AR ARBEIDSRECHT UPDATES

Nieuwsbrief AR Updates - Nummer 49, 2019

Nummer 49, 2019

Redactie: prof. mr. dr. A.R. Houweling, mr. drs. T.J. Post, mr. O.G.M. Arkesteijn, mr. M. Assenberg van Eijsden, mr. M. Barendregt, mr. S.C. Frinking, mr. M.J. van Gils, mr. P.H. de Jongh, mr. C.P. Kuijer, mr. I.J. Schipper, mr. S.A. Slootweg, mr. V. Twilt, mr. R.R.T. van de Ven en mr. S. Wiersma-Helal.

INHOUDSOPGAVE

Hof

Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2019:3139 03-12-2019

werkneemster/Eneco Levering B.V.
Hof gelast op verzoek van werkneemster voorlopig getuigenverhoor, aangaande de totstandkoming van objectieve criteria ten aanzien van voorwaardelijke vrijwillige vertrekregeling (stimuleringsregeling). Verzoek niet enkel gebaseerd op vermoedens en speculaties.

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2019:10250 29-11-2019

Dormakaba Nederland B.V./werknemer
Geen ontbinding arbeidsovereenkomst op de h-grond vanwege verhuizing van werknemer. Woonplaats is in dit geval geen overeengekomen arbeidsvoorwaarde. Onvoldoende onderbouwing van verlies aan productiviteit en/of verminderde inzetbaarheid van werknemer. Goed werkgeverschap.

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2019:4374 28-11-2019

werkgeefster/werkneemster
Verzoekschrift in eerste aanleg is onterecht tegen werkgeefster als natuurlijke persoon ingesteld. Daarom is sprake van een juridische en/of feitelijke misslag. Incidenteel verzoek in hoger beroep tot schorsing bestreden beschikking toegewezen.

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2019:4210 26-11-2019

werknemer/Smart Retail Concepts B.V.
Werknemer heeft onvoldoende belang bij een inhoudelijke beoordeling van de zaak in hoger beroep. Hoger beroep wordt verworpen.

Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2019:3150 26-11-2019

VORM Bouw B.V./werknemer en werknemer/VORM Bouw B.V.
Werkgeefster mocht er slechts op vertrouwen dat werknemer instemde met de

wijziging van de arbeidsovereenkomst, indien zij op grond van verklaringen of gedragingen van werknemer mocht aannemen dat deze welbewust met die wijziging instemde. Daar is geen sprake van.

Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2019:3164 26-11-2019
werkneemster/ Lotte Global Logistics (Netherlands) B.V.
Werkgever heeft ernstig verwijtbaar gehandeld door onder meer de ernstige beschuldigingen in deze procedure jegens werkneemster op geen enkele wijze te kunnen waarmaken. Aan werkneemster wordt een billijke vergoeding toegekend.

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2019:4135 19-11-2019
werknemer/Magnaversum App Services B.V.
Afwijzing incidenteel verzoek om schorsing van bestreden beschikking voor de duur van het geding in hoger beroep, omdat niet is gebleken dat tenuitvoerlegging van de beschikking misbruik van executiebevoegdheid oplevert.

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2019:4067 12-11-2019
werknemer/Aristozorg B.V.
Werkgever heeft met de in de terugbetalingsbepalingen geregelde gevallen zijn investeringen in de opleiding van werkneemster als werknemer willen veiligstellen. De terugbetalingsbepalingen dienen daarom zo te worden uitgelegd dat werkneemster, ook als zij tijdens haar opleiding bij AristoZorg zou vertrekken, tot terugbetaling van de studiekosten gehouden was.

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2019:4062 12-11-2019
X c.s./curator in het faillissement van Swets Information Services B.V.
Faillissement Spaanse dochtervennootschap en Nederlandse moedervennootschap. Arbeidsverhouding wordt getoetst naar communautair recht. Op de insolventierechtelijke aspecten van de vorderingen is Nederlands recht van toepassing. Achterstallig loon is deels een boedelschuld. Door Spaanse rechter aan werknemers toegekende schadevergoeding is een boedelschuld.

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2019:3902 31-10-2019
de ondernemingsraad van Limbroup B.V. /Limgroup B.V. c.s.
Niet vereist is dat te allen tijde alle commissarissen onafhankelijk zijn. Ook indien een minderheid van de commissarissen afhankelijk is, kan sprake zijn van een voldoende evenwichtige samenstelling. Limgroup c.s. heeft daarom bij afweging van de betrokken belangen in redelijkheid tot bestreden besluit kunnen komen.

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2019:3866 23-10-2019

De personeelsgeleding van de medezeggenschapsraad van het Avicenna College/het College van bestuur van de Stichting voor Islamitisch Voortgezet Onderwijs in Rotterdam e.o.
Het benoemen van werknemer tot hoofdconciërge is slechts het formaliseren geweest van een bestaande situatie. Met de Commissie is de Ondernemingskamer daarom van oordeel dat deze benoeming geen beleidsmatig maar een individueel karakter heeft, waarvoor de PMR geen instemmingsbevoegdheid heeft.

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2019:1455 23-04-2019

Ondernemingsraad DHL Global Forwarding/DHL Global Forwaring (Netherlands) B.V.
Het voorleggen en vervolgens intrekken van het voorgenomen besluit zonder enig besluit te nemen is geen correcte nakoming van inhoud en strekking van de afspraak uit 2008, noch van de uitspraak van het hof van 2014.

Rechtbank

Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2019:4597 05-12-2019

Stichting Deltion College/werkneemster
Verzoek tot ontbinding arbeidsovereenkomst wegens disfunctioneren afgewezen. De ongeschiktheid voor de functie is onvoldoende onderbouwd. Het is niet de bedoeling dat de h-grond als restcategorie wordt ingezet.

Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2019:10931 04-12-2019

werkneemster/Stichting Limburgs voortgezet onderwijs, Samenwerkingsbestuur voor bijzonder en openbaar onderwijs
Werkneemster voldeed aan de voorwaarden uit de cao. Werkgever mocht niet aan het functioneren van werkneemster achteraf voorwaarden stellen teneinde het rechtsgevolg van conversie van de arbeidsovereenkomst in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd te ontlopen.

Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2019:5063 04-12-2019

werknemer/Arriva Personenvervoer Nederland B.V.
Werknemer die op grond van de AVG inzage wenst in onderzoeksrapport werkgever is niet-ontvankelijk in zijn verzoek, nu hij niet binnen zes weken na de afwijzing van het eerste verzoek aan werkgever om inzage een verzoekschrift bij de rechtbank heeft ingediend.

Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2019:8968 03-12-2019

FNV/Picnic c.s.
De organisatie van Picnic B.V. bestaat uit verschillende vennootschappen die verschillende activiteiten verrichten. Alleen de vennootschap die daadwerkelijk de online supermarkt exploiteert, valt onder de werkingssfeer van de cao voor het levensmiddelenbedrijf. Vordering van de FNV afgewezen.

Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2019:9440 03-12-2019
werknemer/Steen! B.V.
Belang werkgever bij handhaving concurrentie- en relatiebeding weegt op tegen belang werknemer om in dienst te kunnen treden bij concurrent. Niet onaannemelijk dat werknemer – die zelf arbeidsovereenkomst beëindigde – door kennis en ervaring in staat is schade te berokkenen aan werkgever.

Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2019:12832 27-11-2019
werknemer/Stichting Afwikkeling SRK
Sprake van beëindiging met wederzijds goedvinden, omdat werknemer schriftelijk, duidelijk en ondubbelzinnig heeft ingestemd met de beëindiging. Dit volgt uit de medewerking van werknemer aan het transitieplan. Verzoek tot betaling van transitievergoeding en gefixeerde schadevergoeding afgewezen.

Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2019:9396 25-11-2019
werknemer/VT Personnel Services B.V.
Werkgever wordt in kort geding veroordeeld slapend dienstverband zonder inachtneming van een opzegtermijn op te zeggen. Opzegging met instemming van bijna AOW-gerechtigde werknemer. Werkgever krijgt tot 1 juli 2020 de gelegenheid de transitievergoeding te betalen.

Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2019:8734 22-11-2019
werknemer/advocaat
Advocaat X heeft een beroepsfout gemaakt door niet tijdig een procedure in te stellen. Aan werknemer wordt een schadevergoeding van vijf maanden (netto)loon toegekend.

Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2019:9862 19-11-2019
werkneemster/Power Internet B.V.
Werkgever handelt ernstig verwijtbaar door tot drie keer toe zonder redelijke grond de loonbetaling te staken en het mediationtraject niet in gang te zetten. Toewijzing ontbindingsverzoek werkneemster onder toekenning transitievergoeding (€ 9.000) en billijke vergoeding (€ 18.000).

Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2019:12257 19-11-2019

werkneemster/Stichting Woonzorgcentra Haaglanden
Ontslag op staande voet wegens diefstal van sieraden van bewoners in zorginstelling blijft in stand.

Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2019:12054 13-11-2019

Alten Nederland B.V./werknemer
Kort geding. Relatiebeding mag niet aan werknemer worden tegengeworpen, aangezien artikel 9a Waadi van toepassing is.

Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2019:8851 12-11-2019

werkneemster/Directness B.V. h.o.d.n. CustomerGauge
Customer Succes Manager wordt door concurrentiebeding niet onbillijk benadeeld. Werkneemster heeft zelf de arbeidsovereenkomst opgezegd en heeft ook aanbiedingen ontvangen van bedrijven die niet direct concurreren met werkgever. Vordering tot schorsing beding afgewezen.

Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2019:9010 12-11-2019

werknemer/werkgeefster
Werknemer berust in opzegging. Verzoek om uitbetaling van opgebouwde, niet-genoten vakantiedagen en betaling van de wettelijke transitievergoeding toegewezen. Verzoek tot betaling van een gefixeerde schadevergoeding en billijke vergoeding afgewezen.

Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2019:11809 07-11-2019

Los Picos B.V./werknemer
De arbeidsovereenkomst wordt ontbonden op de g-grond nu partijen het erover eens zijn dat sprake is van een verstoorde arbeidsverhouding. Een billijke vergoeding wordt niet toegekend omdat geen sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van werkgever.

Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2019:9321 07-11-2019

werknemer/RN Vastgoed B.V.
Ontslag op staande voet niet rechtsgeldig. Niet aannemelijk is geworden dat werknemer de zonnebril van de directeur heeft gestolen. Ontbinding op g-grond. Verstoring te wijten aan het onrechtmatig gegeven ontslag op staande voet. Billijke vergoeding (€ 5.500) wegens ernstig verwijtbaar handelen werkgever.

Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2019:12834 23-08-2019

Libertas Corporate Defense Lawyers B.V./werkneemster
Partijen zijn het erover eens dat sprake is van een vertrouwensbreuk. Kans op vruchtbare samenwerking is niet reëel. Ontbinding wegens verstoorde arbeidsverhouding. Geen sprake van ernstig verwijtbaar handelen.

Annotatie

Hoeveel rek zit er nog in artikel 7:673 BW na Kolom?
mr. K. Hakvoort

RECHTSPRAAK

Stichting Deltion College/werkneemster

Verzoek tot ontbinding arbeidsovereenkomst wegens disfunctioneren afgewezen. De ongeschiktheid voor de functie is onvoldoende onderbouwd. Het is niet de bedoeling dat de h-grond als restcategorie wordt ingezet.

Feiten

Werkneemster is op 29 maart 2010 in dienst getreden bij Stichting Deltion College (hierna: Deltion). Op 19 november 2014 is werkneemster langdurig uitgevallen wegens ziekte. Gedurende de re-integratie van werkneemster is discussie ontstaan over haar werkzaamheden. Dit heeft geleid tot een mediationtraject. Vanaf mei 2018 had werkneemster een persoonlijke coach. Vervolgens is Deltion in oktober 2018 begonnen met een traject om het functioneren van werkneemster te verbeteren. Uiteindelijk is op 16 april 2019 een persoonlijk werkplan aan werkneemster toegestuurd, waarin elf verbeterpunten waren opgenomen. Op elk van deze punten heeft werkgeefster commentaar geleverd, in die zin dat ze zich niet in de betreffende punten herkent of zich daar niet van bewust is, dan wel niet begrijpt waar deze op zien. Op 24 juni 2019 heeft een eindevaluatie plaatsgevonden van het genoemde traject. Daarin is aan werkneemster kenbaar gemaakt dat Deltion de arbeidsovereenkomst met haar wenst te beëindigen. Daarna zijn, tevergeefs, mogelijkheden voor herplaatsing onderzocht. Bij aangetekende brief van 9 september 2019 heeft Deltion aan werkneemster haar voornemen tot schorsing kenbaar gemaakt. Deltion verzoekt ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van disfunctioneren dan wel het volledig ontbreken van ieder vertrouwen of een fundamenteel verschil van inzicht.

Oordeel

Deltion meent dat de redelijke grond voor ontbinding is gelegen in de ongeschiktheid van werkneemster tot het verrichten van de bedongen arbeid. Als belangrijkste punt voert Deltion daarbij aan dat het werkneemster ontbreekt aan zelfreflectie en dat een onvermogen/onwil bestaat om de aanwijzingen van haar leidinggevenden ter harte te nemen. De kantonrechter is van oordeel dat het ontbreken van het vermogen tot zelfreflectie op zich niet hoeft te

betekenen dat iemand ongeschikt is om de bedongen arbeid te verrichten. Wel kan het er uiteindelijk toe leiden dat een werknemer daardoor geen verbetering kan brengen in het functioneren. Uit het verzoekschrift blijken echter weinig concrete punten die maken dat werkneemster ongeschikt is voor de functie. De kantonrechter moet derhalve beoordelen of Deltion voldoende heeft aangevoerd om tot het oordeel te kunnen komen dat er bij sprake is van disfunctioneren. Voorop gesteld kan worden dat niet in geding is dat werkneemster vakinhoudelijk voldoende bekwaam is. Deltion heeft zeker veel tijd en energie gestoken in het verbetertraject. Maar door telkenmale te vragen om erkenning van de verbeterpunten, commitment bij het verbetertraject en het opnemen van de verbeterpunten in het eigen plan heeft Deltion in feite een hangyourself-methode toegepast. Gezien de aangedragen punten komt de kantonrechter tot het oordeel dat onvoldoende feitelijk onderbouwde grondslag van het verzoek bestaat. Al met al kan de kantonrechter op grond van het voorgaande niet tot de conclusie komen dat werkneemster ongeschikt is voor haar functie. Deltion heeft verder nog aan haar verzoek tot ontbinding ten grondslag gelegd dat Deltion het vertrouwen in werkneemster volledig is verloren en dat er sprake is van een fundamenteel verschil van inzicht over de wijze waarop haar functie moet worden vervuld. Naar het oordeel van de kantonrechter kan ook die grond het verzoek tot ontbinding niet dragen. Bij de grondslag van artikel 7:699 lid 3 sub h BW moet het gaan om een restcategorie van omstandigheden, die niet al in artikel 7:699 lid 3 sub a t/m g BW worden genoemd. De door Deltion in dit verband genoemde omstandigheden komen echter wel overeen met andere gronden voor opzegging. Al het voorgaande leidt ertoe dat de kantonrechter het verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst tussen Deltion en werkneemster zal afwijzen.

Instantie: Rechtbank Overijssel
Datum uitspraak: 05-12-2019
ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2019:4597
Zaaknummer: 8049249 \ EJ VERZ 19-320
Rechters: F. Koster
Advocaten: A.C. Beijderwellen-Wittekoek en E.F. Muller
Wetsartikelen: 7:669 lid 3 sub d BW, 7:669 lid 3 sub h BW en 7:671b BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Arriva Personenvervoer Nederland B.V.

Werknemer die op grond van de AVG inzage wenst in onderzoeksrapport werkgever is niet-ontvankelijk in zijn verzoek, nu hij niet binnen zes weken na de afwijzing van het eerste verzoek aan werkgever om inzage een verzoekschrift bij de rechtbank heeft ingediend.

Feiten

Werknemer is werkzaam geweest in dienst van Arriva Personenvervoer Nederland B.V. (hierna: Arriva) als buschauffeur op de vestiging Dordrecht. In 2016 heeft Arriva een onderzoek laten instellen naar ‘communicatie op de werkvloer’ (hierna: het onderzoek). Werknemer heeft evenals zijn toenmalige collega’s aan dit onderzoek deelgenomen en met hem zijn gesprekken gevoerd. Arriva heeft het rapport met uitkomsten niet gepubliceerd of ter inzage aan de betrokken personeelsleden gegeven, omdat zij het als een vertrouwelijk rapport heeft aangemerkt. Bij e-mailbericht van 5 april 2017 heeft de toenmalige gemachtigde van werknemer aan Arriva gevraagd om toezending van een kopie van het rapport. Arriva heeft alleen de conclusies en aanbevelingen uit het rapport toegestuurd. Nadien heeft de huidige gemachtigde van werknemer meermaals opnieuw verzocht om toezending van het rapport. Arriva heeft deze verzoeken steeds afgewezen. Werknemer verzoekt de rechtbank om Arriva te veroordelen tot het verstrekken van een kopie van de persoonsgegevens die zijn verwerkt (zijnde de rapportage naar aanleiding van het onderzoek 'communicatie op de werkvloer') aan hem en beroept zich daarbij op de AVG. Arriva heeft als haar meest verstrekkende verweer aangevoerd dat werknemer niet-ontvankelijk moet worden verklaard in zijn verzoek. Volgens Arriva had werknemer het verzoek bij de rechtbank in moeten dienen binnen zes weken na de afwijzing van het eerste verzoek om inzage in/toezending van het rapport communicatie op de werkvloer (in april 2017).

Oordeel

De rechtbank overweegt het volgende. In het onderhavige geval heeft werknemer (voor de

eerste keer) op 5 april 2017 aan Arriva gevraagd om toezending van een kopie van het rapport, waarop Arriva op 10 april 2017 heeft geantwoord. Niet in geschil is dat Arriva binnen de daarvoor geldende termijnen heeft gereageerd. Werknemer had dan ook – nu hij het niet eens was met het antwoord van Arriva – binnen zes weken na 10 april 2017 een verzoekschrift bij de rechtbank in moeten dienen. Dat heeft hij niet gedaan. Het verzoekschrift van werknemer is namelijk gedateerd op 26 juli 2019 en ontvangen bij de rechtbank op 9 augustus 2019. De gemachtigde van werknemer heeft gesteld – zo begrijpt de rechtbank het – dat in het onderhavige geval een nieuwe termijn is gaan lopen omdat Arriva mondjesmaat steeds delen van het rapport aan werknemer heeft vrijgegeven en het hem pas in juli 2019 duidelijk werd dat verder geen inzage of informatie meer zou worden verstrekt. De rechtbank gaat hier niet in mee. Naar het oordeel van de rechtbank brengt een redelijke uitleg van artikel 35 lid 2 UAVG mee dat het niet de bedoeling is dat met het indienen van herhaalde verzoeken kan worden bewerkstelligd dat er (steeds weer) een nieuwe termijn gaat lopen. Werknemer wordt niet-ontvankelijk verklaard in zijn verzoek.

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland
Datum uitspraak: 04-12-2019
ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2019:5063
Zaaknummer: C/17/169650 / HA RK 19-108
Rechters: E.T.M. Zwart-Sneek
Advocaten: S. Heijnen en N.H.M. Poort
Wetsartikelen: 79 AVG en 35 UAVG

RECHTSPRAAK

werknemer/Steen! B.V.

Belang werkgever bij handhaving concurrentie- en relatiebeding weegt op tegen belang werknemer om in dienst te kunnen treden bij concurrent. Niet onaannemelijk dat werknemer – die zelf arbeidsovereenkomst beëindigde – door kennis en ervaring in staat is schade te berokkenen aan werkgever.

Feiten

Werknemer is op 1 november 2013 bij Steen! B.V. (hierna: Steen) in dienst getreden op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd (zes maanden) in de functie van 'Commercieel medewerker buitendienst', met als standplaats Rotterdam. In de arbeidsovereenkomst van 1 november 2013 is een concurrentie- en een relatiebeding opgenomen. Bij brief van 18 maart 2019 heeft werknemer zijn arbeidsovereenkomst opgezegd per 1 mei 2019. Werknemer vordert in kort geding gehele of gedeeltelijke schorsing van het concurrentie- en relatiebeding, althans een zodanige voorziening te treffen als de kantonrechter geraden acht, in die zin dat het werknemer is toegestaan om werkzaamheden voor GDS Keramiek aan te vangen.

Oordeel

Schriftelijkheidsvereiste

De eerste vraag die beantwoord moet worden is of het concurrentie- en relatiebeding die in de arbeidsovereenkomst van 1 november 2013 zijn opgenomen nog geldig zijn. De arbeidsovereenkomst dateert van vóór de (gedeeltelijke) inwerkingtreding van de WWZ per 1 januari 2015. De kantonrechter overweegt dat partijen de arbeidsovereenkomst daarna stilzwijgend hebben voortgezet en dat in de loop van 2015 een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is ontstaan. Werknemer stelt dat er sprake is van een gewijzigde overeenkomst, dan wel dat de arbeidsovereenkomst in de loop der jaren niet onder dezelfde voorwaarden is voortgezet, zodat de bedingen hun gelding hebben verloren. Naar het oordeel van de kantonrechter is echter voldoende komen vast te staan dat de overname van een aantal

taken van de directeur slechts tijdelijk was. Daarnaast zijn er wel enkele wijzigingen, maar brengen een salarisverhoging van € 1.000 over een periode van 8 jaar en een wijziging van 32 naar 40 uur niet mee dat er sprake was van een gewijzigde arbeidsovereenkomst dan wel een zodanige wijziging van de inhoud van de functie, dat het concurrentie- en relatiebeding opnieuw hadden moeten worden overeengekomen. De bedingen hebben hun geldigheid behouden.

Ernstig verwijtbaar handelen c.q. schadeplichtigheid werkgever

De kantonrechter oordeelt vervolgens dat van ernstig verwijtbaar handelen dan wel schadeplichtigheid aan de zijde van Steen geen sprake is. Het enkele niet nakomen van toezeggingen over toekomstperspectieven door Steen (los van het feit dat deze toezeggingen niet vaststaan) leidt niet per definitie tot ernstig verwijtbaar handelen of een schadeplichtig ontslag.

Belangenafweging

Ook de belangenafweging van artikel 7:653 lid 2 (oud) BW kan werknemer niet baten. GDS Keramiek en Steen zijn concurrenten van elkaar. Werknemer had bij Steen een commerciële functie en was op de hoogte van het klantenbestand van Steen en heeft de afgelopen jaren goodwill kunnen opbouwen bij klanten en relaties van Steen. Het is niet onaannemelijk dat werknemer in staat is om schade te berokkenen aan Steen. De belangen van werknemer zijn van onvoldoende gewicht om te kunnen concluderen dat hij onbillijk wordt benadeeld. Hij heeft zijn arbeidsovereenkomst zelf opgezegd. Hij had zich op dat moment moeten realiseren dat het concurrentie- en relatiebeding hem konden belemmeren bij zijn zoektocht naar een nieuwe baan met als gevolg dat hij zonder inkomen zou komen te zitten. Door het concurrentie- en relatiebeding wordt werknemer weliswaar belemmerd in zijn vrije arbeidskeuze, maar deze bedingen zijn slechts aangegaan voor de duur van twaalf maanden en het concurrentiebeding geldt alleen voor een straal van 30 km vanaf Rotterdam. Werknemer heeft in zijn geheel niet onderbouwd dat het voor hem niet mogelijk is om buiten deze straal van 30 km te gaan werken gedurende de eerste twaalf maanden na het einde van het dienstverband bij Steen. De vorderingen van werknemer worden afgewezen.

Instantie: Rechtbank Rotterdam
Datum uitspraak: 03-12-2019
ECLI: ECLI:NL:RBROT:2019:9440
Zaaknummer: 8120305 \ VV EXPL 19-467
Rechters: E. van Schouten

Advocaten: E.R. Ferwerda en B. Cornelissen
Wetsartikelen: 7:653 BW

RECHTSPRAAK

FNV/Picnic c.s.

De organisatie van Picnic B.V. bestaat uit verschillende vennootschappen die verschillende activiteiten verrichten. Alleen de vennootschap die daadwerkelijk de online supermarkt exploiteert, valt onder de werkingssfeer van de cao voor het levensmiddelenbedrijf. Vordering van de FNV afgewezen.

Feiten

FNV is een vereniging van werknemers en komt op grond van haar statuten op voor de belangen van die werknemers. Picnic B.V. (en overige vennootschappen, hierna: Picnic c.s.) exploiteert een online supermarkt en niet (ook) een fysieke winkel. Klanten kunnen met behulp van een app online winkelen. Bestellingen worden vervolgens bij de klanten thuis bezorgd. Bij Picnic c.s zijn ongeveer 15 medewerkers in dienst, voornamelijk kantoorpersoneel en personeel dat is belast met leiding en toezicht; daarnaast zijn in totaal ongeveer 2500 uitzendkrachten werkzaam in de vennootschap van Picnic c.s. FNV heeft Picnic c.s. in een brief van 8 januari 2019 opgeroepen om de cao voor het levensmiddelenbedrijf toe te passen. Op 22 februari 2019 heeft een gesprek plaatsgevonden tussen Picnic c.s. en FNV, waarin Picnic c.s. heeft aangegeven niet gehouden te zijn aan de cao voor het levensmiddelenbedrijf omdat zij niet onder de werkingssfeer valt. FNV vordert dat voor recht wordt verklaard dat Picnic c.s. onder de werkingssfeer van de cao voor het levensmiddelenbedrijf valt en gehouden is deze cao toe te passen voor de periode dat deze cao algemeen verbindend is verklaard. Daaraan legt FNV – kortgezegd – ten grondslag dat Picnic c.s. als een online supermarkt moet worden beschouwd.

Oordeel

De kantonrechter overweegt allereerst dat de vraag of Picnic c.s. onder de werkingssfeerbepaling valt, dient te worden beantwoord aan de hand van de zogenoemde cao-norm. In deze zaak is de definiëring van de elementen ‘werknemers’, ‘werkgever’ en ‘winkel’ van belang. De gehele Picnic-organisatie presenteert zich als een online supermarkt, maar

iedere Picnic-vennootschap verricht een andere activiteit. De ‘keten’, zoals door FNV aangeduid, wordt dus niet binnen één juridische entiteit, maar in afzonderlijke vennootschappen, verricht. De kantonrechter beoordeelt aan de hand van deze feitelijke situatie of de Picnic-vennootschappen, dan wel één of meer daarvan, onder de werkingssfeer van de cao voor het levensmiddelenbedrijf vallen. Daarbij neemt de kantonrechter het volgende in aanmerking. Het begrip ‘winkel’ in de zin van de werkingssfeerbepaling van de cao moet aldus worden uitgelegd dat het gaat om een fysieke óf een virtuele inrichting, of beide. Het betoog van Picnic c.s. dat zij daar niet onder valt omdat zij geen fysieke winkel exploiteert, kan niet worden gevolgd omdat dit de werkingssfeer sterk zou beperken. FNV pleit voor een ruime toepassing van de werkingssfeerbepaling uit de cao. Ten aanzien van het begrip ‘werkgever’ is de kantonrechter van oordeel dat in de definitiebepalingen noch elders in de cao een aanknopingspunt te vinden is voor de opvatting dat het begrip ‘werkgever' in artikel 2c van de cao zo moet worden opgevat dat daaronder ook rechtspersonen kunnen worden geschaard die weliswaar niet zelf een winkel exploiteren, maar waarvan de activiteiten op een of andere manier samenhangen met het exploiteren van een winkel door een andere rechtspersoon die binnen dezelfde groep of hetzelfde concernverband opereert. Er zal, wat betreft Picnic c.s., dan ook per werkgever (dus per rechtspersoon die werknemers in dienst heeft) moeten worden bezien of de cao van toepassing is, hetgeen het geval als die werkgever een, in dit geval, virtuele inrichting exploiteert waar een verscheidenheid aan gebruiksartikelen wordt verkocht. De conclusie van de kantonrechter is dat gelet op bovenstaande alleen gedaagde sub 2 (één vennootschap binnen Picnic B.V.) onder de werkingssfeer van de cao valt. Dit neemt niet weg dat FNV als grotendeels in het ongelijk gestelde partij is aan te merken.

Instantie: Rechtbank Amsterdam
Datum uitspraak: 03-12-2019
ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2019:8968
Zaaknummer: 7825072 CV EXPL 19-12748
Rechters: F. Koster
Advocaten: M.J. Klinkert, P.G. Vestering en H.S. Hidajat-Engelsman
Wetsartikelen: 3:305a BW

RECHTSPRAAK

Dormakaba Nederland B.V./werknemer

Geen ontbinding arbeidsovereenkomst op de h-grond vanwege verhuizing van werknemer. Woonplaats is in dit geval geen overeengekomen arbeidsvoorwaarde. Onvoldoende onderbouwing van verlies aan productiviteit en/of verminderde inzetbaarheid van werknemer. Goed werkgeverschap.

Feiten

Dormakaba Nederland B.V. (hierna: Dormakaba) is een onderneming die zich bezighoudt met de handel in hang- en sluitwerk, is een leverancier van automatische draai- en schuifdeuraandrijvingen en biedt haar klanten voor al haar producten 24 uur per dag en 7 dagen per week service aan. Werknemer is sinds 11 mei 2015 in dienst van Dormakaba. Op de arbeidsovereenkomst is geen cao van toepassing. In artikel 2.2. van de arbeidsovereenkomst is bepaald: 'De werkzaamheden worden gewoonlijk verricht vanuit de woonplaats B'.
Werknemer heeft in februari 2018 aan Dormakaba kenbaar gemaakt te willen verhuizen naar het oosten van het land, en in april 2018 concreet A genoemd als de plaats waar hij een koopwoning op het oog had. De verhuizing naar A is eind 2018/begin 2019 gerealiseerd.
Dormakaba heeft verzocht de arbeidsovereenkomst te ontbinden op de h-grond. Aan dat verzoek is ten grondslag gelegd dat werknemer op eigen initiatief heeft besloten te verhuizen van B naar A maar dat zijn werkzaamheden gebonden zijn aan de regio Utrecht. Het gevolg van de verhuizing zal dan ook zijn, aldus Dormakaba, dat de reistijd van werknemer langer wordt. Daardoor zal ofwel de Arbeidstijdenwet (Atw) worden overtreden ofwel zal Dormakaba aanzienlijk inboeten op de productiviteit van werknemer. De kantonrechter heeft in eerste aanleg het verzoek van werkgever afgewezen.

Oordeel

De formulering in de arbeidsovereenkomst is onvoldoende dwingend om daaruit te kunnen afleiden dat het wonen in B een (overeengekomen) arbeidsvoorwaarde is. Indien het al zo is dat werknemer feitelijk, vanuit zijn woonplaats B, voornamelijk werd ingezet in de regio

Utrecht toont dat evenmin aan dat een dergelijke inzet plaatsvond op basis van de gestelde arbeidsvoorwaarde en niet, slechts, op basis van de feitelijkheid dat hij daar nu eenmaal woonde. Overige, bijkomende, feiten en/of omstandigheden zouden kunnen maken dat de formulering in de arbeidsovereenkomst wel degelijk moet worden uitgelegd als een arbeidsvoorwaarde, maar dergelijke feiten en/of omstandigheden zijn niet gesteld. Integendeel, werknemer heeft aangevoerd dat hij niet heeft gereageerd op een advertentie met een dergelijke voorwaarde, maar is gevraagd te komen werken en dat is door Dormakaba onvoldoende weersproken. Gesteld noch gebleken is bovendien dat de woonplaats ten tijde van het aangaan van de arbeidsovereenkomst als voorwaarde is besproken. Dit alles neemt overigens niet weg dat, blijkens de tekst van de arbeidsovereenkomst en het gegeven dat werknemer vanuit B werkte, partijen er destijds kennelijk van uit zijn gegaan dat werknemer in zijn regio woonachtig was. Van een arbeidsvoorwaarde daar te wonen was dan weliswaar geen sprake, maar deze omstandigheid hield voor werknemer wel de beperking in dat een dergelijke verandering van woonplaats slechts toelaatbaar was indien deze kon plaatsvinden onder handhaving van zijn inzetbaarheid en productiviteit. Op basis van de overlegde urenstaten is onvoldoende onderbouwd dat de verhuizing van werknemer naar A leidt tot verminderde productiviteit van werknemer. Van een goed werkgever mag echter, ook wanneer deze geconfronteerd wordt met een voor hem belastende woonplaatskeuze van de werknemer, verwacht worden dat hij de nieuwe realiteit tot uitgangspunt neemt en de mogelijkheden van inzet van de werknemer daarin onderzoekt. Dat de werknemer van zijn kant ook enig water in de wijn moet doen omdat hij de belastende situatie in het leven heeft geroepen, kan daarbij overigens zeer wel aan de orde zijn. Dormakaba heeft zich na het bekend worden van de verhuisplannen van werknemer slechts in beperkte mate ingespannen om voor de daardoor ontstane situatie een passende oplossing te vinden. Zij heeft veeleer de insteek gekozen van een contractueel niet toegestane verhuizing en een dreigende overtreding van de Atw. Al met al is onvoldoende onderbouwd dat voldoende pogingen in het werk gesteld zijn om het gestelde productiviteitsverlies te voorkomen of tot een aanvaardbaar niveau te beperken. Uit het voorgaande volgt dat de kantonrechter het verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst terecht heeft afgewezen.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden
Datum uitspraak: 29-11-2019
ECLI: ECLI:NL:GHARL:2019:10250
Zaaknummer: 200.256.053/01
Rechters: E.J. van der Poel, M.E.L. Fikkers en W.P.M. ter Berg
Advocaten: S. de Lange en M. Hille Ris Lambers
Wetsartikelen: 7:611BW, 7:669 lid 3 sub h BW, 7:671b BW en 7:683 BW

RECHTSPRAAK

werkgeefster/werkneemster

Verzoekschrift in eerste aanleg is onterecht tegen werkgeefster als natuurlijke persoon ingesteld. Daarom is sprake van een juridische en/of feitelijke misslag. Incidenteel verzoek in hoger beroep tot schorsing bestreden beschikking toegewezen.

Feiten

Werkgeefster is enig aandeelhouder en bestuurder van de vennootschap. Werkgeefster voert tevens een eenmanszaak. Op 31 oktober 2018 heeft de vennootschap bij het UWV een aanvraag ingediend voor het verkrijgen van toestemming tot het mogen opzeggen van de arbeidsovereenkomst met werkneemster op bedrijfseconomische gronden. Op 22 november 2018 heeft het UWV aan de vennootschap toestemming verleend om de arbeidsovereenkomst op te zeggen. Bij brief van 27 november 2018 heeft de vennootschap de arbeidsovereenkomst met werkneemster per 1 april 2019 opgezegd. Werkneemster heeft in eerste aanleg verzocht werkgeefster te veroordelen tot betaling van de transitievergoeding. Bij verstek is het verzoek toegewezen. Bij wijze van een incidenteel verzoek heeft werkgeefster in hoger beroep verzocht de bestreden beschikking te schorsen.

Oordeel

Voor toewijzing van een incidenteel verzoek op grond van artikel 351 Rv is plaats in geval van misbruik van recht, waarvan met name sprake kan zijn indien de beschikking klaarblijkelijk op een juridische of feitelijke misslag berust, dan wel ingeval een afweging van de belangen van partijen in het licht van nieuwe – door incidenteel verzoeker te stellen – omstandigheden daartoe aanleiding geeft. Het incidentele verzoek tot schorsing van de tenuitvoerlegging komt voor toewijzing in aanmerking. Het hof overweegt daartoe als volgt. Werkneemster heeft bij inleidend verzoekschrift een vordering ingesteld tegen werkgeefster 'zaakvoerder eenmanszaak', welke kwalificatie in Nederland geen eenduidige betekenis heeft. In ieder geval is het verzoekschrift niet tegen een rechtspersoon ingesteld, maar kennelijk tegen werkgeefster als natuurlijk persoon, waarbij gevoegd twee producties die allebei *niet ondersteune*n de stelling bij het verzoekschrift dat 'verzoekster in dienst is geweest bij

verweerster'. Stukken die het verzoek wél ondersteunen ontbreken. De genoemde stukken hadden bij de kantonrechter zodanige vragen moeten opwerpen dat het verzoek niet onder toepassing van het 'niet onrechtmatig noch ongegrond-criterium' had mogen worden toegewezen. Dat zo zijnde is er naar het oordeel van het hof sprake van een juridische en/of feitelijke misslag.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch
Datum uitspraak: 28-11-2019
ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2019:4374
Zaaknummer: 200.266.188_02
Rechters: J.W. van Rijkom, A.P. Zweers-van Vollenhoven en R.J. Voorink
Advocaten: R. Gijsen
Wetsartikelen: 351 Rv

RECHTSPRAAK

werknemer/Stichting Afwikkeling SRK

Sprake van beëindiging met wederzijds goedvinden, omdat werknemer schriftelijk, duidelijk en ondubbelzinnig heeft ingestemd met de beëindiging. Dit volgt uit de medewerking van werknemer aan het transitieplan. Verzoek tot betaling van transitievergoeding en gefixeerde schadevergoeding afgewezen.

Feiten

Werknemer is op 1 maart 2001 in dienst getreden bij Stichting Afwikkeling SRK (hierna: SRK). SRK was uitvoerder van de rechtsbijstandverzekering van enkele verzekeraars, met name Nationale Nederlanden, Aegon en de Goudse. Op 28 mei 2018 en 28 september 2018 hebben de twee grootste aaneengesloten maatschappijen, Nationale Nederlanden en Aegon, kenbaar gemaakt de samenwerking met SRK te willen beëindigen. Ten behoeve van deze beëindiging zijn SRK, Aegon en Nationale Nederlanden op 4 januari 2019 een overeenkomst op hoofdlijnen overeengekomen. In het bijbehorende transitieplan is afgesproken dat het personeel van SRK verdeeld wordt over drie partijen: DAS, ARAG en SRK 2.0. Werknemers kunnen hun voorkeur aanvinken. Per 1 juli 2019 heeft werknemer een aanbod om in dienst te treden bij ARAG aanvaard. Bij brief van 20 juni 2019 heeft SRK aan werknemer bevestigd dat de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden eindigt per 1 juli 2019. Bij brief van 24 juli 2019 heeft werknemer SRK kenbaar gemaakt de brief van 20 juni 2019 als opzeggingshandeling te duiden, in die opzegging te berusten en aanspraak te maken op de transitie- en de gefixeerde schadevergoeding. In een gesprek heeft SRK aangegeven niet over te gaan tot betaling van deze vergoedingen. Werknemer verzoekt betaling van de transitievergoeding en een gefixeerde schadevergoeding. Werknemer legt hieraan ten grondslag dat geen sprake is van een beëindiging met wederzijds goedvinden, maar van een eenzijdige opzegging door SRK, waarin werknemer heeft berust.

Oordeel

De kantonrechter oordeelt over de vraag of de arbeidsovereenkomst tussen partijen met

wederzijds goedvinden is beëindigd en pas als daar geen sprake van blijkt te zijn, komt de vraag aan de orde of aan werknemer vergoedingen toekomen. De kantonrechter is van oordeel dat sprake is van beëindiging van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden. Daarvoor is een, in beginsel schriftelijke, duidelijke en ondubbelzinnige wilsverklaring van de werknemer vereist. Van belang is dat werknemer zijn voorkeur heeft aangevinkt in het transitieportaal, te weten indiensttreding bij ARAG. Daarmee heeft werkgever schriftelijk zijn keuze aangegeven. Vervolgens is ARAG, als gevolg van deze registratie van werknemer, met een concreet aanbod gekomen en werknemer heeft dit aanbod geaccepteerd. SRK heeft daarop in haar brief van 20 juni 2019 duidelijk aangegeven dat er een einde aan de arbeidsovereenkomst met werknemer is gekomen met wederzijds goedvinden. Bovendien staat onweersproken vast dat werknemer zonder enig protest uitvoering heeft gegeven aan de inhoud van deze brief door zijn bedrijfseigendommen bij SRK in te leveren, akkoord te gaan met de eindafrekening en zijn werkzaamheden voor SRK te staken, de arbeidsovereenkomst met ARAG te ondertekenen en vervolgens aan het werk te gaan bij ARAG. Werknemer heeft dus niet stilgezeten, maar heeft actief gehandeld. Op grond van het hiervoor overwogene staat vast dat uit de (actieve) gedragingen van werknemer en de feitelijke gang van zaken omtrent de transitie, kan worden afgeleid dat werknemer duidelijk, ondubbelzinnig en schriftelijk heeft ingestemd met de beëindiging van de arbeidsovereenkomst tussen hem en SRK met wederzijds goedvinden en daarmee akkoord is gegaan met het transitieplan. De kantonrechter oordeelt tevens dat het handelen van SRK was gericht op een einde met wederzijdse instemming. Dit volgt uit de bewoordingen van de brief en uit de opzet en inhoud van het transitieplan. Werknemer had er daarom niet op mogen vertrouwen dat SRK (eenzijdig) de arbeidsovereenkomst had opgezegd. De vorderingen van werknemer worden daarom afgewezen.

Instantie: Rechtbank Den Haag
Datum uitspraak: 27-11-2019
ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2019:12832
Zaaknummer: 8005781/19-50508
Rechters: L.C. van Heuveling Beek
Wetsartikelen: 3:33 BW, 3:35 BW, 7:670b BW, 7:672 BW en 7:673 BW

RECHTSPRAAK

VORM Bouw B.V./werknemer en werknemer/VORM Bouw B.V.

Werkgeefster mocht er slechts op vertrouwen dat werknemer instemde met de wijziging van de arbeidsovereenkomst, indien zij op grond van verklaringen of gedragingen van werknemer mocht aannemen dat deze welbewust met die wijziging instemde. Daar is geen sprake van.

Feiten

Werknemer is per 1 juli 2009 bij VORM in dienst getreden. In de arbeidsovereenkomst is een tantième bepaald. Een brief van de algemeen directeur aan werknemer van 7 december 2012 vermeldt dat op basis van het functioneren is besloten de arbeidsovereenkomst als adjunct-directeur bouw te beëindigen, maar dat hem een functie als adjunct-directeur aan wordt geboden. Per 1 januari 2013 is de functie van werknemer gewijzigd in adjunct-directeur transVORM. Per brief van 8 februari 2018 is kenbaar gemaakt dat werknemer twee opties heeft, namelijk beëindiging met wederzijds goedvinden of een laatste kans om aan te tonen dat hij in het bedrijf een positieve beweging krijgt en resultaten gaat behalen. Aan die tweede optie zijn de voorwaarden verbonden dat de tantième volledig afhankelijk wordt van de resultaten van transVORM en de tantième over 2017 in drie termijnen wordt uitgekeerd (2019, 2020 en 2021) en alleen wordt uitgekeerd als alle financiële doelen zijn behaald. Werknemer is hier niet mee akkoord gegaan. VORM heeft werknemer medegedeeld een procedure tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst te zullen beginnen en heeft hem op non actief gesteld. Werknemer heeft in een kort geding onder meer wedertewerkstelling gevorderd. Bij vonnis van 26 april 2018 heeft de voorzieningenrechter de vordering tot wedertewerkstelling ten dele toegewezen. Partijen zijn het niet eens geworden over de te verrichten werkzaamheden. In eerste aanleg heeft de kantonrechter de arbeidsovereenkomst ontbonden op grond van een verstoorde arbeidsverhouding. Aan werknemer is daarnaast de tantième over 2017 toegekend. VORM komt op tegen het vonnis.

Oordeel

Vast staat dat partijen in de arbeidsovereenkomst van 2009 een jaarlijks tantième zijn overeengekomen. De bij brief van 7 december 2012 door VORM aangeboden gewijzigde arbeidsovereenkomst hield wat betreft het overeengekomen tantième een aanzienlijke financiële verslechtering in voor werknemer. VORM mocht er slechts op vertrouwen dat werknemer instemde met de wijziging van de arbeidsovereenkomst op dit punt indien zij op grond van verklaringen of gedragingen van werknemer mocht aannemen dat deze welbewust met die wijziging instemde. Daarvan is naar het oordeel van het hof in dit geval geen sprake geweest. Werknemer heeft op grond van zijn arbeidsovereenkomst van 2009 recht op tantième over 2017. Partijen twisten over de vraag of dit recht mede betrekking heeft op de extra 1,5% tantième over de winst van VORM Holding boven de € 10 miljoen per jaar. Het hof overweegt hierover het volgende. De toevoeging van de trede met 1,5% tantième over de winst boven € 10 miljoen per jaar past in de op grond van de arbeidsovereenkomst uit 2009 gehanteerde berekeningssystematiek, en vormt daarmee een aanvulling op de reeds bestaande (in de arbeidsovereenkomst vermelde) staffel. Werknemer mocht redelijkerwijs begrijpen dat het hier ging om een (structurele) aanvulling van de in zijn arbeidsovereenkomst vermelde tantièmestaffel.

Ontbinding van de arbeidsovereenkomst op de g-grond

De 'laatste kans' die VORM werknemer in de brief van 8 februari 2018 heeft gegeven, betrof geen redelijk voorstel aan werknemer. Werknemer werd voor de keuze gesteld: ofwel beëindiging van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden, ofwel voortzetting van de arbeidsovereenkomst met als voorwaarde dat het tantième over 2017 in termijnen werd uitbetaald. Het hof is met de kantonrechter van oordeel dat VORM met haar voorstel van februari 2018, de arbeidsverhouding tussen partijen ernstig heeft verstoord. VORM heeft met haar 'buigen of barsten'-voorstel de verhoudingen willens en wetens op scherp gezet en heeft vervolgens ingezet op de beëindiging van de arbeidsovereenkomst, primair op de niet voldragen disfunctioneren-grond. VORM kan hiervan een ernstig verwijt worden gemaakt. Wat betreft het tantième over 2018 is het hof van oordeel dat werknemer, die het gehele jaar 2018 nog in dienst is geweest, zijn arbeidsovereenkomst redelijkerwijs aldus heeft mogen begrijpen dat hij hierop in beginsel recht heeft. Anders dan VORM aanvoert, kan hieruit redelijkerwijs niet worden afgeleid dat ook voor de tantième-uitkeringen over de jaren na 2009 de voorwaarde gold dat er ten tijde van de uitbetaling nog sprake was van een dienstverband.

Billijke vergoeding

Het hof overweegt bij de vaststelling van de billijke vergoeding dat sprake is van ernstig verwijtbaar handelen aan de zijde van VORM. Het hof acht echter niet aannemelijk dat

werknemer nog lang bij VORM zou hebben gewerkt. VORM was immers in 2012 al niet tevreden met het functioneren van werknemer. Het hof acht voldoende aannemelijk dat, als de arbeidsverhouding begin 2018 niet reeds ernstig zou zijn verstoord de arbeidsovereenkomst op niet al te lange termijn was beëindigd. Alles afwegende acht het hof aannemelijk dat de arbeidsverhouding uiterlijk tot 1 juli 2019 zou hebben voortgeduurd.

Instantie: Gerechtshof Den Haag
Datum uitspraak: 26-11-2019
ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2019:3150
Zaaknummer: 200.246.685/01 en 200.252.116/01
Rechters: J.M.T. van der Hoeven-Oud, M.D. Ruizeveld en A.J. Swelheim
Advocaten: D. Schuurman en M.W.A.M. van Kempen
Wetsartikelen: 21 Rv, 843a Rv, 6:96 BW, 6:248 BW, 7:611 BW, 7:628 BW, 7:671b BW, 7:671b lid 8 sub c BW en 7:681 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Smart Retail Concepts B.V.

Werknemer heeft onvoldoende belang bij een inhoudelijke beoordeling van de zaak in hoger beroep. Hoger beroep wordt verworpen.

Feiten

Smart Retail heeft in eerste aanleg verzocht om de arbeidsovereenkomst tussen haar en werknemer, voor het geval deze nog bestaat, dan wel voor het geval dat komt vast te staan dat die arbeidsovereenkomst niet op 1 september 2018 is geëindigd, (voorwaardelijk) te ontbinden op zo kort mogelijke termijn, onder toekenning van de transitievergoeding aan werknemer. Werknemer stelt, bij wijze van incidenteel verzoek, dat de zaak naar de kantonrechter moet worden verwezen, omdat hij niet als statutair bestuurder maar als werknemer van Smart Retail dient te worden aangemerkt. Bij de bestreden beschikking heeft de rechtbank geoordeeld dat werknemer als statutair bestuurder en niet als werknemer van Smart Retail dient te worden aangemerkt en dat dat betekende dat de rechtbank bevoegd was van het voorwaardelijke ontbindingsverzoek van Smart Retail kennis te nemen. Het incidentele verzoek tot verwijzing is afgewezen. De arbeidsovereenkomst tussen partijen is met inachtneming van de door Smart Retail geformuleerde voorwaarden per 1 januari 2019 ontbonden en Smart Retail is veroordeeld tot betaling van de transitievergoeding. Tegen deze beslissing komt werknemer in hoger beroep op. Zijn betoog komt erop neer dat hij geen vernietiging van de opzegging nastreeft, maar dat hij hoger beroep heeft ingesteld om te voorkomen dat de bestreden beschikking gezag van gewijsde zou krijgen, en daarnaast om verschillende rechtsklachten aan de orde te stellen. Daarbij voert werknemer aan dat de rechtbank buiten de grenzen van de rechtsstrijd is getreden en dat Smart Retail geen belang had bij de uitgesproken voorwaardelijke ontbinding.

Oordeel

Het hof overweegt dat Smart Retail, anders dan werknemer heeft aangevoerd, wel belang bij het indienen van het voorwaardelijke ontbindingsverzoek had, omdat werknemer zich aanvankelijk niet neerlegde bij de opzegging van zijn dienstverband door Smart Retail per 1 september 2018. Hoewel werknemer blijkens een op 15 oktober 2018 bij de Rechtbank

Midden-Nederland, dus na sluiting van de behandeling van de onderhavige procedure in eerste aanleg, ingediend verzoekschrift te kennen gaf de opzegging niet langer in rechte te bestrijden, had Smart Retail belang bij voortzetting van de procedure ter verkrijging van een rechterlijke beschikking in verband met de proceskosten en het verkrijgen van een oordeel over de vraag of werknemer al dan niet als statutair bestuurder van Smart Retail diende te worden aangemerkt. Dit laatste punt raakte rechtstreeks de rechtsbetrekking tussen partijen en de gevolgen van de opzegging. Geen van beide partijen heeft de rechtbank over de vanaf 15 oktober 2018 tussen hen vaststaande beëindiging van de arbeidsovereenkomst per 1 september 2018 geïnformeerd. Werknemer bevestigt in het beroepschrift ondubbelzinnig dat hij zich erbij heeft neergelegd dat de arbeidsovereenkomst tussen partijen per 1 september 2018 is beëindigd. Het voorgaande brengt mee dat de voorwaarde waaronder Smart Retail het ontbindingsverzoek heeft ingesteld, niet is en niet meer kan worden vervuld, waarmee het einde van het dienstverband van werknemer per 1 september 2018 is komen vast te staan. Gelet hierop heeft (de voortzetting van) de onderhavige procedure praktisch geen betekenis meer voor de rechtsverhouding tussen partijen. Smart Retail kan bovendien in eerste aanleg niet meer (overwegend) in het ongelijk worden gesteld of worden aangemerkt als de in eerste aanleg (overwegend) in het ongelijk gestelde partij, wat er ook zij van de gronden van het hoger beroep. Dat betekent ook dat de gronden van werknemer niet kunnen leiden tot een proceskostenveroordeling in eerste aanleg ten laste van Smart Retail. De conclusie is dat werknemer onvoldoende belang heeft bij een verdere inhoudelijke beoordeling van de zaak in hoger beroep, zoals artikel 3:303 BW vereist, hetgeen Smart Retail ook heeft betoogd. De gronden van werknemer kunnen om die reden onbesproken blijven. Het hoger beroep wordt verworpen.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam
Datum uitspraak: 26-11-2019
ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2019:4210
Zaaknummer: 200.251.647/01
Rechters: W.H.F. M Cortenraad, I.A. Haanappel-van der Burg en A.C.M. Kuypers
Wetsartikelen: 3:303 BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/ Lotte Global Logistics (Netherlands) B.V.

Werkgever heeft ernstig verwijtbaar gehandeld door onder meer de ernstige beschuldigingen in deze procedure jegens werkneemster op geen enkele wijze te kunnen waarmaken. Aan werkneemster wordt een billijke vergoeding toegekend.

Feiten

Werkneemster is op 1 december 2013 bij Lotte in dienst getreden. Op grond van de arbeidsovereenkomst had werkneemster recht op een vergoeding van de werkelijk gemaakte reiskosten. Vanaf 1 februari 2016, toen haar arbeidsomvang verminderde, ontving werkneemster naast haar maandsalaris een maandelijkse reiskostenvergoeding. Ook nadat werkneemster begin 2017 is verhuisd, is Lotte deze vergoeding iedere maand blijven betalen. Na het aantreden van een nieuwe leidinggevende is de reiskostenvergoeding van werkneemster aan de orde gesteld. Met ingang van april 2018 heeft Lotte de reiskostenvergoeding niet meer betaald. Op 9 april 2018 heeft er een gesprek plaatsgevonden. De leidinggevende heeft de volgende dag per e-mail aangegeven dat hij het betreurt dat werkneemster de onderneming verlaat en dat HR wordt geïnformeerd. Op 12 april 2018 heeft werkneemster zich ziek gemeld. Daarbij heeft werkneemster aangegeven dat onder deze omstandigheden de uitkomsten van haar herstel moeten worden afgewacht, voordat kan worden gesproken over de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Werkneemster was op vakantie in Zuid-Korea en is op 17 mei 2018 teruggekeerd in Nederland. Op 23 mei 2018 is Lotte overgegaan tot een eindafrekening van het dienstverband. Op 24 mei 2018 heeft werkneemster een gesprek gehad met de bedrijfsarts die heeft geconcludeerd dat er onvoldoende benutbare mogelijkheden zijn om te starten met re-integratie. Per brief van 25 mei 2018 heeft de leidinggevende aan werkneemster bericht de opzegging door werkneemster in stand te laten, onder meer omdat werkneemster zich nadat zij zich ziek heeft gemeld is vertrokken naar Zuid-Korea en de Arbodienst slecht contact met haar kreeg. Namens werkneemster is bestreden dat de arbeidsovereenkomst zou zijn opgezegd en is Lotte gesommeerd haar verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst na te komen. Lotte heeft in eerste aanleg verzocht om voor recht te verklaren dat de arbeidsovereenkomst is geëindigd

door opzegging door werkneemster en subsidiair de arbeidsovereenkomst te ontbinden. Met betrekking tot de verzochte verklaring heeft de kantonrechter Lotte toegelaten tot het leveren van bewijs. Ten aanzien van het subsidiaire verzoek heeft de kantonrechter de arbeidsovereenkomst ontbonden op de g-grond onder toekenning van de transitievergoeding. Werkneemster komt op tegen het vonnis en vordert een billijke vergoeding.

Oordeel

Lotte heeft haar (voorwaardelijke) verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst primair gegrond op verwijtbaar handelen en onder meer gesteld dat werkneemster zich schuldig zou hebben gemaakt aan frauduleus handelen. Tegenover de gemotiveerde en stellige betwisting hiervan door werkneemster heeft Lotte echter ook in hoger beroep niet (nader) uiteengezet op grond van welke feiten en omstandigheden de opzet moet worden aangenomen. Het had op de weg van Lotte gelegen om nauwkeurig uiteen te zetten hoe de beweerdelijke fraude door werkneemster dan wel precies in zijn werk zou zijn gegaan. De vordering wordt dan ook afgewezen. Het hof oordeelt verder dat de kantonrechter terecht heeft geoordeeld dat sprake is van een duurzaam verstoorde arbeidsverhouding en de arbeidsovereenkomst terecht op die grond heeft ontbonden. Verder is er geen sprake van een opzegverbod, omdat het ontbindingsverzoek onvoldoende verband houdt met de ziekte van werkneemster. Het hof kent werkneemster wel een billijke vergoeding toe van € 25.000 nu Lotte ernstig verwijtbaar heeft gehandeld door onder meer de ernstige beschuldigingen in deze procedure jegens werkneemster op geen enkele wijze te kunnen waarmaken.

Instantie: Gerechtshof Den Haag
Datum uitspraak: 26-11-2019
ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2019:3164
Zaaknummer: 200.253.622/01
Rechters: M.D. Ruizeveld, S.R. Mellema en J.A. van Dorp
Advocaten: S. Karakaya-Pilavci en K. van Overloop
Wetsartikelen: 7:669 BW, 7:669 lid 3 sub e BW, 7:669 lid 3 sub g BW, 670b BW, 7:671b BW, 7:671b lid 8 onder c BW en 7:683 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/VT Personnel Services B.V.

Werkgever wordt in kort geding veroordeeld slapend dienstverband zonder inachtneming van een opzegtermijn op te zeggen. Opzegging met instemming van bijna AOW-gerechtigde werknemer. Werkgever krijgt tot 1 juli 2020 de gelegenheid de transitievergoeding te betalen.

Feiten

Werknemer is op 28 juli 1969 in dienst getreden van VT Personnel Services B.V. (hierna: VT.) en was laatstelijk werkzaam in de functie van gezagvoerder op de scheepvaart. De arbeidsovereenkomst wordt beheerst door de cao voor het Vlootpersoneel in dienst van VT Personnel Services B.V. (hierna: de cao). Ingevolge artikel 10 van de cao eindigt de arbeidsovereenkomst van rechtswege bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd. In artikel 26 van de cao is het volgende bepaald: 'Wanneer werknemer of werkgever van mening is dat opvolging van deze cao tot onbillijke situaties of resultaten leidt, zal dit gemeld worden aan de betrokken cao partijen. Deze zullen binnen 1 kalendermaand overleg voeren.' Vanaf 27 maart 2017 is werknemer arbeidsongeschikt als gevolg van de bij hem gediagnosticeerde kanker. Op 18 december 2018 heeft werknemer een arbeidsongeschiktheidsuitkering aangevraagd. Bij beslissing van 12 februari 2019 heeft het UWV aan werknemer een IVA-uitkering toegekend met ingang van 25 maart 2019. Van enig zicht op verbetering of herstel is geen sprake. Als de arbeidsovereenkomst niet eerder wordt beëindigd zal deze ingevolge artikel 10 van de cao van rechtswege eindigen op 9 december 2019, de datum waarop werknemer de pensioengerechtigde leeftijd als bedoeld in artikel 7:673 lid 7 sub b BW zal bereiken. Werknemer heeft VT meerdere malen verzocht tot ontslag over te gaan. VT heeft dat verzoek niet ingewilligd. Werknemer vordert onder meer bij wege van voorlopige voorziening VT te veroordelen om binnen drie dagen na betekening van het vonnis de arbeidsovereenkomst zonder inachtneming van een opzegtermijn op te zeggen met instemming van werknemer onder toekenning van een transitievergoeding van € 81.000 bruto.

Oordeel

Het verweer van VT dat werknemer niet-ontvankelijk moet worden verklaard in zijn vordering aangezien hij niet eerst aan de betrokken cao-partijen heeft gemeld dat opvolging van de cao tot onbillijke situaties of resultaten leidt, slaagt niet. De kantonrechter neemt voorts aan dat werknemer een voldoende spoedeisend belang heeft bij zijn vordering, gegeven de omstandigheid dat hij op 9 december 2019 AOW-gerechtigd is. De omstandigheid dat werknemer bijna de AOW-gerechtigde leeftijd heeft bereikt, levert volgens de Hoge Raad niet een gerechtvaardigd belang op om de arbeidsovereenkomst in stand te houden. Daarnaast is gesteld noch gebleken dat er reële re-integratiemogelijkheden voor werknemer bestaan, zodat ook daar geen gerechtvaardigd belang aan te ontlenen valt. Naar het oordeel van de kantonrechter heeft VT in het kader van deze procedure onvoldoende aannemelijk gemaakt dat voorfinanciering van de transitievergoeding van werknemer leidt tot ernstige financiële problemen. Bij de toelichting op de financiële problemen heeft VT de andere vijf 'slapers' betrokken, doch dat is in dit kader niet (alles)beslissend. Het gaat er immers om of VT in directe financiële problemen terecht zou komen als zij de transitievergoeding van werknemer zou moeten voorfinancieren. Dat is naar het oordeel van de kantonrechter onvoldoende gebleken, nu VT geen financiële stukken of jaarcijfers in het geding heeft gebracht, waaruit blijkt hoe het financieel met haar onderneming gesteld is. Anderzijds wil de kantonrechter wel aannemen dat het voorfinancieren van de transitievergoedingen van 'slapers' een behoorlijke last voor VT oplevert en om die reden bestaat er aanleiding om VT een ruimere termijn dan genoemd in artikel 7:686a lid 1 BW te gunnen om de transitievergoeding aan werknemer te voldoen. De kantonrechter zal om die reden bepalen dat VT de transitievergoeding uiterlijk op 1 juli 2020 dient te voldoen, te weten drie maanden na de inwerkingtreding van de WCT. De kantonrechter zal de primaire vordering van werknemer dan ook toewijzen. Aangezien werknemer te kennen heeft gegeven met het ontslag in te zullen stemmen, hoeft geen opzegtermijn in acht te worden genomen.

Instantie: Rechtbank Rotterdam
Datum uitspraak: 25-11-2019
ECLI: ECLI:NL:RBROT:2019:9396
Zaaknummer: 8041000
Rechters: W.J.J. Wetzels
Advocaten: M.A.F.J. den Hupkes-van Brink en L.R.T. Peeters
Wetsartikelen: 7:611 BW, 7:669 lid 3 sub b BW, 7:671 BW, 7:672 BW, 7:673 BW en 7:686a BW

RECHTSPRAAK

werknemer/advocaat

Advocaat X heeft een beroepsfout gemaakt door niet tijdig een procedure in te stellen. Aan werknemer wordt een schadevergoeding van vijf maanden (netto)loon toegekend.

Feiten

Werknemer werkte sinds 11 juli 2002 in loondienst bij een pizzeria. Hij heeft niet de Nederlandse nationaliteit en had voor dit werk geen tewerkstellingsvergunning. Van de pizzeria ontving werknemer loonstroken. Op 18 april 2016 is de pizzeria gecontroleerd door de Inspectie SZW. Op diezelfde dag is werknemer op staande voet ontslagen. Werknemer heeft hierop advocaat X verzocht om hem als advocaat in het arbeidsrechtelijke geschil met zijn werkgever bij te staan. Advocaat X heeft gecorrespondeerd met de pizzeria, maar uiteindelijk geen procedure aanhangig gemaakt. In 2018 heeft werknemer zijn huidige gemachtigde benaderd en deze heeft advocaat X aansprakelijk gesteld voor de schade van werknemer als gevolg van een door hem gemaakte beroepsfout, aangezien hij niet tijdig een procedure heeft ingesteld. Advocaat X heeft hierop gereageerd door mee te delen dat hij van mening is geen beroepsfout te hebben gemaakt, omdat een procedure geen kans van slagen zou hebben gehad zelfs als deze tijdig zou zijn ingesteld, en door de zaak aan zijn beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar te sturen. De beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar van advocaat X heeft erkend dat sprake is van een beroepsfout. Werknemer vordert dat advocaat X wordt veroordeeld om onder meer schadevergoeding aan hem te betalen.

Oordeel

Tussen partijen is niet langer in geschil dat advocaat X een beroepsfout heeft gemaakt. Partijen verschillen nog wel van standpunt over het bedrag dat de kantonrechter in de verzoekschriftprocedure zou hebben toegewezen en dat dus als schade in deze procedure kan worden toegewezen. Werknemer erkent dat hij niet overtuigend kan aantonen dat zijn loon feitelijk hoger was dan wat zijn loonstroken aantonen, zodat het in de rede ligt dat de kantonrechter in de verzoekschriftprocedure zou zijn uitgegaan van het loon op deze loonstroken. De verwachte totale duur van een procedure tot ontbinding wordt vastgesteld op

vijf maanden en om die reden zal worden uitgegaan van een te verwachten loondoorbetaling gedurende vijf maanden. Ten aanzien van de vordering tot vergoeding van achterstallig vakantiegeld is geen sprake van een beroepsfout van advocaat X. Advocaat X heeft aangevoerd dat hij werknemer in augustus en november 2016 per brief heeft geadviseerd om niet tot dagvaarden over te gaan, omdat hij de slagingskans van een gerechtelijke procedure niet reëel achtte. Gelet op de bewijspositie van werknemer, die naar eigen zeggen niet overtuigend kan aantonen dat zijn loonbetaling afweek van wat zijn loonstroken aantonen, en het feit dat op deze loonstroken het vakantiegeld staat vermeld, zodat het in de rede ligt dat dit ook jaarlijks is uitgekeerd, voldoet het advies van advocaat X om niet te gaan procederen ten aanzien van het vakantiegeld aan de zorgvuldigheidsnorm die aan hem als advocaat gesteld mag worden.

Instantie: Rechtbank Amsterdam
Datum uitspraak: 22-11-2019
ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2019:8734
Zaaknummer: 7667496 \ CV EXPL 19-7959
Rechters: M.R.J. van Wel
Advocaten: O.B. Zwijnenberg en C.R. Hettema
Wetsartikelen: 7:686a BW

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgeefster

Werknemer berust in opzegging. Verzoek om uitbetaling van opgebouwde, niet-genoten vakantiedagen en betaling van de wettelijke transitievergoeding toegewezen. Verzoek tot betaling van een gefixeerde schadevergoeding en billijke vergoeding afgewezen.

Feiten

Werknemer is sinds 1 januari 2016 bij werkgeefster in dienst getreden. Op 12 juni 2017 is hij ziek geworden. Per brief van 26 juni 2019 heeft werkgeefster aangegeven dat de arbeidsovereenkomst per 10 juni 2019 is beëindigd. Vanaf 10 juni 2019 ontvangt werknemer een WIA-uitkering. Werknemer verzoekt uitbetaling van de opgebouwde, niet-genoten vakantiedagen en een transitievergoeding, als mede betaling van een gefixeerde schadevergoeding en billijke vergoeding. Daaraan legt werknemer ten grondslag dat werkgeefster de arbeidsovereenkomst met terugwerkende kracht en zonder ontslagvergunning van het UWV heeft opgezegd.

Oordeel

De kantonrechter overweegt allereerst dat zich hier een situatie voordoet als omschreven in artikel 7:669 lid 3 sub b BW en artikel 7:670 lid 1 sub a BW. De toestemming van het UWV die voor opzegging vereist is, ontbreekt evenwel. Opzegging is dus in strijd met artikel 7:671 lid 1 BW gegeven. Werknemer heeft zich echter bij de opzegging neergelegd, waardoor de arbeidsovereenkomst daadwerkelijk is beëindigd. Wettelijk gezien heeft werknemer recht op een transitievergoeding; dit deel van het verzoek van werknemer wordt dan ook toegewezen. Werknemer heeft daarnaast aanspraak gemaakt op uitbetaling van de door hem opgebouwde en niet-genoten vakantiedagen. Werkgeefster heeft erkend dat de opgebouwde en niet-genoten vakantiedagen niet zijn uitbetaald. Werkgeefster heeft de opgebouwde niet-genoten vakantierechten begroot op 467,4 uren, dat is gelijk aan een bedrag van € 8.969,41 bruto. Werknemer heeft het voorgaande niet betwist, zodat in rechte uitgegaan wordt van de juistheid daarvan. Het verzochte bedrag ad € 8.969,41 bruto wordt daarom toegewezen. Omdat werknemer niet binnen de vervaltermijn van twee maanden na beëindiging van de

arbeidsovereenkomst een verzoek tot betaling van de gefixeerde schadevergoeding heeft gedaan, wordt dit deel van het verzoek afgewezen. De kantonrechter overweegt daarbij dat dit oordeel niet naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Tot slot overweegt de kantonrechter dat een billijke vergoeding zou kunnen worden toegewezen omdat werkgeefster niet rechtsgeldig heeft opgezegd. De kantonrechter is echter, alle omstandigheden in aanmerking nemende, van oordeel dat een billijke vergoeding zoals door werknemer verzocht, in het onderhavige geval niet in de rede ligt. Daarvoor heeft werknemer zijn verzoek onvoldoende onderbouwd. Het verzoek tot betaling van de billijke vergoeding wordt daarom afgewezen.

Instantie: Rechtbank Rotterdam
Datum uitspraak: 12-11-2019
ECLI: ECLI:NL:RBROT:2019:9010
Zaaknummer: 8028890 VZ VERZ 19-17591
Rechters: I.K. Rapmund
Advocaten: W.T. M Uilhoorn en K.M. van Wijngaarden
Wetsartikelen: 7:669 BW, 7:670 BW, 7:671 BW en 7:673 BW

RECHTSPRAAK

X c.s./curator in het faillissement van Swets Information Services B.V.

Faillissement Spaanse dochtervennootschap en Nederlandse moedervennootschap. Arbeidsverhouding wordt getoetst naar communautair recht. Op de insolventierechtelijke aspecten van de vorderingen is Nederlands recht van toepassing. Achterstallig loon is deels een boedelschuld. Door Spaanse rechter aan werknemers toegekende schadevergoeding is een boedelschuld.

Feiten

Swets Information Services B.V. (verder: SIS) is enig aandeelhouder van Swets & Zeitlinger International Holding B.V. die op haar beurt enig aandeelhouder is van de vennootschap naar Spaans recht Swets Information Services S.L. (verder: Swets Spanje). Op 23 september 2014 is SIS in staat van faillissement verklaard met benoeming van de curator als zodanig. X c.s. was in dienst van Swets Spanje. Op 19 november 2014 is Swets Spanje in staat van faillissement verklaard. Aan X en werknemers 1 tot en met 11 (hierna tezamen: X c.s.) is vervolgens collectief ontslag verleend. De arbeidsrelaties van X c.s. zijn per 4 december 2014 geëindigd. Op 9 december 2014 hebben werknemers 1 tot en met 10 bij de arbeidsrechtbank te Barcelona een gerechtelijke procedure aanhangig gemaakt tegen Swets Spanje, SIS en hun curatoren. De curator is, hoewel daartoe opgeroepen, in die procedure niet verschenen. Bij brief van 19 maart 2015 heeft de gemachtigde geldvorderingen betreffende achterstallig loon en schadevergoeding van appellanten 1 tot en met 10 in het faillissement van SIS bij de curator ter verificatie ingediend. Bij vonnis van 10 september 2015 heeft voornoemde arbeidsrechtbank Swets Spanje en SIS hoofdelijk veroordeeld tot betaling aan werknemers 1 tot en met 10 van achterstallig loon en schadevergoeding. Tegen dit Spaanse vonnis is geen hoger beroep ingesteld. Bij attest van 22 januari 2015 heeft de curator in het faillissement van Swets Spanje verklaard dat werknemer/directeur 11 bedragen te vorderen heeft van Swets Spanje aan achterstallig loon en schadevergoeding. In eerste aanleg heeft X c.s. onder meer een verklaring voor recht gevorderd dat X c.s. als gevolg van het Spaanse vonnis is aan te merken als

(gewezen) werknemer van SIS. De rechtbank heeft geoordeeld dat op grond van het Spaanse vonnis niet kan worden geconcludeerd dat tussen X c.s. en SIS sprake is van een arbeidsovereenkomst en dat X c.s. naar Nederlands recht niet kan worden aangemerkt als voormalig werknemer van SIS. In hoger beroep staat de vraag centraal of tussen X c.s. en SIS al dan niet een arbeidsverhouding heeft bestaan.

Oordeel

Toetsing arbeidsverhouding

Primair gaat het om de vraag naar welk recht dient te worden bepaald of sprake is van een arbeidsbetrekking tussen X c.s. en SIS. Het hof volgt de curator in zijn betoog dat bij toepassing van de Insolventieverordening (EG) nr. 1346/2000 (hierna: IVO) de vraag of tussen X c.s. en SIS een arbeidsverhouding heeft bestaan dient te worden beantwoord naar communautair recht. Een dergelijke vraag dient autonoom te worden getoetst omdat de begrippen 'arbeidsverhouding', 'arbeidsbetrekking' en 'arbeidsovereenkomst' in breder verband in Europese regelgeving worden gehanteerd. Vast staat dat de contracten met Spaanse klanten met SIS werden gesloten, dat de facturatie aan de Spaanse klanten door SIS plaatsvond en dat de facturen rechtstreeks aan SIS werden betaald en dat Swets Spanje als cost-plus kantoor geen eigen inkomsten ontving maar maandelijks een kostendekkend bedrag vermeerderd met een cost plus percentage (volgens de curator vanwege fiscale redenen) van SIS ontving, uit welk bedrag de salarissen van X c.s. en de overige kosten werden betaald. Het hof is van oordeel dat met deze constructie in wezen het loon van X c.s. door SIS werd betaald en de aansturing van X c.s. door SIS plaatsvond. Dit zijn sterke aanwijzingen voor het aannemen van een arbeidsverhouding tussen X c.s. en SIS. Voldaan wordt immers aan de cumulatieve voorwaarden uit het gemeenschapsrecht (HvJ EG 3 juli 1986, C-66/85, *Lawrie/Blum*). Het hof komt tot de conclusie dat een redelijke uitleg van het communautair recht meebrengt dat tussen X c.s. en SIS een arbeidsbetrekking heeft bestaan.

Insolventierechtelijke aspecten van de loonvordering en schadevergoeding

Op grond van artikel 4 lid 1 IVO en artikel 10 IVO dienen de vorderingen van X c.s. op de insolventierechtelijke aspecten naar het Nederlandse insolventierecht te worden beoordeeld. Nu is geoordeeld dat tussen X c.s. en SIS een arbeidsbetrekking heeft bestaan, heeft de vordering met betrekking tot achterstallig loon op grond van artikel 40 Fw als boedelschuld in het faillissement van SIS te gelden. Voor de vraag of de aan X c.s. volgens het Spaanse vonnis, respectievelijk het attest van de Spaanse curator, toekomende schadevergoeding heeft te gelden als boedelschuld is van belang het arrest *Koot Beheer/Tideman q.q.* (HR 19 april 2013, *JOR* 2013, 224). Zowel uit het Spaanse vonnis als uit het attest van de Spaanse curator volgt dat

de curator bevoegd is tot opzegging van de arbeidsovereenkomsten, maar (slechts) tegen betaling van een schadevergoeding in verband met die beëindiging. Daarmee is voldaan aan het vereiste om te vallen onder de door de Hoge Raad op één lijn gestelde situatie. Dat de schadevergoeding naar Nederlands recht volgens artikel 40 lid 1 Fw beperkt is tot het loon gedurende zes weken doet daar niets aan af.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam
Datum uitspraak: 12-11-2019
ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2019:4062
Zaaknummer: 200.231.791/01
Rechters: H.T. van der Meer, R.J.F. Thiessen en A.C.M. Kuypers
Advocaten: I.M.C.A. Reinders Folmer en M.N. de Groot
Wetsartikelen: 10 IVO, 26 Fw, 3:288 BW, 4 IVO en 40 Fw

RECHTSPRAAK

De personeelsgeleding van de medezeggenschapsraad van het Avicenna College/het College van bestuur van de Stichting voor Islamitisch Voortgezet Onderwijs in Rotterdam e.o.

Het benoemen van werknemer tot hoofdconciërge is slechts het formaliseren geweest van een bestaande situatie. Met de Commissie is de Ondernemingskamer daarom van oordeel dat deze benoeming geen beleidsmatig maar een individueel karakter heeft, waarvoor de PMR geen instemmingsbevoegdheid heeft.

Feiten

Het Avicenna College is op 14 augustus 2014 ontstaan door overname van leerlingen van De Opperd. De Opperd was tot maart 2018 ondergebracht in twee oude gebouwen. Beide gebouwen hadden een conciërge: een daarvan is werknemer. Sinds 6 maart 2018 heeft het Avicenna College een nieuw schoolgebouw. Per 1 september 2015 hanteert het bevoegd gezag het 'Handboek functiebouwwerk OP/OOP Stichting voor Islamitisch Voortgezet Onderwijs in Rotterdam e.o. - "Avicenna College"'. Na vertrek van de interim-directeur van de school heeft X per 1 januari 2018 tijdelijk de dubbelfunctie van rector en bestuurder op zich genomen. Werknemer is met ingang van 1 januari 2018 benoemd tot hoofdconciërge in salarisschaal 7. Bij brief van 1 juni 2018 aan het bevoegd gezag heeft de PMR de nietigheid ingeroepen van het besluit om een hoofdconciërge aan te stellen. De Commissie heeft overwogen dat in 2018 geen nieuwe functie is ingevoerd, en het bevoegd gezag niet gehouden was instemming te vragen. Het bevoegd gezag heeft niet in strijd met artikel 11 lid 1.1 cao vo gehandeld. Voorts overweegt de Commissie dat de benoeming van de hoofdconciërge geen beleidsmatig maar een individueel karakter heeft. De benoeming van de hoofdconciërge kan redelijkerwijs niet geduid worden als een wijziging van de samenstelling van de formatie zoals bedoeld in artikel 12 lid 1 aanhef en sub b Wms, of het bevorderings-, aanstellings- en ontslagbeleid als bedoeld in artikel 12 lid 1 aanhef en sub o Wms. De PMR heeft ter onderbouwing van het verzoek aangevoerd dat er nooit een functiehandboek is vastgesteld.

Het functiehandboek waarop het oordeel van de Commissie is gebaseerd is bij de leden van de medezeggenschapsraad niet bekend. Verder is gehandeld in strijd met artikel 12 Wms, in het bijzonder met artikel 12 lid 1sub b Wms, dat bij het daar geregelde instemmingsrecht – onder meer voor een besluit met betrekking tot wijziging van de samenstelling van de formatie – niet de eis stelt dat het om een belangrijke wijziging moet gaan.

Oordeel

Vooropgesteld dient te worden dat de Ondernemingskamer in dit geding slechts bevoegd is het beroep te behandelen tegen de uitspraak van de Commissie met betrekking tot het instemmingsrecht dat de PMR toekomt op basis van artikel 12 Wms. Uit de bewoordingen van artikel 12 Wms, en bij (onder andere) lid 1 sub o Wms volgt dat deze bepaling een instemmingsrecht geeft voor zaken met een beleidsmatig karakter. Het bevoegd gezag heeft de benoeming van werknemer tot hoofdconciërge toegelicht door erop te wijzen dat de feitelijke inhoud van de werkzaamheden van werknemer al anders was dan die van de andere conciërge en dat werknemer meer verantwoordelijkheden droeg dan laatstgenoemde. Het benoemen van werknemer tot hoofdconciërge is slechts het formaliseren geweest van een bestaande situatie. Met de Commissie is de Ondernemingskamer daarom van oordeel dat deze benoeming geen beleidsmatig maar een individueel karakter heeft, waarvoor de PMR geen instemmingsbevoegdheid heeft. Voorts moet worden beoordeeld of de benoeming van werknemer een 'vaststelling of wijziging van de samenstelling van de formatie' betreft (art. 12 lid 1 sub b Wms). Bij deze beoordeling is van belang dat de inhoud van het takenpakket van werknemer geen wijzigingen heeft ondergaan als gevolg van de benoeming tot hoofdconciërge. De aard van de functie is ongewijzigd gebleven evenals het aantal (hoofd)conciërges. De slotsom luidt dat de Commissie terecht het verzoek van de PMR heeft afgewezen. De Ondernemingskamer zal daarom het beroep van de PMR als ongegrond verwerpen.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam
Datum uitspraak: 23-10-2019
ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2019:3866
Zaaknummer: 200.260.970/01 OK
Rechters: G.C. Makkink, M.M.M. Tillema, C.C. Meijer, P.M. Verboom, C. Smits-Nusteling en S.C. Prins
Advocaten: A.A.W. Terpstra en J. Streefkerk
Wetsartikelen: 12 Wms, 12 lid 1 sub b Wms, 12 lid 1 sub o Wms, 25 WOR en 27 WOR

RECHTSPRAAK

Ondernemingsraad DHL Global Forwarding/DHL Global Forwaring (Netherlands) B.V.

Het voorleggen en vervolgens intrekken van het voorgenomen besluit zonder enig besluit te nemen is geen correcte nakoming van inhoud en strekking van de afspraak uit 2008, noch van de uitspraak van het hof van 2014.

Feiten

Per 1 januari 2009 zijn DHL Danzas Air & Ocean (DHL Danzas) en Exel Freight Management (EFM) gefuseerd, waarna de naam van de onderneming is gewijzigd in DHL Global Forwarding. Na een akkoord over de gezamenlijke arbeidsvoorwaarden na de fusie tussen cao-partijen, met instandhouding van de bestaande pensioenovereenkomsten van EFM en DHL en de uitvoering daarvan door Aegon respectievelijk PST, heeft de gezamenlijke OR van DHL en EFM op 7 september 2008 positief geadviseerd over het fusievoorstel. In de adviesaanvraag is vermeld dat de fusie geen personele of arbeidsvoorwaardelijke gevolgen heeft. Op 26 september 2008 is aan de gezamenlijke ondernemingsraden van DHL Danzas en EFM schriftelijk advies gevraagd over het voorgenomen besluit van DHL tot overgang van de (oud-)werknemers van EFM van de pensioenregeling van EFM naar die van DHL. De OR heeft vragen gesteld, maar DHL heeft niet tijdig op de vragen geantwoord. In verband met het beoogde tijdstip van de juridische fusie en overgang van medewerkers van EFM naar de pensioenregeling van DHL, is de OR eind 2008 op verzoek van DHL mondeling akkoord gegaan met de overgang, onder de gelijktijdige (mondelinge) afspraak dat de gevolgen die de overgang heeft voor personeel op een later moment zullen worden onderzocht en geïnventariseerd en de verschillen later met ‘plussen en minnen’ zullen worden geregeld. Per 1 januari 2009 zijn de werknemers van EFM overgegaan naar PST. In de periode 2009 tot en met 2011 is tussen partijen overleg gevoerd over de overgang van de pensioenregeling. De bedrijfscommissie heeft bemiddeld en in haar advies gesteld dat de kwestie instemmingsplichtig was. In een door de OR opgestarte procedure heeft de kantonrechter de OR niet-ontvankelijk verklaard. Het hof heeft vervolgens echter voor recht verklaard dat de

besluitvorming nog niet is afgerond en DHL deze alsnog ter instemming aan de OR dient voor te leggen. DHL heeft vervolgens de gevolgen van de overgang in kaart laten brengen. Op 16 januari 2015 heeft DHL het voorgenomen besluit aan de OR ter instemming voorgelegd. De OR heeft niet ingestemd, ook niet met het aangepaste voorstel. De OR heeft onder meer verzocht DHL te gelasten een voorgenomen besluit zoals bedoeld in de beschikking van het hof te nemen waarin tegemoet wordt gekomen aan de voorwaarden die de OR daaraan stelt. De kantonrechter heeft het verzoek afgewezen. De OR komt daartegen in hoger beroep.

Oordeel

De thans voorliggende vraag is of DHL op juiste wijze invulling heeft gegeven aan inhoud en strekking van de uitspraak van dit hof d.d. 11 februari 2014. Die uitspraak strekte tot uitleg van de overeenkomst tussen partijen van eind 2008. De uitspraak van het hof van 11 februari 2014 strekt ertoe dat het door DHL in het fusietraject eind 2008 niet afgeronde besluitvormingstraject over de wijziging van de pensioenovereenkomst met de werknemers van EFM alsnog wordt afgerond doordat DHL alsnog het vergelijkingsonderzoek zal afronden en op basis daarvan een voorgenomen besluit aan de OR zal voorleggen. Bij de uitleg van de overeenkomst dient betekenis toegekend te worden aan het door DHL veroorzaakte feit dat de wijziging van de pensioenovereenkomst van de werknemers van EFM zonder de wettelijk vereiste instemming – en in afwijking van het positieve advies onder voorwaarden op de adviesaanvrage van DHL – van de OR heeft plaatsgevonden. Op basis van deze verplichting diende DHL alsnog het WOR-traject af te ronden door alsnog een voorgenomen besluit ter instemming aan de OR voor te leggen. Een dergelijk voorgenomen besluit krijgt dan ofwel de instemming van de OR, dan wel bij gebreke van instemming dient DHL de kantonrechter te benaderen tot het verkrijgen van vervangende toestemming. Het voorleggen en vervolgens intrekken van het voorgenomen besluit zonder enig besluit te nemen is naar het oordeel van het hof geen correcte nakoming van inhoud en strekking van de afspraak uit 2008, noch van de uitspraak van het hof van 2014. Het verzoek van de OR dient daarom te worden toegewezen.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam
Datum uitspraak: 23-04-2019
ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2019:1455
Zaaknummer: 200.215.846/01
Rechters: G.C. Boot, H.T. van der Meer en A.C.M. Kuypers
Advocaten: J.D.A. Domela en M. de Jong
Wetsartikelen: 27 WOR en 36 WOR

RECHTSPRAAK

werkneemster/Stichting Limburgs voortgezet onderwijs, Samenwerkingsbestuur voor bijzonder en openbaar onderwijs

Werkneemster voldeed aan de voorwaarden uit de cao. Werkgever mocht niet aan het functioneren van werkneemster achteraf voorwaarden stellen teneinde het rechtsgevolg van conversie van de arbeidsovereenkomst in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd te ontlopen.

Feiten

Werkneemster is per 1 september 2017 in dienst getreden van Stichting Limburgs voortgezet onderwijs, Samenwerkingsbestuur voor bijzonder en openbaar onderwijs (hierna: LVO) in de functie van Leraar LB (Teacher of Mathematics) bij het United World College (hierna: UWC), een onder LVO vallende school die Engelstalig onderwijs verzorgt voor leerlingen van verschillende nationaliteiten. Bij brief van 11 juni 2018 heeft LVO aan werkneemster geschreven dat het tijdelijke dienstverband als Leraar LB voor 1.0 fte wordt teruggebracht naar 0.6 fte en zal worden verlengd voor bepaalde tijd vanwege het feit dat werkneemster nog niet in het bezit is van een wettelijke onderwijsbevoegdheid voor het voortgezet onderwijs tot en met 31 juli 2019 (art. 9.a.4 lid 1CAO VO 2016/2017). Het dienstverband eindigt van rechtswege zonder dat opzegging is vereist indien werkneemster voor de einddatum geen wettelijke onderwijsbevoegdheid heeft behaald. Als werkneemster haar bevoegdheid behaalt voor de einddatum van de arbeidsovereenkomst wordt deze omgezet in onbepaalde tijd (art. 9.a.4 lid 7 CAO VO 2016/2017). Werkneemster heeft op 1 november 2018 de minister voor Basis- en Voortgezet Onderwijs en Media verzocht om erkenning van haar Ierse diploma. Dit verzoek is bij beslissing van 15 februari 2019 toegewezen. Op 1 maart 2019 is werkneemster medegedeeld dat haar arbeidsovereenkomst per 1 augustus 2019 niet zal worden verlengd. Werkneemster verzoekt onder meer een verklaring voor recht dat de arbeidsovereenkomst is geconverteerd in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

Oordeel

Het bepaalde in artikel 9.a.4 lid 7 CAO VO is van belang; hierin staat: 'Onmiddellijk na het behalen van een wettelijke onderwijsbevoegdheid wordt de leraar benoemd voor onbepaalde tijd in de bij zijn functie behorende schaal zodra de leraar ten minste twaalf maanden in dienst is bij werkgever.' Nergens in de CAO VO is een bepaling opgenomen die ziet op erkenning van een buitenlandse onderwijsbevoegdheid en een daarmee samenhangend recht op een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Uit de CAO volgt dat het de bedoeling van CAO-partijen is om het mogelijk te maken onbevoegde leraren in dienst te nemen, zij het op basis van tijdelijke overeenkomsten, met het doel dat de onderwijsbevoegdheid binnen – in beginsel – twee jaar wordt behaald. Hiertoe worden de onbevoegde leraren gefaciliteerd door de werkgever. Er is geen goed argument te bedenken, en door LVO ook niet aangevoerd, waarom het bepaalde in lid 7 niet zou gelden voor leraren met een (nog) niet in Nederland erkende buitenlandse onderwijsbevoegdheid. Kortom: uit de uitleg van zowel de CAO als de overeenkomst tussen partijen volgt dat de erkenning van werkneemsters buitenlandse onderwijsbevoegdheid gelijk staat aan het behalen van een onderwijsbevoegdheid, zodat aan díe voorwaarde voor totstandkoming van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is voldaan. Het werkwoord ‘worden’ is in lid 7 gebruikt als hulpwerkwoord om de lijdende vorm uit te drukken: ‘de leraar wordt benoemd voor onbepaalde tijd in de bij zijn functie behorende schaal’. Er moet dan zijn voldaan aan twee voorwaarden: ten eerste moet de leraar zijn onderwijsbevoegdheid hebben behaald en ten tweede moet de leraar ten minste twaalf maanden in dienst zijn bij de werkgever. Werkneemster voldeed op 1 maart 2019 aan beide voorwaarden. Het woord ‘Onmiddellijk’ en de woorden ‘wordt de leraar benoemd’ duiden niet op ruimte van de werkgever om na het intreden van het genoemde rechtsgevolg op grond van andere aan de werknemer te stellen voorwaarden dan de in 9.a.4 lid 7 CAO genoemde, te beslissen geen arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd aan te bieden. Het door LVO gestelde en door werkneemster betwiste disfunctioneren kan ook niet leiden tot een ander oordeel. Voor het antwoord op de vraag of aan werkneemster op grond van artikel 9.a.4 lid 7 CAO VO een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd toekomt, is het functioneren niet van belang, althans aan het functioneren van werkneemster mocht LVO niet (achteraf) voorwaarden stellen teneinde het rechtsgevolg van de omzetting te ontlopen. De kantonrechter zal dan ook voor recht verklaren dat de arbeidsovereenkomst tussen werkneemster en LVO van 11 juni 2018 is geconverteerd in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

Instantie: Rechtbank Limburg
Datum uitspraak: 04-12-2019
ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2019:10931
Zaaknummer: 8031283 AZ VERZ 19-80
Rechters: E.P. van Unen
Advocaten: A.A.M. Hoogveld en C.A.H. Lemmens
Wetsartikelen: 9.a.4 lid 7 CAO VO

RECHTSPRAAK

Alten Nederland B.V./werknemer

Kort geding. Relatiebeding mag niet aan werknemer worden tegengeworpen, aangezien artikel 9a Waadi van toepassing is.

Feiten

Werknemer is op 1 november 2010 een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd aangegaan met EclipseIT TS B.V. (hierna te noemen: Eclipse), de rechtsvoorgangster van Alten Nederland B.V. (hierna: Alten). Na een juridische fusie tussen Eclipse en Alten is werknemer in dienst getreden bij Alten. Laatstelijk was werknemer door Alten te werk gesteld als scrum master bij T-Mobile. Op de arbeidsovereenkomst was een schriftelijk overeengekomen relatiebeding van toepassing. In de arrbeidsovereenkomst is eveneens een boetebeding opgenomen. De arbeidsovereenkomst is op 31 mei 2019 beëindigd op initiatief van werknemer. Werknemer is thans in dienst Bij OrangeCrest B.V. (hierna OrangeCrest) en is door haar per 1 juni 2019 als RTE (Release Train Engineer) bij T-Mobile te werk gesteld. OrangeCrest wordt geleid door de heer X, voormalig DGE van Eclipse. Alten vordert onder meer werknemer te gebieden het relatiebeding uit de arbeidsovereenkomst na te komen.

Oordeel

De kantonrechter is van oordeel dat het bestaan van de door Alten gestelde vorderingen voorshands niet aannemelijk is gemaakt. In dit kort geding moet ervan uit worden gegaan dat het relatiebeding door beide partijen is ondertekend en dat het relatiebeding rechtsgeldig is overeengekomen en tussen partijen van kracht is. Het dienstverband tussen partijen is per 31 mei 2019 geëindigd. Aannemelijk is voorts dat voor T-Mobile de opdracht tot het leveren van een scrum manager aan Alten al in 2018 is beëindigd. De werkzaamheden als RTE, de functie die werknemer thans invult bij T-Mobile in opdracht van OrangeCrest, zijn geheel anders dan die van die van een scrum manager. Daarnaast is niet aannemelijk geworden dat Alten met T-Mobile heeft onderhandeld over het leveren van werknemer als RTE. De relatie tussen Alten en T-mobile is immers al in 2018 beëindigd zoals Alten ook heeft toegegeven. Alten heeft ter zitting gesteld dat zij thans alleen nog één product owner bij T-Mobile te werk heeft gesteld. Uit het door Alten overgelegde uittreksel uit de Kamer van Koophandel blijkt dat Alten zich

naast het ontwikkelen, produceren en uitgeven van software heeft ingeschreven als uitleenbureau, SBI code 78202. In de omstandigheden van dit geval moet worden geoordeeld dat de Waadi van toepassing is op de inmiddels beëindigde arbeidsovereenkomst tussen werknemer en Alten. Werknemer verrichtte in dienst van Alten zijn werkzaamheden als scrum master bij T-Mobile. De leiding en toezicht op die werkzaamheden lagen geheel bij T-Mobile. Er was dus sprake van ter beschikking stellen van een arbeidskracht als bedoeld in artikel 9a van de Waadi door Alten aan T-Mobile. Daarom mag Alten naar het voorlopig oordeel van de kantonrechter het relatiebeding thans niet aan werknemer tegenwerpen.

Instantie: Rechtbank Den Haag
Datum uitspraak: 13-11-2019
ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2019:12054
Zaaknummer: 8018056 RL EXPL 19-20604
Rechters: L.C. van Heuveling Beek
Advocaten: L.J.E. Mannaerts en R. Stekelenburg
Wetsartikelen: 9a WAADI en 7:653 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Aristozorg B.V.

Werkgever heeft met de in de terugbetalingsbepalingen geregelde gevallen zijn investeringen in de opleiding van werkneemster als werknemer willen veiligstellen. De terugbetalingsbepalingen dienen daarom zo te worden uitgelegd dat werkneemster, ook als zij tijdens haar opleiding bij AristoZorg zou vertrekken, tot terugbetaling van de studiekosten gehouden was.

Feiten

Werkneemster is per 1 mei 2016 voor de duur van zeven maanden bij AristoZorg B.V. (hierna: Aristozorg) in dienst getreden. Op de arbeidsovereenkomst is de collectieve arbeidsovereenkomst Verpleeg-, Verzorgingshuizen en Thuiszorg (verder: de cao) van toepassing. De cao regelt een vaste vergoeding woon-werkverkeer voor een werknemer die werkzaam is op een vaste werklocatie en een tegemoetkoming van de reiskosten in het geval de werknemer rechtstreeks vanaf huis naar de cliënt(en) reist. Op 4 augustus 2016 hebben partijen een studieovereenkomst gesloten. Hierin staat dat werkneemster de studiekosten volledig aan AristoZorg dient terug te betalen indien zij binnen één jaar na de diplomadatum niet meer voor AristoZorg werkt, dan wel indien AristoZorg de arbeidsovereenkomst binnen voornoemde periode vanwege een dringende reden beëindigt. Met ingang van 26 oktober 2016 hebben partijen een leer-arbeidsovereenkomst gesloten tot en met de duur van de opleiding. Op 25 mei 2017 heeft werkneemster zich ziek gemeld. Werkneemster heeft de leer-arbeidsovereenkomst beëindigd per 31 augustus 2017. De rechtbank heeft de vorderingen van werkneemster gedeeltelijk, namelijk een loonvordering en reiskostenvergoeding, toegewezen. Werkneemster is veroordeeld tot betaling van € 4.470 op grond van de terugbetalingsovereenkomst. Werkneemster is van dit oordeel in hoger beroep gekomen.

Oordeel

Studieovereenkomst

De tekst van de studieovereenkomst is in grote lijnen duidelijk. Niet gebleken is dat

werkneemster ten tijde van het sluiten van de studieovereenkomst aan AristoZorg vragen heeft gesteld over de hoogte of opbouw van het bedrag aan studiekosten, zodat aangenomen moet worden dat het werkneemster duidelijk was waarvoor zij tekende en, in ieder geval, dat AristoZorg daarvan redelijkerwijs mocht uitgaan. Anders dan werkneemster heeft betoogd, rustte op AristoZorg niet de verplichting werkneemster eigener beweging voor te lichten over de te onderscheiden kosten waaruit het bedrag van € 10.000 is opgebouwd. Het hof is, evenals de kantonrechter, van oordeel dat geen sprake is van dwaling als bedoeld in artikel 6:228 BW. AristoZorg heeft met de in de terugbetalingsbepalingen geregelde gevallen haar investeringen in de opleiding van werkneemster als werknemer willen veiligstellen. De terugbetalingsbepalingen dienen daarom zo te worden uitgelegd dat werkneemster, ook als zij tijdens haar opleiding bij AristoZorg zou vertrekken, tot terugbetaling van de studiekosten gehouden was. Werkneemster heeft dat redelijkerwijs ook zo moeten begrijpen. In de door werkneemster voorgestane uitleg van de terugbetalingsbepalingen, te weten een strikt grammaticale uitleg, zou zij de studiekosten (ook) niet hoeven terug te betalen als zij door het nemen van ontslag het dienstverband kort voor het behalen van het diploma deed beëindigen. Dat heeft niet als een redelijke uitleg te gelden. Wel is het hof van oordeel dat werkneemster niet had hoeven begrijpen dat de omvang van de terugbetalingsverplichting aan de post ‘begeleiding’ was gekoppeld. Daarvoor kunnen geen aanknopingspunten worden gevonden. De door AristoZorg opgevoerde begeleidingskosten behoeven daarom niet door werkneemster te worden terugbetaald.

Reiskosten

In de arbeidsovereenkomst staat dat de vaste standplaats van werkneemster plaats X is. Niet gebleken is dat partijen bij het aangaan van de leer-arbeidsovereenkomst dan wel daarna zijn overeengekomen dat werkneemster in plaats van vanaf plaats X, rechtstreeks vanaf haar woonhuis naar cliënten zou rijden. AristoZorg heeft betwist dat werkneemster rechtstreeks vanaf haar woonadres naar cliënten reisde. Aldus is onvoldoende aannemelijk geworden dat de vergoeding van de reiskosten woon-werkverkeer conform artikel 9.1 en 9.3 van de CAO onjuist is geweest. Daarmee is die vordering niet toewijsbaar, zoals ook de kantonrechter heeft geoordeeld. AristoZorg heeft de door werkneemster gestelde reistijd tussen cliënten niet betwist, zodat van de juistheid daarvan wordt uitgegaan. Die reistijd dient door AristoZorg te worden vergoed. De kantonrechter heeft geoordeeld dat werkneemster onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat zij onjuist is ingeschaald. Hiertegen heeft werkneemster niet gegriefd. Dat betekent dat de reistijd tussen cliënten dient te worden verloond op basis van de functiewaarderingsschaal 15 3-8 in plaats van 20 10-3. De vordering van werkneemster is daarom toewijsbaar, dus de totale reistijd tussen cliënten, verloond tegen het salaris van werkneemster conform functiewaarderingsschaal 15 3-8, te vermeerderen met de

eindejaarsuitkering en vakantietoeslag. Het hof zal de gevorderde wettelijke verhoging matigen tot 20% over het toe te wijzen bedrag aan reistijd tussen cliënten.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam
Datum uitspraak: 12-11-2019
ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2019:4067
Zaaknummer: 200.241.684/01
Rechters: W.H.F.M. Cortenraad, E.W. de Groot en M.S.A. Vegter
Advocaten: A.J. Butter en P.P. Otte
Wetsartikelen: 6:228 BW

RECHTSPRAAK

Los Picos B.V./werknemer

De arbeidsovereenkomst wordt ontbonden op de g-grond nu partijen het erover eens zijn dat sprake is van een verstoorde arbeidsverhouding. Een billijke vergoeding wordt niet toegekend omdat geen sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van werkgever.

Feiten

Werknemer is op 15 februari 2015 in dienst getreden bij Los Picos B.V. (hierna: Los Picos). Op enig moment zijn achterstanden in de administratie ontstaan. Het totaalbedrag van openstaande facturen was volgens Los Picos opgelopen tot een bedrag van € 184.000 en volgens Los Picos is ook gebleken dat € 160.000 aan facturen niet is betaald. Volgens Los Picos heeft werknemer deze achterstanden nooit gemeld en nooit om hulp verzocht, terwijl werknemer betoogt dat bij werkgever meermaals heeft aangegeven dat het te druk was en dat hij de administratie niet bij kon houden. Op 18 juli 2019 is werknemer bij de bedrijfsarts op het spreekuur geweest. Volgens werknemer heeft Los Picos tegen de adviezen in geen plan van aanpak opgemaakt en ook geen gesprek ingepland met werknemer. Op 4 juni 2019 heeft werknemer zich ziek gemeld. Los Picos verzoekt de arbeidsovereenkomst met werknemer te ontbinden op de e-grond, subsidiair op de g-grond.

Oordeel

Het opzegverbod staat gezien artikel 7:671b lid 6 BW niet in de weg aan ontbinding, omdat het verzoek geen verband houdt met de ziekte van de werknemer. Partijen zijn het erover eens dat de arbeidsovereenkomst moet worden ontbonden omdat sprake is van een verstoorde arbeidsverhouding. Nu partijen het hierover eens zijn en partijen een verdere samenwerking niet langer meer zien zitten zal het verzoek om tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst over te gaan worden toegewezen op die grond. De kantonrechter ziet geen aanleiding om aan werknemer een billijke vergoeding toe te kennen. Gelet op artikel 7:671b lid 8 sub c BW is voor toekenning van een billijke vergoeding alleen plaats indien de ontbinding van de

arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. Uit de wetsgeschiedenis volgt dat ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van een werkgever zich slechts zal voordoen in uitzonderlijke gevallen, bijvoorbeeld als een werkgever grovelijk de verplichtingen niet nakomt die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst en er als gevolg daarvan een verstoorde arbeidsverhouding ontstaat of als een werkgever een valse grond voor ontslag aanvoert met als enig oogmerk een onwerkbare situatie te creëren. Een dergelijke situatie doet zich hier niet voor.

Instantie: Rechtbank Den Haag
Datum uitspraak: 07-11-2019
ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2019:11809
Zaaknummer: 7967357/19-50479
Rechters: E.A.W. Schippers
Advocaten: I.I. Feenstra en M. Smit
Wetsartikelen: 7:671b lid 1 sub a BW, 7:669 lid 3 sub e BW, 7:669 lid 3 sub g BW en 7:671b lid 6 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/RN Vastgoed B.V.

Ontslag op staande voet niet rechtsgeldig. Niet aannemelijk is geworden dat werknemer de zonnebril van de directeur heeft gestolen. Ontbinding op g-grond. Verstoring te wijten aan het onrechtmatig gegeven ontslag op staande voet. Billijke vergoeding (€ 5.500) wegens ernstig verwijtbaar handelen werkgever.

Feiten

Werknemer is op 1 maart 2016 in dienst getreden bij RN Vastgoed B.V. (hierna: RN) in de functie van commercieel medewerker binnendienst. Op 24 mei 2019 is werknemer door RN op staande voet ontslagen. De reden hiervoor is dat hij zich de zonnebril van de directeur van RN zonder toestemming zou hebben toegeëigend. Werknemer heeft onder meer vernietiging van het ontslag op staande voet verzocht. RN heeft een tegenverzoek gedaan tot (voorwaardelijke) ontbinding van de arbeidsovereenkomst.

Oordeel

Onverwijldheid

Volgens werknemer is niet voldaan aan het onverwijldheidsvereiste, omdat de compagnon van de directeur van RN, de zonnebril van de directeur van RN reeds op 23 mei 2019 op het bureau van werknemer zag liggen en de compagnon de directeur hierover direct heeft gebeld. Het staat een werkgever vrij een onderzoek te doen naar de juistheid van een vermoeden tot het bestaan van een dringende reden, waarbij de grootst mogelijke voortvarendheid moet worden betracht. Dit heeft RN gedaan, door op de dag van het bij haar bekend worden van de (vermeende) dringende reden het advies van haar gemachtigde te vragen, alvorens zij tot ontslag op staande voet is overgegaan. Gelet op deze omstandigheden acht de kantonrechter het gerechtvaardigd dat tussen het moment van de constatering en het gegeven ontslag op staande voet (maximaal) 24 uur heeft gelegen.

Dringende reden

Nog daargelaten dat naar het oordeel van de kantonrechter het aan het ontslag op staande voet ten grondslag gelegde verwijt – diefstal van de zonnebril van de directeur – onvoldoende aannemelijk is geworden vormt dit – voor zover dat wel het geval zou zijn – ook geen dringende reden voor ontslag op staande voet. Alhoewel de kantonrechter van oordeel is dat het niet de bedoeling is dat een werknemer spullen van zijn werkgever, of een collega, onder zich houdt en/of gebruikt zonder daarvoor toestemming te hebben, kan – gelet op de aangevoerde omstandigheden – in onderhavig geval niet worden gezegd dat hiermee sprake is van het ontvreemden van de zonnebril van directeur en voor zover hiervan al sprake is geweest, is onvoldoende aannemelijk gemaakt dat werknemer de intentie had om zich de zonnebril definitief toe te eigenen. Dat werknemer zich schuldig heeft gemaakt aan diefstal acht de kantonrechter dan ook niet aannemelijk gemaakt. Verder valt ook niet in te zien dat in de gegeven omstandigheden door RN niet voor een minder verstrekkende maatregel had kunnen worden gekozen. Het voorgaande leidt ertoe dat het ontslag op staande voet niet rechtsgeldig is gegeven.

Ontbinding

Naar het oordeel van de kantonrechter leveren de door RN in dat verband naar voren gebrachte feiten en omstandigheden geen redelijke grond voor ontbinding op de e-grond. RN legt aan haar ontbindingsverzoek dezelfde feiten ten grondslag als die zij heeft aangevoerd in het kader van het verweer tegen het verzoek tot vernietiging van het ontslag op staande voet. In het voorgaande is reeds overwogen dat het aan ontslag op staande voet ten grondslag gelegde verwijt onvoldoende aannemelijk is geworden. Werknemer heeft, ondanks zijn primair verweer tot afwijzing van het ontbindingsverzoek, desgevraagd ter zitting verklaard dat ook wat hem betreft inmiddels sprake is van een onherstelbaar verstoorde arbeidsverhouding. De kantonrechter ontbindt de arbeidsovereenkomst op grond van een verstoorde arbeidsverhouding.

Billijke vergoeding

De kantonrechter ziet aanleiding om aan werknemer een billijke vergoeding toe te kennen. De kantonrechter acht onvoldoende aannemelijk geworden dat vóór het ‘zonnebril- incident’ reeds sprake was van een verstoorde arbeidsverhouding tussen partijen, althans niet zodanig dat deze onherstelbaar verstoord was. De kantonrechter acht voldoende aannemelijk geworden dat de duurzaam en onherstelbare verstoring van de arbeidsverhouding te wijten is aan het onrechtmatig gegeven ontslag op staande voet en de daarop volgende procedure. De kantonrechter is derhalve van oordeel dat de verstoring van de arbeidsverhouding in overwegende mate te wijten is aan RN en dat haar hiervan een zodanig ernstig verwijt kan worden gemaakt dat sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van RN. De

kantonrechter ziet in de omstandigheden van het geval aanleiding om de billijke vergoeding vast te stellen op een bedrag van € 5.500. Daarbij neemt de kantonrechter onder meer in aanmerking (1) de hoogte van het door werknemer laatstverdiende salaris, (2) de loonvordering van werknemer tot 2 oktober 2019, (3) de lengte van het dienstverband, (4) de leeftijd van werknemer en (5) de daarmee te verwachten kansen op de arbeidsmarkt.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland
Datum uitspraak: 07-11-2019
ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2019:9321
Zaaknummer: 7922889 AO VERZ 19-98
Rechters: D.P. Ruitinga
Advocaten: S.S.L. Haimé en S.E.H. van Thoor
Wetsartikelen: 7:671b lid 1 sub a BW, 7:669 lid 3 sub e BW en 7:681 lid 1 sub a BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/Eneco Levering B.V.

Hof gelast op verzoek van werkneemster voorlopig getuigenverhoor, aangaande de totstandkoming van objectieve criteria ten aanzien van voorwaardelijke vrijwillige vertrekregeling (stimuleringsregeling). Verzoek niet enkel gebaseerd op vermoedens en speculaties.

Feiten

De Eneco Groep heeft met ingang van 1 mei 2018 de aandelen in E.ON Benelux Levering B.V. (hierna: E.ON Benelux) verkregen. Voorafgaande aan deze acquisitie was E.ON Benelux onderdeel van de Uniper Groep. De werknemers die binnen de Uniper Groep feitelijk de werkzaamheden verrichtten ten behoeve van E.ON Benelux, waren in dienst van Uniper Benelux N.V. Deze werknemers waren werkzaam in Eindhoven. Zij zijn met ingang van 1 mei 2018 overgegaan naar een vennootschap behorende tot de Eneco Groep. Werkneemster behoorde tot deze werknemers. Het Sociaal Protocol, overeengekomen met de vakbonden FNV en CNV Connectief, bood de werknemers de keuze tussen het mee overgaan naar Rotterdam met een nieuwe arbeidsovereenkomst en het opteren voor de zogeheten stimuleringsregeling, een voorwaardelijke vrijwillige vertrekregeling voor het geval de betrokken werknemer niet over wilde gaan naar Rotterdam. Eneco hoefde op grond van het Sociaal Protocol bij uitzondering niet positief in te gaan op de opgave van interesse, als het vertrek van de betrokken medewerker in strijd kwam met het redelijk bedrijfsbelang van Eneco. Werkneemster heeft destijds geopteerd voor de stimuleringsregeling. In juli 2018 heeft overleg plaatsgevonden tussen Eneco en de vakbonden, onder meer om tot objectieve criteria te komen op basis waarvan zou worden vastgesteld van welke medewerkers de opgave van interesse niet zou kunnen worden gehonoreerd. Werkneemster heeft op 23 juli 2018 bericht van Eneco ontvangen met de strekking dat Eneco niet positief kon ingaan op haar opgave van interesse en dat zij op grond van de overeengekomen criteria was aangewezen om per 1 november 2018 over te komen naar Eneco World in Rotterdam. Werkneemster heeft in eerste aanleg de kantonrechter verzocht een voorlopig getuigenverhoor te bevelen over onder meer de totstandkoming van de objectieve criteria voor het niet honoreren van de opgave van interesse. De kantonrechter heeft het verzoek afgewezen en daartoe overwogen dat het

verzoek uitsluitend gebaseerd is op vermoedens en speculaties en dat toewijzing van het verzoek louter zou leiden tot een 'fishing expedition' waarvoor het voorlopig getuigenverhoor niet is bedoeld. Werkneemster komt in hoger beroep tegen deze afwijzing op.

Oordeel

Hetgeen werkneemster door het middel van een voorlopig getuigenverhoor wenst te bewijzen, komt erop neer, zo begrijpt het hof, dat (anders dan Eneco aanvoert) de uitkomst van het overleg in juli 2018 was dat tot de objectieve criteria behoorde het 'van deur tot deur'-criterium (en niet het 'van deur tot station Alexander'-criterium) en voorts dat van de zijde van Eneco naderhand ontoelaatbare druk is uitgeoefend op de vertegenwoordigers van de vakbonden en de OR-leden om alsnog akkoord te gaan met Rotterdam Alexander als eindpunt voor de in aanmerking te nemen reistijd. Anders dan de kantonrechter heeft geoordeeld, kunnen deze stellingen van werkneemster niet worden aangemerkt als beweringen die enkel berusten op vermoedens en speculaties waarvoor zij geen enkel concreet aanknopingspunt naar voren heeft gebracht. Zo heeft zij erop gewezen dat Rotterdam Alexander als eindpunt niet (voldoende) aan de orde is geweest tijdens besprekingen. Wat de door haar gestelde druk betreft, heeft werkneemster de aandacht gevestigd op een schriftelijke verklaring van de voorzitter van de OR, waarin is vermeld: "De aanwezige leden van de ondernemingsraad werden vervolgens in dit gesprek onder druk gezet om ook het standpunt te wijzigen". Dat werkneemster de betrokken personen simpelweg kan vragen op schrift te stellen waarover zij opheldering wenst, betekent niet dat een verzoek als het onderhavige moet worden afgewezen. Het betoog van Eneco dat geen juridische grondslag bestaat voor de wens van werkneemster om voor de afvloeiingsregeling in aanmerking te komen, staat aan toewijzing van het verzoek niet in de weg, omdat daarmee te zeer zou worden vooruitgelopen op de uitkomst van het debat in een eventuele procedure. Werkneemster wenst juist door middel van een getuigenverhoor de onjuistheid dan wel onvolledigheid van de inhoud van verschillende stukken te bewijzen. Dat werkneemster de te horen getuigen wil verleiden tot het doen van juridische kwalificaties en dat zij aldus misbruik maakt van haar bevoegdheid om een voorlopig getuigenverhoor te verzoeken, is niet aannemelijk geworden. Het voorgaande voert tot de conclusie dat de bezwaren van Eneco tegen het verzoek van werkneemster geen stand houden. Het hof bepaalt dat een voorlopig getuigenverhoor zal worden gehouden en verwijst de zaak terug naar de kantonrechter te Rotterdam ter verdere afhandeling.

Instantie: Gerechtshof Den Haag
Datum uitspraak: 03-12-2019
ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2019:3139
Zaaknummer: 200.261.003/01
Rechters: R.J.F. Thiessen, H.J. van Kooten en A.J.P. van Beurden
Advocaten: H.J.A. Jansen en mr. dr. J.H. Even
Wetsartikelen: 186 Rv

RECHTSPRAAK

werkneemster/Power Internet B.V.

Werkgever handelt ernstig verwijtbaar door tot drie keer toe zonder redelijke grond de loonbetaling te staken en het mediationtraject niet in gang te zetten. Toewijzing ontbindingsverzoek werkneemster onder toekenning transitievergoeding (€ 9.000) en billijke vergoeding (€ 18.000).

Feiten

Werkneemster is per 24 juni 2009 in dienst getreden bij Power Internet B.V. (hierna: Power Internet). Tussen werkneemster en de bestuurder van Power Internet bestond een affectieve relatie die omstreeks juni 2015 is geëindigd. Eind september 2018 heeft werkneemster zich ziek gemeld. Op 28 november 2018 heeft werkneemster Power Internet in kort geding gedagvaard tot betaling van achterstallig loon over oktober 2018. Deze vordering is toegewezen. Op 27 februari 2019 heeft werkneemster zich wederom volledig arbeidsongeschikt gemeld. Op 31 maart 2019 adviseert de bedrijfsarts volledige hersteldmelding per 15 april 2019 en mediation. Werkneemster staat open voor mediation. Power Internet weigert hier echter serieus aan mee te werken. Op 17 juni 2019 vordert werkneemster in kort geding opnieuw Power Internet te veroordelen tot betaling van achterstallig loon. Deze vordering is tot en met juli 2019 toegewezen. Op 2 augustus 2019 kondigt Power Internet aan op korte termijn alsnog mediation te starten. Hierop laat werkneemster weten dat dit wat haar betreft mosterd na de maaltijd is. Op 27 augustus 2019 kondigt Power Internet aan de loonbetaling op te schorten totdat werkneemster meewerkt aan mediation, waarop zij een dag later verklaart dit te doen. Vanaf augustus 2019 heeft Power Internet geen loon meer aan werkneemster betaald. Werkneemster verzoekt de arbeidsovereenkomst met Power Internet te ontbinden. Daarbij verzoekt werkneemster Power Internet te veroordelen tot betaling van de transitievergoeding en toekenning van een billijke vergoeding ter hoogte van € 50.000. Volgens werkneemster heeft Power Internet een onwerkbare situatie gecreëerd en werkneemster weggepest. Na aanvulling van het verzoek vordert werkneemster ook betaling van achterstallig loon.

Oordeel

Partijen zijn het er inmiddels over eens dat herstel van de arbeidsverhouding niet meer mogelijk is. Mede gelet op de problemen die ontstaan zijn na het verbreken van de affectieve relatie tussen werkneemster en de bestuurder is sprake van een onwerkbare situatie. De kantonrechter ziet aanleiding de arbeidsovereenkomst te ontbinden met ingang van 1 december 2019. Vast staat verder dat Power Internet vanaf augustus 2019 geen loon meer aan werkneemster heeft betaald. Werkneemster vordert betaling daarvan. De kantonrechter volgt Power Internet niet in haar standpunt dat de door haar toegepaste loonstop gerechtvaardigd is, omdat werkneemster weigert mee te werken aan mediation. Het ligt in de risicosfeer van Power Internet dat werkneemster in de betreffende periode niet heeft gewerkt doordat zij geen mediationtraject heeft opgestart zoals door de bedrijfsarts werd geadviseerd. De vordering tot betaling van het gebruikelijke salaris over de periode van augustus tot december 2019 wordt dan ook toegewezen. Daarnaast oordeelt de kantonrechter dat Power Internet ernstig verwijtbaar heeft gehandeld, doordat werkneemster zich binnen één jaar tot drie keer toe genoodzaakt zag via een gerechtelijke procedure een onterechte loonstaking ongedaan te maken en doorbetaling van loon af te dwingen. De kantonrechter overweegt dat de arbeidsrelatie mogelijk nog zekere tijd had voortgeduurd indien Power Internet zich hier niet schuldig aan had gemaakt en zich in plaats daarvan tijdig, adequaat en serieus had ingezet voor het mediationtraject. Anderzijds neemt de kantonrechter aan dat werkneemster niet langer dan twee jaar in dienst was gebleven vanwege de problemen tussen werkneemster en de bestuurder. De kantonrechter veroordeelt Power Internet tot betaling van de transitievergoeding ter hoogte van € 9.000 (Power Internet erkent dat werkneemster aanspraak heeft op de transitievergoeding) en een billijke vergoeding ter hoogte van € 18.000 aan werkneemster.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland
Datum uitspraak: 19-11-2019
ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2019:9862
Zaaknummer: 7967605 AO VERZ 19-69
Rechters: P.J. Jansen
Advocaten: H. Kuin en H.G.R. Meulmeester
Wetsartikelen: 7:671c BW en 7:628 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Magnaversum App Services B.V.

Afwijzing incidenteel verzoek om schorsing van bestreden beschikking voor de duur van het geding in hoger beroep, omdat niet is gebleken dat tenuitvoerlegging van de beschikking misbruik van executiebevoegdheid oplevert.

Feiten

Werknemer is op 10 augustus 2015 in dienst getreden bij MagnaVersum en was laatstelijk werkzaam in de functie van Chief Business Officer. Op 3 september 2018 is werknemer door MagnaVersum op staande voet ontslagen wegens een vermeende overtreding van het verbod op het verrichten van nevenwerkzaamheden. Werknemer heeft in eerste aanleg de kantonrechter verzocht het ontslag op staande voet te vernietigen, welk verzoek hij ter gelegenheid van de mondelinge behandeling heeft ingetrokken. MagnaVersum heeft diverse zelfstandige verzoeken ingediend en daartoe gesteld dat werknemer het geheimhoudingsbeding, concurrentiebeding, het verbod op het verrichten van nevenwerkzaamheden en het beding ten aanzien van het intellectuele-eigendomsrecht van MagnaVersum heeft geschonden. Bij de bestreden beschikking heeft de kantonrechter werknemer veroordeeld tot nakoming van het concurrentiebeding onder verbeurte van een dwangsom, werknemer verboden om zaken, waaronder (digitale) documenten, software, hardware en presentaties die eigendom zijn van MagnaVersum te delen met derden en om het naar derden te doen voorkomen alsof deze zaken, waarop het intellectueel-eigendomsrecht van MagnaVersum rust, tot zijn intellectueel eigendom behoren, onder verbeurte van een dwangsom. In hoger beroep heeft werknemer een incidenteel verzoek gedaan, strekkende tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beschikking voor de duur van het geding in hoger beroep.

Oordeel

Het hof neemt bij de beoordeling van het incidentele verzoek tot uitgangspunt dat voor schorsing van de tenuitvoerlegging van een beschikking waarvan beroep slechts plaats is indien tenuitvoerlegging misbruik van executiebevoegdheid oplevert. Het hof overweegt als

volgt. De stellingen van werknemer rechtvaardigen niet de conclusie dat tenuitvoerlegging van de bestreden beschikking door MagnaVersum misbruik van executiebevoegdheid oplevert. Allereerst is gesteld noch gebleken dat de bestreden beschikking klaarblijkelijk op een feitelijke of juridische misslag berust. Daarnaast heeft werknemer niet (voldoende) concreet onderbouwd dat zich na de bestreden beschikking feiten of omstandigheden hebben voorgedaan dan wel aan het licht zijn gekomen die meebrengen dat tenuitvoerlegging van de bestreden beschikking klaarblijkelijk een noodtoestand bij hem zal doen ontstaan. Werknemer heeft nagelaten zijn stelling dat hij door de tenuitvoerlegging van de bestreden beschikking in grote financiële problemen zal komen, nader te onderbouwen met bescheiden waaruit zijn financiële positie blijkt, zodat die stelling reeds daarom niet tot een andere beslissing kan leiden. Op grond van het vorenstaande oordeelt het hof dat tenuitvoerlegging van de bestreden beschikking geen misbruik van executiebevoegdheid oplevert, zodat het incidentele verzoek tot schorsing van die tenuitvoerlegging moet worden afgewezen.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam
Datum uitspraak: 19-11-2019
ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2019:4135
Zaaknummer: 200.263.726/01
Rechters: J.C. Toorman, D. Kingma en E.M. Polak
Advocaten: H.G.J. Jacobs en K.C. Diepstraten

RECHTSPRAAK

werkneemster/Stichting Woonzorgcentra Haaglanden

Ontslag op staande voet wegens diefstal van sieraden van bewoners in zorginstelling blijft in stand.

Feiten

Werkneemster is op 1 januari 2018 in dienst getreden bij WZH, laatstelijk in de functie van woonzorgmedewerker. Vanaf januari 2018 hebben een aantal bewoners en/of hun familieleden geconstateerd dat er sieraden werden vermist. Als gevolg van het overleg met de politie zijn van 8 tot en met 13 mei 2019 door de politie camera's geplaatst in de kamers van twee bewoners. Op de camerabeelden is te zien dat werkneemster tijdens haar nachtdienst twee keer dezelfde kamer binnengaat – daarbij niet naar de in bed liggende bewoner kijkt – en twee maal een gouden ring oppakt die in een bakje naast het bed ligt, deze bekijkt en weer teruglegt. Op 16 mei 2019 is werkneemster door de politie aangehouden terwijl zij aan het werk was bij een andere zorginstelling. Op 16 mei 2019 is werkneemster door WZH geschorst in verband met de aanhouding door de politie. De politie heeft huiszoeking bij werkneemster gedaan en daarbij is een aanzienlijke hoeveelheid sieraden aangetroffen. Op 31 mei 2019 is werkneemster door de WZH op staande voet ontslagen. Werkneemster verzoekt het ontslag op staande voet te vernietigen.

Oordeel

Werkneemster betwist dat er in haar woning zaken zijn aangetroffen die zijn gestolen. Zij betwist dat zij zaken heeft gestolen en betwist ook dat er een match is tussen de in haar woning aangetroffen sieraden en die van bewoners van WZH. Het enkele vermoeden dat zij een diefstal heeft gepleegd is onvoldoende om te kunnen concluderen dat sprake is van een dringende reden. Met het standpunt dat het enkele vermoeden dat zij een diefstal heeft gepleegd onvoldoende is om te kunnen concluderen dat sprake is van een dringende reden, gaat werkneemster er echter aan voorbij dat WZH niet het vermoeden van diefstal, maar diefstal, ten grondslag heeft gelegd aan het ontslag. Voorts laat werkneemster na haar betwisting van de diefstal op enigerlei wijze te onderbouwen, terwijl dat, gezien de door WZH gegeven onderbouwing, wel op haar weg lag. Tegenover de door de politie bevestigde

herkenning van bij haar thuis aangetroffen sieraden door verschillende (familieleden van) bewoners, is een enkele ontkenning hier niet meer voldoende. Werkneemsters mededeling ter gelegenheid van de mondelinge behandeling dat zij op verschillende markten, bij V&D en juweliers sieraden heeft gekocht en dat zij daarvan bonnen heeft maar die niet in het geding heeft gebracht omdat zij pas laat op de hoogte was van de mondelinge behandeling, overtuigt in dit verband niet. Van werkneemster mag verwacht worden dat zij deze bonnen in een veel eerder stadium in het geding zou hebben gebracht. Met het voorgaande is afdoende komen vast te staan dat werkneemster sieraden heeft gestolen van bewoners van WZH. Met WZH is de kantonrechter van oordeel dat diefstal van sieraden van veelal kwetsbare bewoners in een thuissituatie als de Waterhof een dringende reden voor ontslag oplevert. Ten aanzien van de onverwijldheid wordt als volgt overwogen. De kantonrechter is van oordeel dat de opzegging tijdig is gedaan. De kantonrechter stelt daarbij voorop dat voldoende aannemelijk is geworden dat er op 16 mei 2019, het moment dat werkneemster werd geschorst, met de aanhouding door de politie, een voldoende ernstig vermoeden was dat werkneemster betrokken was bij de diefstallen van sieraden van bewoners. WZH wijst erop dat voor haar de aanhouding niet de reden is geweest voor het ontslag, maar de later van de politie ontvangen bevestiging dat er een positieve match bestond tussen de van de bewoners gestolen sieraden en de sieraden aangetroffen bij werkneemster. Die bevestiging ontving zij pas op 29 mei 2019 en na een korte tijd, waarin intern beraad heeft plaatsgevonden, heeft WZH werkneemster op 31 mei 2019 ontslagen. Naar het oordeel van de kantonrechter heeft WZH op goede gronden de zorgvuldigheid voorrang gegeven en is niettemin met de nodige voortvarendheid gehandeld. Het verzoek om vernietiging van het ontslag op staande voet zal worden afgewezen.

Instantie: Rechtbank Den Haag
Datum uitspraak: 19-11-2019
ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2019:12257
Zaaknummer: 7923371 RP VERZ 19-50435
Rechters: E.A.W. Schippers
Advocaten: T. Venneman en A.D. Putker-Blees
Wetsartikelen: 7:677 BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/Directness B.V. h.o.d.n. CustomerGauge

Customer Succes Manager wordt door concurrentiebeding niet onbillijk benadeeld. Werkneemster heeft zelf de arbeidsovereenkomst opgezegd en heeft ook aanbiedingen ontvangen van bedrijven die niet direct concurreren met werkgever. Vordering tot schorsing beding afgewezen.

Feiten

Werkneemster is op 10 september 2018 in dienst getreden bij CustomerGauge als Customer Succes Manager voor bepaalde tijd tot 9 september 2019 tegen een salaris van € 50.000 bruto per jaar. In de arbeidsovereenkomst is een non-concurrentiebeding opgenomen. Op 4 september 2019 heeft werkneemster een schriftelijke arbeidsovereenkomst van CustomerGauge ondertekend, waardoor haar contract per 9 september 2019 werd verlengd voor onbepaalde tijd. In de overeenkomst is onder meer bepaald dat werkneemster € 60.000 bruto per jaar gaat verdienen en is precies dezelfde non-competition bepaling opgenomen als in haar eerdere contract. In september 2019 is werkneemster bevorderd tot senior Customer Succes Manager. Bij e-mailbericht van 12 september 2019 heeft het bedrijf AskNicely werkneemster de functie van EMEA Customer Succes and Operation Manager aangeboden tegen een basisjaarsalaris van € 65.000 bruto en een maximale jaarlijkse bonus van € 25.000 bruto. Werkneemster heeft haar arbeidsovereenkomst bij CustomerGauge tegen 1 december 2019 opgezegd. Werkneemster vordert in kort geding primair schorsing van het non-concurrentiebeding en subsidiair veroordeling van CustomerGauge tot betaling van een billijke vergoeding gelijk aan het verschil tussen de arbeidsvoorwaarden bij CustomerGauge en die bij AskNicely.

Oordeel

Rechtsgeldig overeengekomen concurrentiebeding?

Nu het laatste contract tussen partijen een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd betreft, gelden enkel de vereisten van artikel 7:653 lid 1 BW. Dat in de arbeidsovereenkomst staat dat

het non-concurrentiebeding noodzakelijk is vanwege zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen, maakt niet dat een ander toetsingskader voor de geldigheid van het beding geldt (te weten lid 2 van art. 7:653 BW). Werkneemster stelt verder dat CustomerGauge vóór het sluiten van de overeenkomst voor onbepaalde tijd op de hoogte was van de omstandigheid dat werkneemster bij AskNicely in dienst wilde treden, zodat CustomerGauge volgens werkneemster AskNicely met naam en toenaam in het nieuwe non-concurrentiebeding had moeten noemen. Dit betoog kan volgens de kantonrechter niet slagen. Uit een e-mailbericht van 2 september 2019 volgt namelijk dat CustomerGauge werkneemster heeft duidelijk gemaakt dat AskNicely wat haar betreft een directe concurrent is en dat werkneemster (ook bij niet-verlenging van haar contract) aan haar non-concurrentiebeding zou worden gehouden. Voorshands wordt dan ook geoordeeld dat het voor werkneemster duidelijk moet zijn geweest dat, toen zij de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd tekende met exact hetzelfde non-concurrentiebeding, dit in ieder geval volgens CustomerGauge betrekking had op werkzaamheden voor AskNicely. Voorlopig wordt dan ook geoordeeld dat het concurrentiebeding rechtsgeldig is overeengekomen.

Belangenafweging

CustomerGauge heeft voldoende aannemelijk gemaakt dat AskNicely een directe concurrent is. Het is dan ook begrijpelijk dat CustomerGauge wil voorkomen dat haar bedrijfs- en productinformatie bij AskNicely terechtkomt. Dat CustomerGauge gemiddeld meer omzet per klant, AskNicely voornamelijk kleine klanten bedient, AskNicely niet adviseert op het gebied van management en bedrijfsvoering, de implementatie bij AskNicely veel korter is, AskNicely een ander businessmodel heeft en een andere contractduur heeft met haar klanten, maakt het voorgaande niet anders. Hiertegenover staat dat werkneemster graag zo snel mogelijk bij AskNicely in dienst wil treden, omdat zij daar meer kan verdienen en het werk uitdagender is. Vast staat echter dat werkneemster nu nog in dienst is van CustomerGauge en CustomerGauge tevreden is over de werkzaamheden van werkneemster. Desondanks heeft zij er zelf, bijgestaan door haar gemachtigde, voor gekozen om haar dienstverband op te zeggen. Werkneemster heeft ter zitting erkend dat zij ook aanbiedingen van andere werkgevers heeft gekregen. Onder deze omstandigheden kan niet worden geconcludeerd dat werkneemster door het non-concurrentiebeding onbillijk wordt benadeeld in verhouding met het te beschermen belang van CustomerGauge. De verwachting is dan ook dat de kantonrechter in een bodemprocedure het non-concurrentiebeding in stand zal laten, in ieder geval ten aanzien van de eerste periode na beëindiging van het dienstverband met CustomerGauge, en geen billijke vergoeding zal toewijzen. De kantonrechter wijst de vorderingen af.

Instantie: Rechtbank Amsterdam
Datum uitspraak: 12-11-2019
ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2019:8851
Zaaknummer: 8087298 KK EXPL 19-966
Rechters: L. van Berkum
Advocaten: H.A. van Hapert en L.J. Bloem
Wetsartikelen: 7:653 BW

RECHTSPRAAK

de ondernemingsraad van Limbroup B.V. /Limgroup B.V. c.s.

Niet vereist is dat te allen tijde alle commissarissen onafhankelijk zijn. Ook indien een minderheid van de commissarissen afhankelijk is, kan sprake zijn van een voldoende evenwichtige samenstelling. Limgroup c.s. heeft daarom bij afweging van de betrokken belangen in redelijkheid tot bestreden besluit kunnen komen.

Feiten

Enig aandeelhouder en bestuurder van Limgroup is Asparagus. De aandelen in Asparagus worden gehouden door de STAK. Op 20 maart 2019 is advies aan de ondernemingsraad gevraagd over een voorgenomen wijziging van de statuten van Asparagus en de STAK en de vaststelling van de statuten van de op te richten STAK Personeel Asparagus. Onderdeel van de voorgestelde wijziging is de invoering van een raad van commissarissen op het niveau van Asparagus. Bij e-mail van 24 april 2019 is het besluit aan de ondernemingsraad kenbaar gemaakt. De ondernemingsraad heeft gevraagd terug te komen op het besluit een raad van commissarissen aan te stellen van vijf leden met daarin twee van ZON of LLTB afhankelijke personen. Een dag later is de ondernemingsraad bericht dat niet zal worden teruggekomen op het genomen besluit. Op 27 mei 2019 zijn de statuten van SAL, de STAK, Asparagus en Limgroup gewijzigd. De ondernemingsraad heeft de Ondernemingskamer verzocht te verklaren dat Limgroup c.s. niet in redelijkheid heeft kunnen komen tot het op 24 april 2019 genomen besluit tot wijziging van de statuten van Limgroup, Asparagus en de STAK, inhoudende – onder meer – de invoering van een raad van commissarissen op het niveau van Asparagus (hierna ook: het besluit). De ondernemingsraad heeft aan zijn verzoek ten grondslag gelegd dat Limgroup c.s. het advies van de ondernemingsraad om een volledig onafhankelijke raad van commissarissen in te stellen niet hebben overgenomen.

Oordeel

Limgroup c.s. hebben zich – op zichzelf terecht – op het standpunt gesteld dat de

ondernemingsraad alleen is ingesteld op het niveau van Limgroup, zodat alleen daar een wettelijk adviesrecht geldt. De Ondernemingskamer constateert echter dat aan de ondernemingsraad in artikel 4 van de tussen partijen gesloten vaststellingsovereenkomst van 11 augustus 2017 (op de voet van art. 32 lid 2 WOR) een adviesrecht is toegekend ten aanzien van statutenwijzigingen binnen Limgroup en Asparagus. De in artikel 4 genoemde beperking van het advies- en beroepsrecht is uitdrukkelijk gekoppeld aan een wijziging van de statuten van SAR (thans STAK). De ondernemingsraad is dan ook bevoegd het onderhavige verzoek in te stellen voor zover dit ziet op het besluit tot wijziging van de statuten van Limgroup en Asparagus, waaraan niet afdoet dat de STAK als enig aandeelhouder van Asparagus het bevoegde orgaan van Asparagus is met betrekking tot de wijziging van de statuten van Asparagus. Voor zover het verzoek van de ondernemingsraad ook gericht is op de statutenwijziging van de STAK is hij niet-ontvankelijk, nu uit de vaststellingsovereenkomst volgt dat aan de ondernemingsraad geen mogelijkheid tot het instellen van beroep voor het besluit betreffende de statutenwijziging van SAR (thans de STAK) is toegekend. Het besluit tot wijziging van de statuten van de STAK kan ook niet aan Limgroup of Aparagus worden toegerekend. De ondernemingsraad kan zich met name niet verenigen met artikel 22 lid 1 van de gewijzigde statuten van Asparagus waaruit volgt dat één van de drie of twee van de vijf leden van de raad van commissarissen banden mogen hebben met ZON of LLTB. De klacht van de ondernemingsraad dat Limgroup c.s. in redelijkheid niet tot het opnemen van deze bepaling konden komen slaagt niet. Niet vereist is dat te allen tijde alle commissarissen onafhankelijk zijn. Ook indien een minderheid van de commissarissen afhankelijk is, kan sprake zijn van een voldoende evenwichtige samenstelling. Uit de desbetreffende bepaling in de statuten van Asparagus volgt dat steeds een meerderheid van de commissarissen onafhankelijk is. Dat Limgroup c.s. akkoord zijn gegaan met de door ZON en LLTB gestelde voorwaarde voor medewerking aan de statutenwijziging, acht de Ondernemingskamer gelet op de gewenste en bereikte verbetering van de governance niet onredelijk. De Ondernemingskamer constateert verder dat de invloed ZON en LLTB binnen het concern als gevolg van de statutenwijzigingen niet is toegenomen. Materieel is de invloed van ZON en LLTB op dit punt dan ook ongewijzigd. Daar staat tegenover dat een deel van de bevoegdheden van de algemene vergadering is overgegaan naar de raad van commissarissen, in overeenstemming met het wettelijk structuurregime. Uit artikel 22 lid 4 van de statuten van Asparagus zoals die sinds 27 mei 2019 gelden, volgt dat de commissarissen worden benoemd door de algemene vergadering op voordracht van de raad van commissarissen op basis van een door de raad van commissarissen opgestelde profielschets, zodat ZON en LLTB op de benoeming van de commissarissen slechts beperkte invloed hebben. De slotsom luidt dat de door de ondernemingsraad aangevoerde feiten en omstandigheden, ieder afzonderlijk dan wel in onderlinge samenhang bezien, niet kunnen leiden tot het oordeel dat Limgroup c.s. bij

afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot het bestreden besluit hebben kunnen komen.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam
Datum uitspraak: 31-10-2019
ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2019:3902
Zaaknummer: 200.260.014/01 OK
Rechters: G.C. Makkink, A.W.H. Vink en A.J. Wolfs
Advocaten: A.L. Aldenkamp, D. Hoff en W. de Jong
Wetsartikelen: 25 WOR en 30 WOR

RECHTSPRAAK

Libertas Corporate Defense Lawyers B.V./werkneemster

Partijen zijn het erover eens dat sprake is van een vertrouwensbreuk. Kans op vruchtbare samenwerking is niet reëel. Ontbinding wegens verstoorde arbeidsverhouding. Geen sprake van ernstig verwijtbaar handelen.

Feiten

Werkneemster is op 1 juli 2017 in dienst getreden bij Libertas. Op 5 maart 2019 vond er een beoordelingsgesprek plaats. Tijdens dit gesprek is met werkneemster besproken dat haar beoordeling over 2018 een stuk lager uitvalt dan de beoordeling over het jaar 2017. Daarbij is aan werkneemster aangegeven dat Libertas graag een verbetertraject wenst te starten. Op 7 maart 2019 heeft werkneemster zich ziek gemeld. Libertas heeft werkneemster vervolgens diezelfde dag uitgenodigd voor een gesprek op kantoor, omdat zij twijfels had over de ziekmelding. Werkneemster heeft aangegeven niet te kunnen verschijnen. Per 23 april 2019 is werkneemster volledig beter gemeld. Op 6 mei 2019 heeft Libertas werkneemster een beëindigingsovereenkomst aangeboden. Libertas heeft de kantonrechter verzocht de arbeidsovereenkomst te ontbinden wegens een verstoorde arbeidsverhouding.

Oordeel

Uit e-mailberichten blijkt dat niet alleen Libertas geen vertrouwen meer heeft in werkneemster, maar ook dat werkneemster geen vertrouwen meer heeft in Libertas. Zo beschuldigt zij Libertas onder meer van het plegen van valsheid in geschrifte met betrekking tot het beoordelingsformulier over 2017, van het wijzigen van de mappenstructuur op haar computer en zou Libertas moedwillig een document hebben toegevoegd aan een postboek, om dit werkneemster vervolgens te verwijten. Tevens staan partijen lijnrecht tegenover elkaar als het gaat om het functioneren van werkneemster. Werkneemster weerspreekt elke opmerking van Libertas op haar functioneren, zodat het niet in de lijn der verwachting ligt dat partijen daar gezamenlijk uit zullen komen. Werkneemster verwijt Libertas dat zij zich intimiderend heeft opgesteld, terwijl Libertas werkneemster juist verwijt dat zij zich defensief en niet constructief heeft opgesteld. Werkneemster heeft tijdens de mondelinge behandeling ook

aangegeven dat er sprake is van een vertrouwensbreuk en dat terugkeer een moeilijk traject zou zijn. De kantonrechter is van oordeel dat de kans op een vruchtbare samenwerking in de toekomst, mede gezien de uiteenlopende visies die werkneemster en haar collega's hebben op het functioneren van werkneemster en de wijze waarop de samenwerking is verlopen, niet reëel te achten is. Werkneemster heeft weliswaar verklaard bereid te zijn om door middel van mediation alsnog een poging te ondernemen om de vertrouwensrelatie te herstellen, maar de kantonrechter is van oordeel dat dit van Libertas niet (meer) kan worden gevergd. De kantonrechter acht het gezien hetgeen hiervoor is overwogen niet aannemelijk dat mediation zal leiden tot herstel van de vertrouwensrelatie, temeer niet nu Libertas een klein kantoor is en de collega's en leidinggevenden allen hebben aangegeven geen vertrouwen meer te hebben in de wijze waarop werkneemster haar werkzaamheden uitvoert en in de samenwerking met haar. De kantonrechter acht de verstoorde arbeidsverhouding, gezien de voornoemde omstandigheden, dusdanig dat van Libertas in redelijkheid niet kan worden gevergd dat de arbeidsovereenkomst met werkneemster zal voortduren. Het verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst wordt toegewezen. De kantonrechter ziet geen aanleiding werkneemster een billijke vergoeding toe te kennen. Werkneemster heeft niet duidelijk gesteld op grond waarvan zij in het onderhavige geval vindt dat er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen aan de zijde van Libertas. Naar het oordeel van de kantonrechter blijkt ook niet dat hiervan sprake is.

Instantie: Rechtbank Den Haag
Datum uitspraak: 23-08-2019
ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2019:12834
Zaaknummer: 7857883 RP VERZ 19-50377
Rechters: C.W.D. Bom
Advocaten: P. Kruit en G.M.Y. Blokland
Wetsartikelen: 7:669 lid 3 sub g BW

AR ARBEIDSRECHT UPDATES

ANNOTATIE

Hoeveel rek zit er nog in artikel 7:673 BW na Kolom?

mr. K. Hakvoort

Op 15 oktober 2019 heeft het Gerechtshof Amsterdam vier prejudiciële vragen aan de Hoge Raad gesteld. [1] De eerste betreft de vraag of een functiewijziging van een langdurig zieke werknemer en de daarmee gepaard gaande substantiële en structurele salarisvermindering een recht op transitievergoeding met zich brengt. Eerder oordeelde de Hoge Raad in de Kolom-beschikking [2] dat een langdurig zieke werknemer onder omstandigheden aanspraak heeft op een gedeeltelijke transitievergoeding bij substantiële en structurele vermindering van de arbeidsduur. De vraag is nu of die lijn kan worden doorgetrokken naar een salarisvermindering. In deze annotatie worden de prejudiciële vragen besproken, en wordt getracht bij te dragen aan de beantwoording van met name de eerste prejudiciële vraag.

1 De SIPOR-casus

De casus waarover de Hoge Raad zich moet gaan buigen, speelt zich – net als de *Kolom*-zaak – af in het onderwijs. Bij de Stichting Islamitisch Primair Onderwijs Rijnmond ('SIPOR') is sinds 4 januari 2002 een lerares werkzaam op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met werktijdfactor 1,0. Zij ontvangt een salaris van € 3.313 bruto per maand exclusief emolumenten. Op 17 januari 2013 is de lerares ziek uitgevallen. Zij herstelt niet voor haar eigen werk, maar is wel andere passende werkzaamheden gaan verrichten als onderwijsassistente. Door het UWV wordt zij op enig moment voor 48,49% arbeidsongeschikt bevonden en op 11 juni 2015 is aan haar een WGA-uitkering toegekend. Op 13 juli 2015 wordt, vanwege de vereiste systematiek van de toepasselijke Cao voor het primair onderwijs, aan de lerares een Akte van Ontslag en een Akte van Benoeming verleend. Op basis van de laatste akte wordt de medewerkster met ingang van 1 augustus 2015 voor onbepaalde tijd benoemd tot onderwijsassistent met werktijdfactor 0,8 [3] en een salaris van € 1.706,40 bruto per maand exclusief emolumenten. Tussen de functie van lerares en de functie van onderwijsassistente zit een niveauverschil van vijf salarisschalen.

De medewerkster verzoekt SIPOR om betaling van de volledige transitievergoeding, althans

om de vergoeding voor de werktijdfactor 0,2. De Kantonrechter Rotterdam [4] en het Gerechtshof Den Haag [5] wijzen de verzoeken af. In beide instanties wordt, kort weergegeven, geoordeeld dat bij herplaatsing van een arbeidsongeschikte werknemer geen sprake is van een beëindiging in de zin van artikel 7:673 lid 1 BW. De medewerkster gaat, nog voor de lerares in de *Kolom*-zaak, in cassatie. [6] De Hoge Raad vernietigt de beschikking van het Gerechtshof Den Haag op formele gronden, namelijk vanwege de omstandigheid dat het hof niet uiterlijk bij de oproeping aan partijen heeft meegedeeld dat de mondelinge behandeling zou plaatsvinden ten overstaan van één raadsheer-commissaris, terwijl de zaak meervoudig beslist werd. [7] De inhoudelijke vraag wordt niet behandeld, en de zaak wordt verwezen naar het Gerechtshof Amsterdam.

2 De Hoge Raad in Kolom

Alvorens in te gaan op de prejudiciële vragen van het Gerechtshof Amsterdam, herhaal ik kort het oordeel van de Hoge Raad in de *Kolom*-beschikking. [8] Daarin stond de vraag centraal of in een geval waarbij de arbeidsovereenkomst in aangepaste vorm – namelijk aanpassing van arbeidsuren – wordt voortgezet, een (volledige of gedeeltelijke) transitievergoeding verschuldigd is.

De Hoge Raad stelde voorop dat de lerares van Kolom geen recht had op een volledige transitievergoeding, omdat de bestaande arbeidsovereenkomst in aangepaste vorm werd voortgezet, en dus niet volledig werd beëindigd. De arbeidsovereenkomst werd volgens de Hoge Raad wel gedeeltelijk beëindigd. Als gevolg van die beëindiging was een transitievergoeding verschuldigd naar evenredigheid van de omvang van de beëindiging. In de *Kolom*-zaak was volgens de Hoge Raad namelijk sprake van het bijzondere geval dat, door omstandigheden gedwongen, werd overgegaan tot een substantiële en structurele vermindering van de arbeidsduur van de werknemer. Bij een dergelijk geval viel volgens de Hoge Raad te denken aan het noodzakelijkerwijs gedeeltelijk vervallen van arbeidsplaatsen wegens bedrijfseconomische omstandigheden en aan blijvende gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid van de werknemer. Aanspraak op een gedeeltelijke transitievergoeding bestaat dan alleen als sprake is van een substantiële en structurele vermindering van de arbeidsduur. Van een substantiële vermindering is sprake als de arbeidstijd wordt verminderd met ten minste 20 procent. Van structurele vermindering is sprake als het gaat om een vermindering die naar redelijke verwachting blijvend zal zijn.

Als sprake is van een substantiële en structurele vermindering van de arbeidsduur waartoe partijen gedwongen zijn door omstandigheden, is volgens de Hoge Raad in feite sprake van een gedeeltelijke beëindiging, als gevolg waarvan de werknemer recht heeft op een gedeeltelijke transitievergoeding. Het maakt daarbij niet uit of de vermindering van de

arbeidsduur heeft plaatsgevonden in de vorm van (1) een gedeeltelijke beëindiging, (2) een algeheel ontslag gevolgd door een nieuwe, aangepaste arbeidsovereenkomst, of (3) aanpassing van de arbeidsovereenkomst. [9]

3 De prejudiciële vragen in SIPOR

In de tussenbeschikking in de *SIPOR*-zaak heeft het Gerechtshof Amsterdam met verwijzing naar de *Kolom*-beschikking geoordeeld dat de medewerkster in ieder geval recht heeft op een gedeeltelijke transitievergoeding in verband met de vermindering van de werktijdfactor van 1,0 naar 0,8. Dit betreft namelijk een vermindering van 20 procent, en is daarmee substantieel. Dat de vermindering ook structureel is, wordt – hoewel niet nader onderbouwd – door het hof ook aangenomen. Het voorgaande is in lijn met de *Kolom*-beschikking: *so far so good*.

Vervolgens rijst de vraag of door de substantiële en structurele salarisvermindering als gevolg van de functiewijziging eveneens sprake is van een gedeeltelijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst. De medewerkster meent van wel. SIPOR meent van niet, en maakt daarbij een vergelijking met de slapende dienstverbanden, waarbij volgens SIPOR ook sprake is van (meer dan) twee jaar ziekte en waarbij (ook) onzeker is of er in de toekomst een transitievergoeding zal worden uitgekeerd. Of dit laatste argument SIPOR nog kan baten sinds de beschikking van de Hoge Raad van 8 november 2019, laat ik hier verder buiten beschouwing. [10]

Het Gerechtshof Amsterdam voelde zich genoodzaakt de volgende vier prejudiciële vragen aan de Hoge Raad te stellen:

Dient met een vermindering van de arbeidsduur gelijkgesteld te worden een vermindering van het salaris als gevolg van een functiewijziging, met dien verstande dat in dat geval ook recht op een transitievergoeding bestaat naar evenredigheid van de salarisvermindering?
Indien vraag 1 bevestigend wordt beantwoord: gelden voor een dergelijke functiewijziging dezelfde eisen als genoemd in r.o. 3.5.5 van de Kolom-beschikking [te weten: de drie wijzen waarop een vermindering van de arbeidsduur – en in dit geval dus een salarisvermindering – kan worden bewerkstelligd, toevoeging KH]?
Indien vraag 1 bevestigend wordt beantwoord: geldt dan ook dat het moet gaan om een substantiële en structurele salarisvermindering in dier voege dat het moet gaan om een vermindering van tenminste twintig procent die naar redelijke verwachting blijvend zal zijn?
Indien vraag 1 bevestigend wordt beantwoord: indien sprake is van zowel een vermindering van arbeidsduur als van salaris, hoe moet in dat geval dan de transitievergoeding worden

berekend?

4 Relevante aspecten bij beantwoording van de eerste prejudiciële vraag

Na de *Kolom*-beschikking is door meerdere auteurs aandacht besteed aan de eerste vraag. Het merendeel van de auteurs meent dat ook bij substantiële en structurele vermindering van het salaris aanspraak dient te bestaan op een gedeeltelijke transitievergoeding. [11] Een aantal auteurs meent van niet. [12] Opvallend is dat door alle auteurs vrij marginaal wordt onderbouwd waarom een werknemer bij een salarisvermindering wel of niet recht zou hebben op de transitievergoeding.

Het startpunt bij de beantwoording van de vraag of een werknemer recht heeft op een transitievergoeding is artikel 7:673 lid 1 BW. Uitgangspunt is dat alleen bij opzegging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever (waarbij de wijze van opzegging niet relevant is [13]), ontbinding van de arbeidsovereenkomst op verzoek van de werkgever of geen voortzetting van de arbeidsovereenkomst na een einde van rechtswege op initiatief van de werkgever, de werkgever aan de werknemer een transitievergoeding verschuldigd is. [14] Daaruit vloeit voort dat er door of op initiatief van de werkgever een einde aan de arbeidsrelatie moet komen, wil aanspraak bestaan op een transitievergoeding. Artikel 7:673 lid 1 BW is door de Hoge Raad in de *Kolom*-beschikking aangevuld voor het bijzondere geval dat, door omstandigheden gedwongen, wordt overgegaan tot substantiële en structurele vermindering van de arbeidstijd van de werknemer. Ook in dat geval is volgens de Hoge Raad sprake van een feitelijk einde van de arbeidsrelatie, namelijk over het aantal uur dat de arbeidsduur wordt verminderd, waarover aanspraak op een transitievergoeding bestaat. Het maakt volgens de Hoge Raad dan niet uit hoe die beëindiging juridisch is vormgegeven. [15]

Het doel van de transitievergoeding is tweeledig: (1) compensatie voor (de gevolgen van) het ontslag, waaronder kan vallen compensatie voor inkomensderving, en (2) het met behulp van de hiermee gemoeide financiële middelen in staat stellen van de werknemer de transitie naar een andere baan te vergemakkelijken. Verschuldigdheid van de transitievergoeding staat los van de vraag of een werknemer daadwerkelijk schade ondervindt aan het ontslag.

4.1 Is salarisvermindering een gedeeltelijke beëindiging?

Door de *Kolom*-beschikking is vermindering van de arbeidsduur gelijkgesteld met een opzegging door of ontbinding op initiatief van de werkgever, zoals bedoeld in artikel 7:673 lid 1 BW: de vermindering is volgens de Hoge Raad immers een gedeeltelijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst. De vraag die volgt, is of salarisvermindering ook gelijk gesteld kan

worden met (gedeeltelijke) beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Het antwoord op die vraag luidt in mijn optiek ontkennend. Bij salarisvermindering wordt door partijen namelijk geen einde van de arbeidsovereenkomst beoogd. De wil van partijen is daarop niet gericht, en de verklaring evenmin. De arbeidsovereenkomst wordt juist voortgezet; weliswaar gewijzigd, maar van een einde is geen sprake.

Dat de Hoge Raad heeft gemeend dat bij een vermindering van de arbeidsduur wel sprake is van een beëindiging, vind ik op zichzelf begrijpelijk. Bij een dergelijke vermindering wordt de arbeid over die uren, en daarmee in feite (een deel van) de arbeidsovereenkomst, beëindigd. Er bestaat over die uren geen verplichting van de werknemer meer om arbeid te verrichten, terwijl de basis van de arbeidsovereenkomst in feite die arbeid is. Bovendien wordt geen loon meer betaald en de werkgever kan de werknemer over de uren geen opdrachten of instructies meer geven in het kader van de arbeid. Aan de vereisten van artikel 7:610 BW wordt over die uren met andere woorden niet meer voldaan. Dat is anders bij een vermindering van salaris. In dat geval blijft de arbeid min of meer intact. Over de uren die de werknemer werkt, heeft hij weliswaar minder recht op salaris, maar de verplichting arbeid te verrichten en de instructies van de werkgever op te volgen blijft gelijk (tenzij ook sprake is van een vermindering van de arbeidsduur). Het voorgaande is in lijn met het socialezekerheidsrecht. Het verlies van arbeidsuren leidt in beginsel bovendien tot een recht op een WW-uitkering (al heeft een langdurig zieke werknemer veelal recht op een WIA-uitkering). De WW neemt niet tot uitgangspunt de vraag of sprake is van salarisverlies.

De vermindering van de arbeidsduur kan daardoor gelijk gesteld worden met beëindiging van de arbeidsovereenkomst. De vermindering van salaris niet. Evenmin kan in mijn ogen met succes betoogd worden dat salarisvermindering gelijk gesteld kan worden met vermindering van de arbeidsduur, en dáárdoor weer gelijk gesteld kan worden met beëindiging van de arbeidsovereenkomst, waardoor recht op een transitievergoeding ontstaat. Salarisvermindering mist simpelweg het gevolg van het einde van de arbeidsovereenkomst, terwijl artikel 7:673 lid 1 BW alleen dan in beeld komt.

Van een einde is bijvoorbeeld sprake bij deeltijdontslag (art. 7:669 lid 3 sub a BW jo. art. 4 Ontslagregeling), waarbij er een arbeidsovereenkomst wordt aangeboden onder dezelfde voorwaarden, maar voor minder uur. Hetzelfde geldt sinds de *Kolom*-uitspraak bij herplaatsing van een zieke werknemer in eigen (aangepast) of passend werk voor minder uur (art. 7:669 lid 3 sub b BW). [16] Ook als gebruik wordt gemaakt van het zogenoemde wijzigingsontslag, [17] waarbij naast arbeidsuren andere voorwaarden gewijzigd worden (zoals de functie of zelfs het salaris van de medewerker), kan recht op een transitievergoeding bestaan, maar mijns inziens enkel vanwege het feit dat de arbeidsuren afnemen. Dat sprake moet zijn van een einde van een arbeidsovereenkomst voor aanspraak op een

transitievergoeding volgt bijvoorbeeld ook uit artikel 7:673 lid 5 BW. De daadwerkelijke samenwerking tussen partijen hoeft weliswaar niet volledig tot een einde gekomen te zijn, maar er moet wel sprake zijn van een beëindiging. Als daarvan geen sprake is, houdt het op.

4.2 Maakt het uit hoe de salarisvermindering plaatsvindt?

Een salarisvermindering kan worden bewerkstelligd door overeenstemming tussen werkgever en werknemer, zoals in de *SIPOR*-casus het geval is geweest. Veelal zal een langdurig zieke werknemer zich genoodzaakt voelen met het voorstel in te stemmen, mits sprake is van arbeid die past bij zijn mogelijkheden en beperkingen. Doet hij dat niet, dan riskeert hij namelijk zijn recht op een uitkering. Komen partijen niet tot overeenstemming, dan staat voor de werkgever nog de weg van eenzijdige wijziging open op grond van artikel 7:613 BW of 7:611 BW. [18] Dat het aanbieden van een transitievergoeding daarbij kan helpen, zoals in de literatuur wel wordt betoogd, [19] moge zo zijn. Dat maakt evenwel niet dat als gevolg van de salarisvermindering aanspraak bestaat op een transitievergoeding op grond van artikel 7:673 lid 1 BW.

Lukt het de werkgever de salarisvermindering door te voeren, dan is niet relevant hoe die salarisvermindering formeel wordt ingekleed. Dat kan in de vorm van algeheel ontslag gevolgd door een nieuwe, aangepaste arbeidsovereenkomst (situatie (ii) in *Kolom*) of door aanpassing van de arbeidsovereenkomst (situatie (iii) in Kolom). Gedeeltelijke beëindiging (situatie (i) in Kolom) zal niet aan de orde zijn. Let wel: de manier waarop de salarisvermindering juridisch wordt ingekleed, zegt niets over de vraag of het recht op transitievergoeding ontstaat. Dat recht bestaat pas als sprake is van een (gedeeltelijke) beëindiging van de arbeidsovereenkomst, en daarvan is bij enkel een salarisvermindering geen sprake. [20]

Lukt het de werkgever de salarisvermindering niet in overleg met de werknemer en ook niet eenzijdig door te voeren, dan ontstaat de bijzondere situatie dat de werkgever afscheid zal willen nemen van de werknemer. Daarbij zal hij in beginsel de volledige transitievergoeding verschuldigd is, tenzij het weigeren van de aangeboden arbeid ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer oplevert (art. 7:673 lid 7 sub c BW).

4.3 Kan salarisvermindering nooit een transitievergoeding opleveren?

Zoals betoogd onder 4.1 meen ik dat voor een aanspraak op een transitievergoeding noodzakelijk is dat de arbeidsovereenkomst wordt beëindigd. Bij wijziging van de arbeidsuren is sprake van een dergelijk einde, maar bij wijziging van het salaris (zonder urenvermindering) niet. [21]

Hoewel het wijzigen van een kernarbeidsvoorwaarde (zoals salaris) in Nederland volgens de huidige Nederlandse wetgeving in mijn ogen niet gelijkgesteld kan worden met ontslag, is dat

vanuit Europees perspectief nog niet zo'n vreemde gedachte. Gundt wees er in haar lezenswaardige annotatie [22] op dat het Hof van Justitie in het kader van Richtlijn 98/59/EG (omtrent collectief ontslag) heeft geoordeeld dat een eenzijdige, substantiële wijziging van wezenlijke elementen van de arbeidsovereenkomst een ontslag in de zin van artikel 1 van deze richtlijn vormt. [23] Het Hof van Justitie heeft daarnaast in verschillende zaken bepaald dat Europese begrippen uit richtlijnen, waaronder ook het begrip 'ontslag', autonoom moeten worden geïnterpreteerd en uniform uitgelegd. [24] Dat ontslag in Europees perspectief breder moet worden geïnterpreteerd, volgt bijvoorbeeld ook uit de net aangenomen Richtlijn betreffende transparante en voorspelbare arbeidsvoorwaarden in de Europese Unie, [25] waar bij verwijzingen in die richtlijn naar 'ontslag' enkele keren wordt toegevoegd 'of maatregelen met een soortgelijk effect'. Gekeken wordt naar het nadeel dat de werknemer eraan ondervindt, in plaats van naar de gekozen route die dat nadeel teweegbrengt. Ik sluit mij evenwel aan bij de conclusie van Gundt dat de uitkomst in de Spaanse en Poolse zaken die aan het Hof van Justitie zijn voorgelegd, op dit moment niet doorgetrokken kan worden naar Nederland, vanwege de substantiële afwijkingen in de nationale rechtssystemen. Nederland kent een op zichzelf staand wijzigingssysteem (via art. 7:613 BW en 7:611 BW), dat losstaat van het Nederlandse ontslagsysteem met een preventieve toets. Deze systemen zijn, anders dan in Spanje en Polen, (tot nu toe) niet met elkaar gelijk te stellen.

Het aansluiten bij het door de werknemer te ondervinden nadeel was overigens ook te lezen in de uitspraken van de Kantonrechter Amersfoort, [26] waarin de casus speelde van werknemers die vanwege een concessiewissel (maar geen overgang van onderneming) overgingen van Hoektax naar Connexxion. Connexxion bood de werknemers arbeidsovereenkomsten met slechtere arbeidsvoorwaarden aan, die de werknemers accepteerden. Hoektax meende dat zij aan de overgegane werknemers geen transitievergoeding hoefde te betalen. In de parlementaire geschiedenis van de Wwz is namelijk opgemerkt dat een transitievergoeding niet verschuldigd is als de werknemer als gevolg van een wissel aan de werkgeverskant bij een nieuwe werkgever in dienst treedt. In dat geval wordt de werknemer altijd geacht het initiatief te hebben genomen tot beëindiging. [27] De kantonrechter oordeelde in de twee zaken echter dat de wetgever de situatie van een werknemer die er bij een werkgeverswisseling op achteruit gaat niet onder ogen had gezien. De 'fictie' dat de werknemer wordt geacht het initiatief tot beëindiging te hebben genomen, was volgens de rechter onaanvaardbaar en Hoektax moest alsnog de volledige transitievergoeding betalen. Hoewel het in die casus, anders dan bij salarisvermindering, wel ging om een beëindiging van de arbeidsovereenkomst bij Hoektax, kan er wel een parallel getrokken worden, omdat de rechter vanwege het nadeel dat de werknemer ondervond het beroep van Hoektax op de parlementaire geschiedenis niet toestond. [28] Aansluiting bij het nadeel van de werknemer voor de vraag of aanspraak bestaat op een transitievergoeding is ook

te vinden in artikel 7:665 BW. Dat artikel bepaalt dat met het oog op de toepassing van artikel 7:673 BW de arbeidsovereenkomst geldt als beëindigd of niet voortgezet op initiatief van de werkgever, als een overgang van onderneming een aanmerkelijke wijziging van arbeidsvoorwaarden ten nadele van de werknemer tot gevolg heeft en de arbeidsovereenkomst om die reden op initiatief van de werknemer tot een einde komt.

In het verlengde van het voorgaande zou in de *SIPOR*-zaak aansluiting gezocht kunnen worden bij het bijzondere nadeel dat de werknemer ondervindt aan de substantiële en structurele salarisvermindering. Betoogd moet dan worden dat dit (bijzondere) nadeel moet worden aangemerkt als een opzegging door de werkgever. Die stap acht ik evenwel te groot. Zoals gezegd staat in mijn ogen het einde van de arbeidsovereenkomst voorop bij de vraag of aanspraak bestaat op een transitievergoeding. Daarop is zowel artikel 7:673 BW als de *Kolom* -beschikking gebaseerd. De Hoge Raad hanteert daarbij een materiële benadering (wat gebeurt er feitelijk?), en acht de juridisch gekozen constructie van ondergeschikt belang. Het einde van de arbeidsovereenkomst wordt niet beoogd bij een substantiële en structurele salarisvermindering: feitelijk blijft het verrichten van arbeid – de basis van de arbeidsovereenkomst – over de afgesproken arbeidsomvang intact. Aan een transitievergoeding wordt daarom niet toegekomen.

4.4 Kan aanspraak op de transitievergoeding op andere wijze gerechtvaardigd worden?

Hoewel artikel 7:673 lid 1 BW geen recht op transitievergoeding geeft bij een salarisvermindering en dat recht in mijn ogen daarop ook niet gebaseerd kan worden, is dat recht wel goed voor te stellen met een beroep op het rechtvaardigingsargument zoals gehanteerd in de *Kolom*-beschikking. In de *Kolom*-uitspraak stond de Hoge Raad in rechtsoverweging 3.5.4 allereerst stil bij het tweeledige doel van de transitievergoeding (compensatie voor (de gevolgen van) het ontslag en hulp bij de transitie naar ander werk) en stelde hij vast dat de hoogte van de transitievergoeding wordt berekend over het laatstverdiende loon. Indien een gedeeltelijke transitievergoeding in een geval zoals bij *Kolom* aan de orde was niet zou worden toegestaan, zo vervolgde de Hoge Raad, zou de werknemer door een substantiële en structurele vermindering van de arbeidstijd een deel van de transitievergoeding mislopen waarop hij bij een algehele beëindiging van de arbeidsovereenkomst op dat moment wel aanspraak zou hebben. Daarvoor was volgens de Hoge Raad geen rechtvaardiging te geven. Ook de A-G wees in haar conclusie bij de *Kolom* -zaak op dit punt: de werknemer is over de verloren uren de transitievergoeding voorgoed kwijt, wat volgens haar niet in overeenstemming was met het in de wetsgeschiedenis benadrukte doel van de transitievergoeding, het bevorderen van de rechtsgelijkheid en de rechtszekerheid. [29]

Hetzelfde argument gaat op voor de werknemer die vanwege langdurige arbeidsongeschiktheid na 104 weken structureel een functie gaat bekleden waaraan een substantieel lager salaris is gekoppeld. Nemen werkgever en werknemer na het aanvaarden van die functie op een later moment afscheid van elkaar, dan wordt de transitievergoeding berekend op basis van het lagere salaris, mits de nieuwe functie uiteraard nieuw bedongen arbeid is geworden. [30] Ook dan loopt de werknemer dus een deel van de transitievergoeding mis die hij wel had ontvangen als na 104 weken algehele beëindiging van de arbeidsovereenkomst had plaatsgevonden. Op basis van dit argument hebben verschillende auteurs aanspraak op een transitievergoeding bij salarisvermindering rechtvaardig geacht. [31] Overigens merkte het Gerechtshof Den Haag hierover op dat de inkomensderving niet het gevolg is van het ontslag, maar het gevolg is van de langdurige arbeidsongeschiktheid, en er om die reden geen aanspraak bestaat op een transitievergoeding. [32] Die redenering kan na *Kolom* in mijn ogen geen stand meer houden. Diezelfde redenering gaat immers op voor een arbeidsurenvermindering, en daarvoor heeft de Hoge Raad inmiddels wel een aanspraak op een transitievergoeding toegestaan.

Hoewel ik vanuit rechtvaardigingsgevoel begrijp dat het wenselijk is de werknemer met een substantiële en structurele salarisvermindering een transitievergoeding toe te kennen, vraag ik mij af of dat met een beroep op de rechtvaardigheid daarvan kan. Het startpunt is daarbij namelijk dat een werknemer inkomensderving heeft door het aanvaarden van een andere lagere functie na langdurige arbeidsongeschiktheid, welke derving door de transitievergoeding conform haar doelstelling moet worden gecompenseerd. Het feit dat de aanvaarding van die lagere functie hetzelfde *gevolg* heeft als een ontslag of arbeidsurenvermindering (namelijk: inkomensteruggang) betekent echter nog niet dat vanwege dit gevolg een recht op transitievergoeding bestaat. De oorzaak van de inkomensteruggang is namelijk een andere: bij een ontslag of een arbeidsurenvermindering ligt daar een (gedeeltelijke) beëindiging van de arbeidsovereenkomst aan ten grondslag, bij een salarisvermindering niet. En relevant voor het recht op een transitievergoeding is niet dat sprake moet zijn van inkomensachteruitgang; juist niet, want daadwerkelijke schade hoeft door de werknemer niet te worden ondervonden. Het rechtvaardigingsargument kan mijns inziens dus niet baten.

4.5 Twee keer nadeel?

Naast het mislopen van een deel van de transitievergoeding geldt voor de werknemer die substantieel in salaris achteruitgaat, maar niet of niet een evenredig deel in arbeidsuren, dat hij de salaristeruggang niet kan opvangen door bijvoorbeeld een andere baan te zoeken; daar heeft hij immers geen tijd voor, nu zijn arbeidsuren niet, of minimaal, afnemen. Dit in tegenstelling tot de langdurige arbeidsongeschikte werknemer bij wie de arbeidsuren substantieel en structureel afnemen; die kan over de verloren uren met behulp van de

transitievergoeding op zoek gaan naar ander werk bij een andere werkgever. De langdurig zieke werknemer zonder arbeidsurenvermindering wordt daarmee in feite twee keer benadeeld.

Tegen het niet volledig kunnen aanvullen van het salaris met een andere dienstbetrekking kan evenwel ingebracht worden dat dit nadeel voor een groot deel wordt opgevangen door een WIA-uitkering (ervan uitgaande dat de werknemer daarvoor in aanmerking komt). De WIA-uitkering wordt immers berekend aan de hand van het salaris dat de werknemer verdiende, voordat hij ziek uitviel voor zijn eigen werk. Het inkomen dat hij na toekenning van een WIA-uitkering nog ontvangt, wordt gedeeltelijk in mindering gebracht op zijn uitkering. Verdient hij minder, dan houdt hij dus een hogere WIA-uitkering over.

Komt de werknemer echter niet in aanmerking voor een WIA-uitkering, bijvoorbeeld omdat hij niet aan de eis van 35 procent arbeidsongeschiktheid voldoet (de zogenoemde 35-minner), dan levert dat wel de nodige problemen op. Hij zal in dat geval niet, of slechts voor een klein deel, voldoen aan het vereiste arbeidsurenverlies van artikel 16 lid 1 WW, en enkel over die uren een WW-uitkering ontvangen. Voor een (groot) deel van zijn salarisachteruitgang heeft hij dan geen vangnet. De transitievergoeding zou voor die werknemer goed van pas komen.

5 Beantwoording van de prejudiciële vragen

Zoals uit het voorgaande blijkt, meen ik dat het antwoord op de eerste prejudiciële vraag (‘Dient met een vermindering van de arbeidsduur gelijkgesteld te worden een vermindering van het salaris als gevolg van een functiewijziging, met dien verstande dat in dat geval ook recht op een transitievergoeding bestaat naar evenredigheid van de salarisvermindering?’) ontkennend beantwoord moet worden. Omdat – anders dan bij vermindering van de arbeidsduur – vermindering van het salaris als gevolg van een functiewijziging niet het einde van (een deel van) de arbeidsovereenkomst bewerkstelligt, en dat ook niet beoogt, ontstaat er geen recht op een transitievergoeding. Hoewel het rechtvaardigingsargument uit de *Kolom* -uitspraak ook opgaat voor de langdurig zieke werknemer die een functie accepteert met een substantiële en structurele salarisvermindering, kan de wet niet zover worden opgerekt dat ook dit nadeel gecompenseerd moet worden door de transitievergoeding. In die situatie komt de transitievergoeding in mijn ogen, hoewel wellicht wenselijk, niet in beeld. Vraag 2, 3 en 4 blijven daarmee onbeantwoord, omdat daarvoor een bevestigend antwoord op de eerste prejudiciële vraag noodzakelijk is.

Als de eerste vraag evenwel bevestigend wordt beantwoord door de Hoge Raad meen ik dat de wijze waarop de salarisvermindering tot stand komt, net als in *Kolom*, niet relevant zou moeten zijn (prejudiciële vraag 2). Eveneens zal in dat geval getoetst moeten worden of de

salarisvermindering, net als in *Kolom*, substantieel (20 procent of meer) en structureel is. De rechtszekerheid brengt met zich dat de criteria voor de vraag of aanspraak bestaat op een transitievergoeding gelijk dient te zijn (prejudiciële vraag 3). Als zowel sprake is van arbeidsurenvermindering als salarisvermindering zal aansluiting gezocht moeten worden bij de component die het meest verminderd is, om dubbele afrekening te voorkomen (prejudiciële vraag 4). Is dat het salaris, dan kan aansluiting gezocht worden bij de formule die Palm eerder introduceerde. Die formule luidt, in enigszins aangepaste bewoordingen, als volgt: pro rata transitievergoeding = dienstjaren tot aan de salarisvermindering x oud maandsalaris x (nieuw maandsalaris/oud maandsalaris). [33]

Tot slot merk ik op dat een bevestigend antwoord op de eerste vraag in mijn ogen ook leidt tot een bevestigend antwoord op de vraag of een salarisvermindering vanwege een omstandigheid zoals opgenomen in artikel 7:669 lid 3 sub c tot en met h (of binnenkort i) BW moet leiden tot aanspraak op een transitievergoeding. Zoals ik eerder betoogde, [34] zie ik geen aanleiding die gevallen anders te behandelen dan de gevallen omschreven in artikel 7:669 lid 3 sub a en b BW. In alle gevallen heeft de wetgever immers gemeend dat deze voor rekening en risico komen van de werkgever, waardoor de werknemer recht heeft op een transitievergoeding. Dat betekent dat een bevestigend antwoord op de eerste prejudiciële vraag het luik naar aanspraak op een transitievergoeding ver(der) open zet, bijvoorbeeld ook voor de situatie dat een werknemer vanwege een onvrijwillige demotie wordt geconfronteerd met een substantiële en structurele salarisvermindering. Dat heeft de wetgever met introductie van de transitievergoeding niet beoogd en het is dan ook aan de Hoge Raad de rek van artikel 7:673 BW een halt toe te roepen.

Kim Hakvoort

Noten

[1] Hof Amsterdam 15 oktober 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3717, volgend op Hof Amsterdam 3 september 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3231.

[2] HR 14 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1617.

[3] Door SIPOR is nog gesteld dat zij aan de medewerkster heeft aangeboden de functie van onderwijsassistente te verrichten met een werktijdfactor van 1,0, maar dat de medewerkster zelf voor een werktijdfactor van 0,8 heeft gekozen. Het Hof Amsterdam meent dat dit niet kan worden vastgesteld, omdat dit door SIPOR onvoldoende feitelijk is onderbouwd, en gaat aan dit argument voorbij, Hof Amsterdam 3 september 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3231, r.o. 3.5.

[4] Rb. Rotterdam 5 januari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:2465.

[5] Hof Den Haag 6 september 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2590.

[6] In de *Kolom*-zaak is zelfs verzocht te wachten op de uitkomst van de *SIPOR*-zaak, omdat inhoudelijk (vrijwel) dezelfde casus aan de orde was, zie 2.7 van de conclusie van A-G De Bock bij de *Kolom*-uitspraak, Parket bij de Hoge Raad 20 april 2018, ECLI:NL:PHR:2018:416.

[7] HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3264.

[8] HR 14 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1617.

[9] Voor een nadere beschouwing van de *Kolom*-beschikking zie onder meer V. Bij de Vaate en D. Pinedo, 'De pro rato transitievergoeding bij gedeeltelijk ontslag: de Hoge Raad gaat "off-road"', *TvO* 2019, 1 en K. Hakvoort, 'De gedeeltelijke transitievergoeding volgens de Hoge Raad', *ArbeidsRecht* 2018/51.

[10] HR 8 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1734. Zie over deze uitspraak nader A.R. Houweling, 'En ze leefden nog lang en gelukkig... Over de werkgeversplicht tot beëindiging van slapend dienstverbanden en betaling van transitievergoedingen aan Doornroosjes', *AR-Updates* 2019-1182.

[11] Zie V. Bij de Vaate en D. Pinedo, 'De pro rato transitievergoeding bij gedeeltelijk ontslag: de Hoge Raad gaat "off-road"', *TvO* 2019, 1, paragraaf 4.3, J. van Zijl, 'Pro rata transitievergoeding bij gedeeltelijke beëindiging arbeidsovereenkomst. Eén vraag beantwoord. Nieuwe vragen te beantwoorden', *AR-Updates* 2018-1037, B. Barentsen en S. Sagel, 'Kroniek van het sociaal recht', *NJB* 2018/1876, paragraaf 4.1, E. Verhulp, in: *T&C BW*, commentaar op art. 7:673 BW, paragraaf 2c, en W.H.A.C.M. Bouwens, annotatie onder de *Kolom*-beschikking, *NJ* 2019/323.

[12] D.J. Buijs, annotatie onder de Kolom-beschikking, *TRA* 2018/110, A.G.M. Dera-ten Bokum, 'Een gedeeltelijke transitievergoeding: waarom en wanneer?', *VFP* 2019/11 en K. Hakvoort, 'De gedeeltelijke transitievergoeding volgens de Hoge Raad', *ArbeidsRecht* 2018/51, paragraaf 3.2.

[13] Zie hierover ook A-G De Bock in haar conclusie bij de *Kolom*-uitspraak (onder andere onder 3.40), Parket bij de Hoge Raad 20 april 2018, ECLI:NL:PHR:2018:416.

[14] Hierop bestaan natuurlijk verschillende uitzonderingen, zoals art. 7:673 lid 1 sub b BW en art. 7:673 lid 7 BW, maar omdat die uitzonderingen niet relevant zijn voor de beantwoording van de prejudiciële vragen, worden deze verder onbesproken gelaten.

[15] Zie in gelijke zin over *Kolom* A-G De Bock in haar conclusie over de vraag of een rechter de arbeidsovereenkomst partieel kan ontbinden, 6 september 2019, ECLI:NL:PHR:2019:955,

overweging 4.19: ‘De Hoge Raad heeft hiermee duidelijk gekozen voor een materiële benadering, waarin gekeken wordt naar de feitelijke gevolgen voor de werknemer en het niet uitmaakt hoe het deeltijdontslag juridisch is ingekleed.’

[16] Ook bij vermindering van de arbeidsuren op basis van een andere ontslaggrond (sub c-h/i) zou er in mijn ogen recht op een (gedeeltelijke) transitievergoeding moeten zijn, zoals ik eerder betoogde in: ‘De gedeeltelijke transitievergoeding volgens de Hoge Raad’, *ArbeidsRecht* 2018/51, paragraaf 3.1. A-G De Bock is dat evenwel niet mij eens, zo volgt uit 4.33 en 4.34 van haar conclusie van 6 september 2019, ECLI:NL:PHR:2019:955.

[17] HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO2419 (*De Vries/Stichting Woonzorg*).

[18] Dat eenzijdige wijziging van de arbeidsovereenkomst zonder wijzigingsbeding mogelijk is op grond van art. 7:611 BW volgt onder meer uit HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1846 (*Stoof/Mammoet)*.

[19] Zie bijvoorbeeld E. Verhulp, *Flexibele arbeidsrelaties*, aant. 1.2.6, Het wijzigingsontslag, wijziging van de omvang van de arbeidsovereenkomst en de transitievergoeding, *Monografieën Sociaal Recht*, nr. 25, 2017 en P. Kruit, ‘Recht of rechtvaardigheid: over de pro rata transitievergoeding bij “deeltijdontslag”’, *AR* 2018-0107.

[20] Barendsen en Sagel zien dit anders, en menen dat de Hoge Raad met mogelijkheid (iii), aanpassing van de arbeidsovereenkomst, het vereiste heeft losgelaten dat sprake moet zijn van een beëindiging van het dienstverband wil sprake zijn van een transitievergoeding. Ik meen echter dat de Hoge Raad met deze mogelijkheid heeft vastgehouden aan het vereiste dat in materieel opzicht sprake moet zijn van een beëindiging, maar dat de juridische vorm die daarvoor wordt gekozen niet uitmaakt.

[21] Zie over het verschil tussen wijziging en beëindiging van de arbeidsovereenkomst ook A-G De Bock, die daarover in het kader van partiële ontbinding het volgende opmerkt: ‘Met een partiële ontbinding wijzigt de rechter in feite de arbeidsovereenkomst, op grond van regels die daarvoor niet bedoeld zijn. Die regels zien immers op beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Voor wijziging van de arbeidsovereenkomst is een specifiek toetsingskader ontwikkeld, waarbij de bescherming van de werknemer centraal staat.’

[22] N. Gundt, ‘Het autonome ontslagbegrip in Richtlijn 98/59: inclusief de wijziging?’, *ArA* 2018, 12.

[23] Gundt onderzoekt in haar annotatie drie verschillende uitspraken van het Hof van Justitie waarin wijzigingen van arbeidsovereenkomsten door het Hof werden beschouwd als ontslag

dan wel beëindiging van de arbeidsovereenkomst, te weten HvJ EU 11 november 2015, C-422/14 (*Christian Pujante Rivera/Gestora Clubs Dir.*), HvJ EU 21 september 2017, C-149/16 (*Socha e.a./Szpital Specjalistyczny im A Falkiewicza*) en HvJ EU 21 september 2017, C-429/16 (*Ciupa/II Spital Miejski im L. Rydygiera*).

[24] In HvJ EG 12 oktober 2004, C-55/02 (*Commissie/Portugal*) wees het Hof al op de noodzaak van een eenvormige uitleg van het begrip 'ontslag'.

[25] Richtlijn (EU) 2019/1152 van 20 juni 2019, *PbEU* 2019, L 186.

[26] Rb. Midden-Nederland 25 mei 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:2901 en ECLI:NL:RBMNE:2016:2931.

[27] *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 7, p. 74, *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, C, p. 14-15 en E, p. 6-7.

[28] Inmiddels wordt een dergelijke werkgeverswissel gekwalificeerd als opzegging door de werkgever, zie onder meer Hof Arnhem-Leeuwarden 12 maart 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:2334.

[29] Parket bij de Hoge Raad 20 april 2018, ECLI:NL:PHR:2018:416, onder 3.23.

[30] Zie hierover uitgebreid J. van Zijl, 'Pro rata transitievergoeding bij gedeeltelijke beëindiging arbeidsovereenkomst. Eén vraag beantwoord. Nieuwe vragen te beantwoorden', *AR-Updates* 2018-1037 en ook W.H.A.C.M. Bouwens, annotatie onder Kolom-beschikking, *NJ* 2019/323 (punt 14).

[31] Zie bijvoorbeeld W.H.A.C.M. Bouwens, annotatie onder Kolom-beschikking, *NJ* 2019/323 en B. Barentsen en S. Sagel, 'Kroniek van het sociaal recht', *NJB* 2018/1876.

[32] Hof Den Haag 6 september 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2590, r.o.15. Zie hierover ook S. Palm in zijn annotatie onder deze uitspraak, *JIN* 2016/214.

[33] Zie S. Palm onder Hof Den Haag 6 september 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2590 in *JIN* 2016/214, onder 10.

[34] K. Hakvoort, 'De gedeeltelijke transitievergoeding volgens de Hoge Raad', *ArbeidsRecht* 2018/51, paragraaf 3.1. Zie anders A-G De Bock 6 september 2019, ECLI:NL:PHR:2019:955, overweging 4.33 en 4.34.