. 7:628a BW ook kan, dat artikel verplicht slechts onder omstandigheden te betalen voor minimaal 3 uur ongeacht de duur van de oproep).

Samengevat: in de Ferwerda-uitspraak oordeelt de kantonrechter dat de bezorger een grote mate van vrijheid heeft om niet te werken, hetgeen zich niet goed verdraagt met een arbeidsovereenkomst. In de FNV-uitspraak oordeelt de kantonrechter dat die vrijheid op papier wel bestaat, maar in de feitelijke uitvoering minder sterk naar voren komt omdat zowel het bedrijfsmodel als de rooster- en toewijzingssystemen juist wel sturend zijn.

(2) De verplichting de arbeid persoonlijk te verrichten versus de mogelijkheid zich te laten vervangen

Artikel 7:659 BW bepaalt dat de werknemer verplicht is de arbeid zelf te verrichten en zich alleen met toestemming van de werkgever door een derde kan laten vervangen. Omgekeerd geredeneerd: een overeenkomst waarbij iemand zich vrij kan laten vervangen, zal niet snel als een arbeidsovereenkomst worden beschouwd. Ook een opdrachtovereenkomst kan aangegaan zijn met het oog op een bepaald persoon en ook in dat geval is de opdrachtnemer gehouden de opdracht zelf uit te voeren (art. 7:404 BW). In de FNV-uitspraak wordt terecht overwogen dat hierdoor geen sprake is van een onderscheidend criterium.

De vrije vervanging is een intrigerend criterium waaraan in de lagere rechtspraak vaak veel waarde wordt toegekend (zie S. Said, 'Werknemer of zelfstandige? Drie keer raden!', ARA 2017 nr. 1 die uitgebreid ingaat op het criterium en de herkomst daarvan). Intrigerend omdat het criterium soms vermengd lijkt te worden met het element 'ondernemerschap' dat in de holistische weging ook aan de orde komt, maar geen plek heeft in de definitie van de arbeidsovereenkomst of opdrachtovereenkomst. Leidt de vrije vervangbaarheid ertoe dat een werker met zijn opdrachten andere werkers aan de slag kan houden (en daar ook nog iets aan over kan houden), dan zit daar een element van ondernemerschap in en ligt een opdrachtovereenkomst voor de hand. In de FNV-uitspraak lijkt de kantonrechter daarop te doelen in r.o. 55 waarin wordt overwogen dat het niet ondenkbaar is dat in de praktijk bezorgers toch mogelijkheden vinden om het werk om te zetten in een bedrijfsuitoefening waardoor het karakter van een overeenkomst van opdracht wel gaat overheersen. Dit lijkt een verwijzing naar die PostNL-zaken waarin geoordeeld werd dat de pakketbezorger een opdrachtnemer was, mede omdat hij zoveel werk aannam dat hij daarmee anderen aan het werk kon houden en in feite een 'businessmodel' had gecreëerd (zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 5 juli 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2686)

Een ander intrigerend element is dat ‘wezen voor schijn’ bij de vrije vervangbaarheid niet altijd op lijkt te gaan. Als het overeengekomen is, dan is het niet relevant of de werker zich ook daadwerkelijk laat vervangen (HR 21 maart 1969, *NJ* 1969, 321 en HR 9 december 2011, *NJ* 2012, 259 m.nt. E. Verhulp). Een opmerkelijke anomalie in het arbeidsrecht waar de feitelijke situatie toch meestal doorslaggevend is, waarop ook wel kritiek is (zie bijvoorbeeld het rapport van de Commissie (model)overeenkomsten in het kader van de Wet DBA). In de Ferwerda-uitspraak overweegt de kantonrechter hierover niet veel meer dan dat het feit dat Deliveroo objectieve eisen stelt aan de vervangers (vaardigheden) nog niet maakt dat sprake is van een dode letter. In de FNV-uitspraak gooit de kantonrechter het over een andere boeg. De kantonrechter overweegt dat weliswaar is opgenomen in het contract dat vervanging zonder toestemming van Deliveroo mag, maar dat de vervanger Deliveroo wel zijn legitimatiebewijs en het bewijs om in Nederland te mogen werken toont. De vervanging mag dus alleen als de vervanger zich heeft bekendgemaakt aan Deliveroo, hetgeen gezien kan worden als toestemming in de zin van artikel 7:659 BW. Verder overweegt de kantonrechter dat de mogelijkheid zich te laten vervangen in feite inhoudsloos is omdat niet goed valt in te zien wanneer dit voor de bezorger nuttig, wenselijk of handig kan zijn (zo begrijp ik r.o. 38 en 39). Vervanging na toewijzing en acceptatie van een bezorging lijkt gelet op de korte tijd waarbinnen moet worden bezorgd niet zinvol en vrijwel onmogelijk. Vervanging voor een sessie waarop vooraf is ingeschreven zou wel kunnen. Daarover overweegt de kantonrechter dat de behoefte aan vervanging alleen te verklaren als afmelding nadelig is (door daling ranking of door verlies bonusmogelijkheden), hetgeen zou duiden op een gezagsverhouding. Hetzelfde geldt voor de invloed die Deliveroo heeft op de vervanger: aan de vervanger worden dezelfde eisen gesteld als aan de bezorger en de vervanger werkt volgens dezelfde systemen. De link die de kantonrechter legt met de gezagsverhouding vind ik moeilijker te volgen dan de initiële redenering dat de mogelijkheid in feite inhoudsloos is en dat eigenlijk sprake is van vervanging met toestemming. Aan het einde van r.o. 40 wordt ook nog overwogen dat de ruime vervangingsmogelijkheden gelet op de omstandigheden (deels inhoudsloos, deels vervanger onderworpen aan hetzelfde gezag) niet in de weg staan aan het aannemen van een gezagsverhouding. Dat lijken mij eerder twee onderscheiden elementen.

Samengevat: in de Ferwerda-uitspraak draagt de vrije vervangingsmogelijkheid bij aan het oordeel dat sprake is van een opdrachtovereenkomst. In de FNV-uitspraak nuanceert de kantonrechter de contractuele vrijheid, niet door te kijken naar de feitelijke uitvoering, maar naar de vraag of vervanging een reële mogelijkheid is – los van de vraag of feitelijk daadwerkelijk wordt vervangen. Daarnaast beschouwt de kantonrechter de verplichting om zich bekend te maken als ‘toestemming’ in de zin van artikel 7:659 BW. De verbinding die wordt gelegd met het gezagscriterium is mijns inziens minder gelukkig. Het is wel de vraag of de waarde die doorgaans wordt toegekend aan de vrije vervanging/de verplichting persoonlijk

arbeid te verrichten bij de kwalificatie niet wat overschat is gelet op de mogelijkheid om dit binnen de arbeidsovereenkomst in zekere mate weg te contracteren.

(3) - (5) Materiaal, beloning/tarieven, overige rechten en plichten

De holistische weging van alle omstandigheden van het geval toont de casuïstische benadering: beide kantonrechters komen steeds tot tegengestelde conclusies. In de Ferwerda-uitspraak weegt bij het oordeel dat sprake is van een opdrachtovereenkomst mee dat de bezorgers voor hun eigen materiaal moeten zorgen en dat zij ook voor concurrerende ondernemingen mogen werken. In de FNV-uitspraak overweegt de kantonrechter dat het grootste deel van het materiaal (met uitzondering van de maaltijdbbox) ook in het dagelijks leven gebruikelijk is, zoals een smartphone en een fiets (die de bezorgers overigens ook al toen zij op basis van een arbeidsovereenkomst werkten zelf moesten aanschaffen). Deze veranderingen ten opzichte van de eerdere situatie is niet zodanig dat daardoor een verandering in de gezagsverhouding is opgetreden. Een vergelijkbare tegenstelling is te vinden in de overwegingen over concurrentie: in de Ferwerda-uitspraak draagt dat bij aan het opdracht karakter, in de FNV-uitspraak wijst de kantonrechter erop dat ook als sprake is van een arbeidsovereenkomst (zeker een kleine arbeidsovereenkomst) werken voor andere vergelijkbare bedrijven toegestaan kan zijn.

Ook ten aanzien van de beloning staan de kantonrechters lijnrecht tegenover elkaar: in de Ferwerda-uitspraak wordt overwogen dat onbetwist is dat Ferwerda meer verdiende per uur als opdrachtnemer dan als werknemer, hetgeen (kennelijk) bijdraagt aan de conclusie dat sprake is van een opdrachtovereenkomst. In de FNV-uitspraak overweegt de kantonrechter dat weliswaar meer wordt verdiend, maar dat dat niet zoveel meer is dat daarin een aanwijzing ligt dat het geen loon in de zin van artikel 7:610 BW is. De laatste rechter betreft dit gegeven dus in de beoordeling van het element 'loon' en niet zozeer als extra element in de holistische weging.

Ten slotte zijn de uitspraken ook tegengesteld als het gaat om de instructieverplichtingen. In de FNV-uitspraak wordt geoordeeld dat de aanwijzingsbevoegdheid tamelijk ruim is, zeker gelet op het standaardkarakter van het werk, en niet veel verschilt van de situatie waarin onder een arbeidsovereenkomst werd gewerkt. De kantonrechter in de Ferwerda-uitspraak vindt dat het regels zijn die ook in het kader van een opdrachtovereenkomst kunnen worden gesteld, nu ze met name op de veiligheid zien.

(6) Inschrijving Kamer van Koophandel

In de FNV-uitspraak overweegt de kantonrechter dat in zijn algemeenheid aan een inschrijving in de Kamer van Koophandel een belangrijke betekenis toekomt, maar dat dat in

dit geval niet zo is. Het is namelijk een verplichting die is opgelegd in de partnerovereenkomst en zonder de inschrijving kan het werk niet worden verricht. Onbetwist is dat bezorgers het werken voor Deliveroo soms expliciet als doelomschrijving hebben opgenomen en zeer weinig bezorgers al ingeschreven waren toen ze voor Deliveroo gingen werken. Dus alleen als andere indicatoren ook in de richting wijzen dat sprake is van de uitoefening van een bedrijf, komt hieraan betekenis toe, aldus de kantonrechter. In de Ferwerda-uitspraak betreft de kantonrechter de inschrijving in de Kamer van Koophandel en het aanvragen van een btw-nummer bij het duiden van de partijbedoeling: het zijn aanwijzingen dat de bezorger zich ervan bewust was dat hij als zelfstandig ondernemer voor Deliveroo zou gaan werken.

(7) Zelfstandigheid (alleen FNV-uitspraak)

De zelfstandigheid waarop in het contract veel nadruk is gelegd, overtuigt de kantonrechter in de FNV-uitspraak niet. Niet is gebleken dat de bezorgers zich richting klant of restaurant presenteren als zelfstandige met een eigen bedrijf of dat sprake is van een onderhandelingspositie van de individuele bezorger.

(8) Het rechtsvermoeden van artikel 7:610a BW (alleen Ferwerda-uitspraak)

In de Ferwerda-uitspraak is het beroep van de bezorger op het (weerlegbare) rechtsvermoeden van artikel 7:610a BW verworpen omdat de bezorger in de relevante referteperiode niet gemiddeld 20 uur per week heeft gewerkt. De kantonrechter overweegt ook dat artikel 7:610a BW is geschreven voor gevallen dat geen of onduidelijke afspraken omtrent de arbeidsverhouding zijn gemaakt (r.o. 8). Dat het rechtsvermoeden van artikel 7:610a BW de bezorger hier niet helpt, verbaast niet nu in de relevante maanden niet wekelijks, dan wel gemiddeld 20 uur per maand, is gewerkt. De overweging van de rechtbank dat het artikel is geschreven voor het geval geen of onduidelijke afspraken zijn gemaakt, roept wat meer vragen op. Artikel 7:610a BW zelf stelt die eis niet. De parlementaire geschiedenis is genuanceerder dan de rechtsoverweging doet vermoeden. Uit de memorie van toelichting blijkt dat het artikel is geschreven voor situaties waarin onduidelijkheid bestaat over de aard van de relatie. ‘*Met name kan dat het geval zijn wanneer over bepaalde elementen uit de arbeidsverhouding geen of geen duidelijke afspraken worden gemaakt, of wanneer de praktijk niet spoort met de eerder gemaakte afspraken*’ (Kamerstukken II 1996/97, 25263, 3, p. 4, cursivering JHB). Het rechtsvermoeden kan dus ook de bewijspositie van de werknemer versterken als de afspraken duidelijk zijn, maar niet de feitelijke situatie weergeven. Bovendien is niet uitgesloten dat ook in andere situaties het bewijsvermoeden wel degelijk een rol kan spelen (‘met name’). Nu in ieder geval niet aan de voorwaarden van artikel 7:610a BW is voldaan, had mijns inziens deze overweging beter achterwege kunnen worden gelaten.

Beschouwing verschillen

Het is een gegeven dat vergelijkbare zaken in rechte verschillend kunnen uitpakken. Dat geldt in zijn algemeenheid, maar zeker bij de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst, juist vanwege de ‘alle omstandigheden van het geval’-benadering. Nu sprake is van hetzelfde platform en dezelfde rechtbank is de vraag ‘welke uitspraak is juist?’ wel heel pregnant. Op rechtspraak.nl wordt de volgende toelichting gegeven bij de FNV-uitspraak: ‘In een eerdere zaak vorig jaar, tussen een bezorger en Deliveroo, oordeelde de kantonrechter vooral op basis van de schriftelijke overeenkomst tussen de partijen dat de bezorger niet in loondienst van het bedrijf was. Het uitgangspunt van die beslissing was echter anders dan die van de uitspraak van vandaag: in deze zaak is de tekst van de schriftelijke overeenkomst wel meegenomen in het oordeel, maar is daarnaast meer diepgaand gekeken naar hoe partijen aan de overeenkomst in de praktijk invulling hebben gegeven.’

Het is opvallend dat juist in de procedure waar geen individuele bezorger partij is, meer aandacht is besteed aan de feitelijke invulling van de werkzaamheden in de praktijk. Dat maakt mijns inziens dat de FNV-uitspraak overtuigender is. De rechtbank legt het juiste toetsingskader aan als het gaat om de partijbedoeling en het dwingendrechtelijk karakter van de arbeidsovereenkomst (de Ferwerda-uitspraak is op dat punt echt onjuist) en maakt werk van de feitelijk invulling van de rechten en verplichtingen. In de uitspraak wordt overigens expliciet benoemd dat niet uitgesloten is dat bezorgers het werk invullen op een wijze die maakt dat het opdracht karakter wel gaat overheersen. Die mogelijkheid raakt aan een ingewikkeld element van de kwalificatiediscussie: voor ondernemingen wordt de rechtszekerheid niet vergroot als het van het handelen van de werker afhangt of sprake is van een arbeidsovereenkomst of niet. Anderzijds is dit nu eenmaal de consequentie van het open en fijnmazige bestaande systeem. In de driedeling die in het regeerakkoord ‘Vertrouwen in de toekomst’ uit 2017 is gemaakt, poogt de coalitie de rechtszekerheid te vergroten door het introduceren van drie categorieën zelfstandigen aan de hand van de tarieven. Het is daarbij de bedoeling dat bij lage tarieven in combinatie met een langere duur van de overeenkomst of het verrichten van reguliere bedrijfsactiviteiten altijd sprake is van een arbeidsovereenkomst. Er is al het nodige geschreven over de problemen die een dergelijke afbakening met zich mee kan brengen (bijvoorbeeld nieuwe grensgevallen en wellicht problemen met het Europese vrij verkeer van diensten). Het referentiekader van de FNV-uitspraak lijkt hier wel enigszins bij aan te sluiten.

In de FNV-uitspraak expliciteert de kantonrechter op verschillende plaatsen een aantal elementen die dat referentiekader vormen: het gaat om werk dat tot de kern van het bedrijf van Deliveroo behoort (r.o. 25) en het gaat om werk dat aanvankelijk op basis van een arbeidsovereenkomst werd verricht en nu op basis van een opdrachtovereenkomst (r.o. 20).

Ook overweegt de kantonrechter, bij het beoordelen van de ontvankelijkheid, dat de kwalificatievraag niet alleen een grote groep werkenden raakt, maar ook een algemeen belang dient. Er wordt immers arbeid waarvoor sociale lasten moeten worden afgedragen omgezet naar arbeid waarvoor dat niet het geval is (r.o. 13). Uitgaande van dit referentiekader is het begrijpelijk dat de onderneming goede argumenten moet hebben om te kunnen aantonen wat nu zó anders is geworden dat gesproken kan worden van een opdrachtovereenkomst.

Uit beide uitspraken blijkt dat het toetsingskader van artikel 7:610 BW zich leent voor het kwalificeren van nieuwe vormen van arbeid zoals platformarbeid. Net als bij traditionele arbeid kunnen beide resultaten worden bereikt. Vernieuwend aan de FNV-uitspraak is het meewegen van prikkels en stimulansen uit de systemen (een kenmerk van platformwerk) in de beoordeling van de vraag of sprake is van verplichte arbeid. Door ook impliciete sturing op 'aanwezigheid' mee te wegen, opent de kantonrechter de weg om ook impliciete aanwijzingen mee te nemen in het gezagscriterium.

Ik ben mij ervan bewust dat dit, zoals zoveel aspecten van de kwalificatievraag, een hellend vlak is. Iedere opdrachtnemer (zzp'er, zmp'er, grote onderneming) is immers gebaat bij het ter wille zijn van opdrachtgevers en bij het zo goed mogelijk presteren om weer een volgende opdracht te verkrijgen, of een bestendige relatie te behouden (denk aan advocatenkantoren en hun vaste cliënten, of aan het kleine aannemersbedrijf dat veel opdrachten van een grote projectontwikkelaar krijgt). Waarom zou het institutionaliseren van die prikkel via systemen en algoritmes dan moeten leiden tot de conclusie dat sprake is van een arbeidsovereenkomst? Hetzelfde geldt voor de mogelijkheid om te concurreren. Er iets voor te zeggen dat het ten tijde van het dienstverband beconcurreren van de eigen werkgever altijd in strijd is met artikel 7:611 BW, toch lijkt die soep minder heet gegeten te worden als sprake is van laaggeschoold, inwisselbaar werk dat ook nog voornamelijk (kennelijk) als bijverdienste wordt uitgevoerd. Omgekeerd wordt soms door klanten ook van grote, professionele opdrachtnemers verwacht dat zij niet ook voor de concurrent werken. Het is een dooddoener, maar uiteindelijk gaat het om het totaalbeeld, waarbij de verschillende elementen met elkaar samenhangen.

Het op steeds grotere schaal invullen van de factor arbeid met zelfstandigen die niet altijd per definitie kwalificeren als echte ondernemers, zet druk op het bestaande dwingendrechtelijke systeem. Betoogd kan worden dat dit dwingendrechtelijk kwalificeren betuttelend is, en dat de nieuwe en steeds pregnantere wensen van ondernemingen en werkers met betrekking tot flexibiliteit moeten worden gehonoreerd. Als dat betoog wordt gevolgd, dan zal dat via een systeemwijziging moeten zoals de kantonrechter overweegt. Daarbij moet wel worden bedacht dat een vrije keuzemogelijkheid om binnen of buiten de bescherming van het arbeidsrecht en de sociale zekerheid te werken ook gevolgen heeft voor de vraag wie de kosten draagt voor risico's zoals arbeidsongeschiktheid en onvrijwillige werkloosheid. Als die vrij

kiezende werkers en ondernemingen die risico's niet kunnen of niet willen dragen dan wel verzekeren, dan zullen dat – uiteindelijk – kosten worden die toch ten laste van de maatschappij komen, maar dan niet meer via de georganiseerde solidariteit die is opgehangen aan de arbeidsovereenkomst. In dit licht is de in het regeerakkoord gekozen afbakening, ondanks alle haken en ogen, begrijpelijk.

Mr. dr. J.H. (Hanneke) Bennaars

RECHTSPRAAK

Betrokkene pleegt benadelingshandeling door na ontslag op staande voet niet alle juridische mogelijkheden te benutten om recht op loon te behouden.

Appellant treedt op 28 november 2012 bij werkgeefster in dienst. Op 8 mei 2013 meldt appellant zich ziek. Op 21 juni 2013 wordt appellant op staande voet ontslagen omdat hij goederen van werkgeefster zou hebben ontvreemd. In augustus 2013 vraagt appellant een ZW-uitkering aan, die door UWV wordt afgewezen. Op verzoek van appellant beziet UWV in het voorjaar van 2015 alsnog of appellant recht heeft op een ZW-uitkering. Bij besluit van 10 september 2015 bepaalt UWV dat de ZW-uitkering niet wordt uitbetaald, omdat werkgeefster het dienstverband heeft beëindigd toen appellant ziek was, hij zich daarbij heeft neergelegd en niet al het mogelijke heeft gedaan om zijn baan te behouden. Het bezwaar en beroep tegen dit besluit zijn beide ongegrond verklaard.

De Centrale Raad van Beroep oordeelt als volgt. Artikel 45 lid 1 sub j ZW bepaalt dat UWV het ziekengeld geheel of gedeeltelijk, tijdelijk of blijvend weigert, indien de verzekerde door zijn doen of laten het Algemeen Werkloosheidsfonds, het sectorfonds of het Uitvoeringsfonds voor de overheid benadeelt of zou kunnen benadelen (hierna: benadelingshandeling). Volgens vaste rechtspraak is sprake van een benadelingshandeling in situaties waarin een werknemer zijn recht op loon prijsgeeft op een moment dat het arbeidsongeschiktheidsrisico al is ingetreden. Hiermee is immers een einde gekomen aan de loonbetalingsverplichting van de werkgever op grond van artikel 7:629 BW, ter vervanging waarvan vervolgens ziekengeld wordt gevraagd. Appellant is op staande voet ontslagen omdat hij goederen van werkgeefster zou hebben ontvreemd. Werkgeefster heeft daarvan aangifte gedaan. In de daaropvolgende strafzaak is appellant van het hem tenlastegelegde vrijgesproken. Kort na het ontslag op staande voet heeft appellant de vernietigbaarheid daarvan ingeroepen. Appellant heeft deze procedure op advies van zijn toenmalige advocaat echter niet voortgezet omdat eerst de uitkomst van de strafzaak zou worden afgewacht. Later heeft appellant werkgeefster alsnog gedagvaard, waarbij partijen ter zitting tot een vaststellingsovereenkomst zijn gekomen en waarbij appellant heeft berust in de beëindiging van het dienstverband. Werkgeefster heeft daarbij een bedrag van € 1.250 netto aan achterstallig loon en andere bedragen tot 21 juni 2013

aan appellant betaald. Door aldus te handelen heeft appellant loonaanspraken prijsgegeven en niet alle juridische mogelijkheden benut. Appellant heeft daarbij bewust gehandeld. Dat het niet mogelijk zou zijn geweest om hangende de strafzaak tevens de werkgeefster aan te spreken op het nakomen van de arbeidsrechtelijke verplichtingen, is niet gebleken. Voor zover appellant betoogt dat hij heeft gehandeld op advies van zijn gemachtigde, doet dat niet af aan zijn eigen verantwoordelijkheid. Het hoger beroep faalt.

Instantie: Centrale Raad van Beroep

Datum uitspraak: 11-01-2019

ECLI: ECLI:NL:CRVB:2019:129

Zaaknummer: 17/3577 ZW

Rechters: H.G. Rottier, J.J.T. van den Corput en S. Wijna

Advocaten: F. Çelen

Wetsartikelen: 45 lid 1 sub j ZW