

Nieuwsbrief AR Updates

Nummer 16, 2020

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

INHOUDSOPGAVE

Hof van Justitie van de Europese Unie

Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2009:344 04-06-2009

Vatsouras/Arbeitsgemeinschaft Nurnberg

Hoge Raad

Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2020:749 17-04-2020

Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2020:723 17-04-2020

Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2020:739 17-04-2020

Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2020:753 17-04-2020

Hof

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2020:1077 14-04-2020

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2020:1268 14-04-2020

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2020:1262 14-04-2020

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2020:1099 14-04-2020

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2020:1095 07-04-2020

Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2020:793 07-04-2020

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2020:1173 02-04-2020

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2020:936 24-03-2020

Rechtbank

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2020:2254](#) 14-04-2020

[Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2020:2256](#) 09-04-2020

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2020:1341](#) 08-04-2020

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2020:2138](#) 07-04-2020

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2020:2895](#) 31-03-2020

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2020:3189](#) 27-03-2020

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:ROVE:2020:1512](#) 25-03-2020

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2020:2555](#) 25-03-2020

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2020:319](#) 03-01-2020

Centrale Raad van Beroep

[Centrale Raad van Beroep, ECLI:NL:CRVB:2020:952](#) 15-04-2020

[Centrale Raad van Beroep, ECLI:NL:CRVB:2020:949](#) 15-04-2020

[Centrale Raad van Beroep, ECLI:NL:CRVB:2020:946](#) 15-04-2020

[Centrale Raad van Beroep, ECLI:NL:CRVB:2020:955](#) 15-04-2020

[Centrale Raad van Beroep, ECLI:NL:CRVB:2020:947](#) 15-04-2020

[Centrale Raad van Beroep, ECLI:NL:CRVB:2020:921](#) 09-04-2020

Annotatie

[O jee, de NOW](#)

J.P.M. van Zijl

ANNOTATIE

O jee, de NOW

J.P.M. van Zijl

Vanaf maandag 6 april 2020 kunnen werkgevers aanvragen indienen voor een subsidie in de loonkosten van de maanden maart, april en mei 2020 op grond van de Tijdelijke noodmaatregel overbrugging voor behoud van werkgelegenheid (NOW).^[1] De NOW maakt onderdeel uit van het op 17 maart 2020^[2] bekend gemaakte ‘noodpakket banen en economie’.

Arbeidsrechtjuristen zullen na bestudering van de NOW de uitwerking van de regeling mogelijk niet gemakkelijk doorgronden, omdat die gebruikmaakt van een aantal rekenformules (terwijl het werken met formules niet standaard deel uitmaakt van ‘het DNA’ van juristen) en omdat enige kennis noodzakelijk is van de heffing van loonbelasting en premies werknemersverzekeringen. In dit commentaar zal ik proberen de werking van de NOW uiteen te zetten en met rekenvoorbeelden toe te lichten.

Het ‘o, jee’ in de titel van dit commentaar slaat echter niet alleen op (mogelijk) de eerste reactie van veel arbeidsrechtjuristen. Het kan ook slaan op de gevolgen die werkgevers in de praktijk wel eens zouden kunnen gaan ondervinden als na de verstrekking van het voorschot de afrekening moet plaatsvinden bij de vaststelling van de subsidie. Deze afrekening zou namelijk zo maar eens kunnen leiden tot een terugbetalingsverplichting in plaats van een nabetaling. Ik zal dat hierna toelichten.

In het onderstaande zal ik eerst de hoofdlijnen van de NOW uiteenzetten, om daarna de werking van de NOW te bespreken aan de hand van:

- de belangrijkste verplichtingen van de werkgever;
- de procedure;
- de werkgever die de subsidie kan aanvragen;
- de verlening van de subsidie (de betaling van het voorschot);

- het begrip omzetsdaling (als onderdeel van de formule voor de berekening van de subsidie);
- het begrip loonsom (als onderdeel van de formule voor de berekening van de subsidie);
- de vaststelling van de subsidie;
- de vraag of het loon aan oproepkrachten door moet worden betaald of niet.

1 Hoofdpijnen van de NOW

De NOW geeft werkgevers recht op een tegemoetkoming in de loonkosten. De hoogte van die tegemoetkoming is afhankelijk van het omzetverlies dat de werkgever als gevolg van de coronacrisis (of anderszins) ondervindt. De subsidie kan oplopen tot 90% van de loonkosten bij volledig omzetverlies. Om recht te kunnen doen gelden op de tegemoetkoming in de loonkosten moet het omzetverlies ten minste 20% bedragen.

Werkgevers krijgen binnen twee tot vier weken na de aanvraag een voorschot van 80% van de tegemoetkoming dat gebaseerd is op het verwachte omzetverlies en op de loonkosten van de maand januari 2020. De uiteindelijke subsidie is afhankelijk van het daadwerkelijk geleden omzetverlies en van de loonkosten van de maanden maart, april en mei 2020. Bij de vaststelling van de definitieve subsidie moet de werkgever het omzetverlies aantonen met behulp van een accountantsverklaring.

In ruil voor de tegemoetkoming in de loonkosten moeten werkgevers proberen de loonsom zo veel mogelijk gelijk te houden. Een daling van de loonsom tussen januari 2020 en de periode van maart tot en met mei 2020 leidt uiteindelijk tot een lagere subsidie. Een aanvraag bij het UWV voor toestemming tot ontslag op bedrijfseconomische gronden gedaan in de periode van 18 maart 2020 tot en met 31 mei 2020 die niet binnen vijf werkdagen wordt ingetrokken, leidt tot een extra korting op de subsidie.

2 Verplichtingen werkgever

Werkgevers die op grond van de NOW een tegemoetkoming in de loonkosten aanvragen, nemen daarmee een aantal verplichtingen op zich.^[3] De belangrijkste daarvan zijn:

2.1 De loonsom zo veel mogelijk gelijk houden^[4]

De toelichting^[5] spreekt in dit verband over een inspanningsverplichting. Deze verplichting geldt met name ook ten aanzien van oproepkrachten, zelfs als er geen wettelijke verplichting tot doorbetaling van het loon is. Het niet voldoen aan deze verplichting heeft gevolgen voor de hoogte van de subsidie, aangezien een daling van de loonsom over de maanden maart, april en mei 2020 ten opzichte van januari 2020 achteraf leidt tot een lagere vaststelling van de

subsidie (zie hierna onder ‘loonsom’).

2.2 Na 17 maart 2020 en tot en met 31 mei 2020 geen ontslagaanvraag bij het UWV indienen wegens bedrijfseconomische omstandigheden^[6]

Niet voldoen aan deze verplichting leidt tot een lagere vaststelling van de subsidie (zie hierna onder ‘vaststelling subsidie’).

3 Procedure

De procedure valt uiteen in de verlening van de subsidie (leidend tot de betaling van een voorschot) gevolgd door de vaststelling van de subsidie (waarbij het betaalde voorschot wordt verrekend aan de hand van de definitief vastgestelde subsidie).

Een werkgever kan de subsidie aanvragen door middel van een formulier dat door het UWV ter beschikking gesteld wordt.^[7] De indiening van het formulier geschiedt elektronisch,^[8] tenzij het UWV op zijn website bekendmaakt dat de indiening schriftelijk mag geschieden. Voor de elektronische indiening is geen E-herkenning vereist.

Aanvragen kunnen worden ingediend vanaf maandag 6 april 2020 tot en met zondag 31 mei 2020.^[9]

Per loonheffingnummer kan slechts één maal een aangifte worden ingediend.^[10]

Bij de aanvraag dient in elk geval te worden vermeld:

- het dossiernummer van een eventueel na 31 augustus 2019 ingediende aanvraag voor werktijdverkorting;^[11]
- het verwachte percentage van de omzetsdaling;^[12]
- de gekozen aaneengesloten periode van drie kalendermaanden (tussen 1 maart en 31 juli 2020) waarover de omzetsdaling wordt berekend (zie hierna onder ‘omzetsdaling’);^[13]
- het loonheffingnummer;^[14]
- het rekeningnummer waarop de werkgever betalingen van de Belastingdienst inzake loonheffingen ontvangt.^[15]

Let op: ter bescherming tegen misbruik maakt het UWV de tegemoetkoming alleen over op dit rekeningnummer. Bij een afwijkend rekeningnummer zal geen betaling plaatsvinden.

Werkgevers hebben er dus belang bij zich ervan te verzekeren dat het juiste rekeningnummer op de aanvraag wordt vermeld. Als het rekeningnummer dat bij de Belastingdienst bekend is

in het kader van de loonheffingen een buitenlands rekeningnummer is, dan krijgt de werkgever de gelegenheid om dit binnen vier weken aan te vullen met een Nederlands bankrekeningnummer.^[16] Het UWV betaalt de subsidie alleen op een Nederlands bankrekeningnummer.

Volgens de website van het UWV dienen ook de naam, het adres, het telefoonnummer, een e-mailadres en gegevens van de contactpersoon van de werkgever te worden opgegeven, waarbij het adres een Nederlands adres dient te zijn.

Het UWV beslist binnen dertien weken op de aanvraag voor de verlening van de subsidie.^[17] De beslissing tot verlening van de subsidie omvat ten minste:

- de periode waarover de subsidie wordt verleend (maart, april en mei 2020);^[18]
- de hoogte van subsidie en het voorschot daarop;^[19]
- de verplichtingen van de werkgever (zie hierboven onder 'verplichtingen werkgever');^[20]
- de termijn waarbinnen door de werkgever om de vaststelling van de subsidie moet worden gevraagd (zie hierna onder 'vaststelling subsidie').^[21]

Bij de beslissing tot subsidieverlening wordt een voorschot verstrekt.^[22] Dat voorschot bedraagt 80% van de subsidie^[23] zoals die bij de subsidieverlening wordt berekend (zie hierna onder 'verlening subsidie') en wordt in ten hoogste drie termijnen betaald.^[24]

Loongegevens over de maand januari 2020 (november 2019) worden door het UWV niet opgevraagd. Deze worden door het UWV ingevuld vanuit de gegevens in de polisadministratie.

Hoewel de beslissing op de aanvraag om subsidieverlening dus dertien weken op zich kan laten wachten, wordt ernaar gestreefd om de betaling van het voorschot binnen twee tot vier weken na ontvangst van de volledige aanvraag te realiseren.^[25] Het UWV heeft overigens op 9 april 2020 al de eerste 9.000 voorschotten betaald,^[26] dus in dat geval veel sneller dan na twee tot vier weken.

Vervolgens dient de werkgever binnen 24 weken na de periode waarover de omzetzijning wordt berekend bij het UWV een aanvraag in voor de vaststelling van de subsidie.^[27] Ook die aanvraag geschiedt weer elektronisch met behulp van een door het UWV vast te stellen formulier.

Bij de aanvraag tot vaststelling van de subsidie moet de werkgever in elk geval de volgende gegevens en stukken meesturen:

- definitieve gegevens over de omzetsdaling, met documentatie en informatie waaruit die omzetsdaling blijkt;^[28]
- een accountantsverklaring betreffende de omzetsdaling (zie hierna onder 'omzetsdaling');^[29] de Minister heeft aangekondigd om binnen vier weken te zullen berichten over een mogelijke vrijstelling voor kleine aanvragen.
- een verklaring van de werkgever dat hij heeft voldaan aan de op hem rustende verplichtingen (zie hierboven onder 'verplichtingen werkgever'), met uitzondering van de verplichting om geen ontslag op bedrijfseconomische gronden aan te vragen omdat het UWV daar zelf reeds bekend mee is.^[30]

Het UWV beslist binnen 52 weken op de aanvraag tot vaststelling van de subsidie.^[31] Aanvankelijk was deze termijn 22 weken, maar bij besluit van 3 april 2020 heeft de Minister deze termijn verlengd tot 52 weken.

4 Werkgever

De subsidie wordt toegekend aan een werkgever,^[32] zijnde een werkgever in de zin van Wet financiering sociale verzekeringen.^[33] Dat betekent dat het moet gaan om een werkgever in de zin van de WW,^[34] ZW,^[35] WIA^[36] of WAO.^[37] Aldus wordt aangesloten bij de verzekering op grond van een van de werknemersverzekeringswetten, inclusief de fictieve dienstbetrekkingen die daar zijn gedefinieerd. De werkgever kan aldus ook een buitenlandse werkgever zijn, mits (een deel van) de werknemers in Nederland verzekerd (is) zijn op grond van een van de werknemersverzekeringswetten.

Indien de werkgever beschikt over meerdere loonheffingenummers geschiedt de aanvraag per loonheffingnummer,^[38] maar de (verwachte) omzetsdaling (zie hierna onder 'omzetsdaling') wordt op concernniveau bepaald.^[39]

Het Ministerie van VWS heeft met zorgverzekeraars en gemeenten afspraken gemaakt over de ondersteuning van zorgaanbieders tijdens de Coronacrisis. Op basis daarvan heeft Zorgverzekeraars Nederland een regeling getroffen voor een maandelijkse continuïteitsbijdrage voor zorgaanbieders. Zorgaanbieders zijn echter niet uitgesloten van het doen van een aanvraag voor subsidie onder de NOW. Een eventueel ontvangen continuïteitsbijdrage zal echter hebben te gelden als omzet die meetelt bij de berekening van de omzetsdaling onder de NOW.

5 Verlening van de subsidie

Bij de verlening van de subsidie wordt een voorschot verleend van 80% van de subsidie,^[40]

waarbij de subsidie op dat moment wordt bepaald op grond van de volgende formule:

A (verwachte omzetsdaling) $\times B$ (loonsom) $\times 3$ (maanden) $\times 1,3$ (forfaitaire opslag) $\times 0,9$ (90% subsidie).^[41]

De werkgever ontvangt dus een voorschot van 80% van een subsidie die bestaat uit 90% van de loonsom over drie maanden, verhoogd met een forfaitaire opslag van 30%, op welke subsidie de werkgever volledig recht heeft bij een verwachte omzetsdaling van 100% en waarbij de subsidie naar evenredigheid wordt verminderd als de verwachte omzetsdaling lager is dan 100%.

De forfaitaire opslag van 30% is een opslag voor werkgeverslasten, zoals premies werknemersverzekeringen, werkgeversbijdrage in de pensioenpremie en ook de vakantietoeslag.^[42]

Voor de loonsom wordt bij de bepaling van het voorschot uitgegaan van de loonsom over het eerste loonaangiftetijdvak van 2020.^[43] Indien de werkgever loonaangifte per vier weken doet, wordt het loon verhoogd met 8,33% (13/12).^[44] Bij een aangifte per een ander tijdvak dan een maand of vier weken wordt het loon eveneens herleid naar een loon per maand.^[45]

Als er geen loongegevens in het eerste loonaangiftetijdvak van 2020 zijn, wordt voor de bepaling van de loonsom uitgegaan van de loonsom over de maand november 2019 of bij een aangiftetijdvak van vier weken van de loonsom over het twaalfde aangiftetijdvak van 2019.^[46] Als er ook geen loongegevens zijn over deze periode, kan geen subsidie worden toegekend.^[47] Dat de loongegevens over deze maanden mogelijk niet representatief zijn voor de tijdvakken waarover de subsidie wordt uitgekeerd, is uitdrukkelijk ingecalculeerd.^[48]

Voor de hoogte van de loonsom van januari 2020 of november 2019 wordt uitgegaan van de aangiften en aanvullingen daarop tot 15 maart 2020.^[49] Het is dus niet meer mogelijk om door het inzenden van correctieberichten de hoogte van de subsidieverlening nog te beïnvloeden.

5.1 Voorbeelden

Een werkgever in de horeca met een loonsom over de maand januari 2020 van € 100.000 verwacht een omzetsdaling van 100%. De verlening van de subsidie leidt dan tot een voorschot van:

Percentage verwachte omzetsdaling (A^*)	100%
Loonsom januari 2020 (B^*)	€ 100.000
Forfaitaire opslag (30%)	1,3

Subsidiepercentage (90%) 0,9

Te verlenen subsidie o.g.v. art. 10 lid 1 NOW:

$A^* \times B^* \times 3 \times 1,3 \times 0,9$ € 351.000

Voorschot (80%) € 280.800

Eenzelfde werkgever met dezelfde loonsom in een minder getroffen bedrijfstak verwacht een omzetsdaling van 35%. De verlening van de subsidie leidt dan tot een voorschot van:

Percentage verwachte omzetsdaling (A^*) 35%

Loonsom januari 2020 (B^*) € 100.000

Forfaitaire opslag (30%) 1,3

Subsidiepercentage (90%) 0,9

Te verlenen subsidie o.g.v. art. 10 lid 1 NOW:

$A^* \times B^* \times 3 \times 1,3 \times 0,9$ € 122.850

Voorschot (80%) € 98.280

6 Omzetsdaling

Voor het bepalen van de factor 'omzetsdaling' is van belang wat als 'omzet' moet worden beschouwd. In het algemeen worden alle baten die voortkomen uit de uitvoering van normale activiteiten van een organisatie als omzet beschouwd, ook als die normaliter met een andere term worden aangeduid.^[50] Bij *not-for-profit* organisaties kunnen ook uitkeringen, subsidies, renteopbrengsten, bijdragen vanuit een overheidsinstelling of andere opbrengsten, giften, of declaraties vanuit zorgverzekeraars als omzet worden beschouwd.^[51]

Voor rechtspersonen geldt dat uitgegaan wordt van de omzet in de zin van jaarrekeningenrecht,^[52] zoals gehanteerd bij laatste jaarrekening die vóór 1 maart 2020 is vastgesteld. Daarbij moet gecorrigeerd worden voor wijzigingen in onderhanden projecten. Onderhanden projecten zijn projecten die zijn overeengekomen met een derde, voor de constructie van een actief of combinatie van activa, waarbij de uitvoering zich gewoonlijk uitstrekt over meer dan één verslagperiode.^[53] Daarentegen ontbreekt een bepaling die regelt dat omzet van verkoop van producten die in de periode van de loonkostensubsidie worden geproduceerd en later worden verkocht, moet worden toegerekend aan de periode van de loonkostensubsidie. Een werkgever die in de periode van de loonkostensubsidie

geconfronteerd wordt met omzetzijding en de loonkostensubsidie gebruikt om zijn magazijn te vullen met producten die later alsnog worden verkocht en dan omzet vormen, is daarom niet gehouden om die omzet voor de berekening van de vaststelling van de subsidie toe te rekenen aan de periode van de loonkostensubsidie.

Voor natuurlijke personen wordt uitgegaan van de omzet die ten grondslag heeft gelegen aan de laatste door de belastingdienst vastgestelde aangifte inkomstenbelasting.

Om voor de subsidie in aanmerking te komen moet de omzetzijding tenminste 20% zijn.^[54]

De omzetzijding moet worden berekend over een aaneengesloten periode van drie maanden, die naar keuze van de werkgever kan starten op 1 maart 2020, 1 april 2020 of 1 mei 2020. Het kan dus naar keuze van de werkgever gaan om de omzet in de maanden:^[55]

- maart, april en mei 2020;
- april, mei en juli 2020;
- mei, juni en juli 2020.

Deze keuze wordt werkgevers gegeven omdat de omzetzijding zich in sommige bedrijven later kan voordoen dan in andere bedrijven ('na-ijleffect').

Let op: de keuze van de werkgever over welke maanden de omzetzijding wordt berekend, laat onverlet dat het blijft gaan om een subsidie van de loonkosten over de maanden maart, april en mei 2020.^[56]

De omzetzijding wordt berekend door de omzet over de drie gekozen maanden te vergelijken met de referentieomzet. Dat gebeurt aan de hand van de formule: (referentieomzet – omzet in meetperiode) : referentieomzet, met afronding naar boven op hele procenten.^[57] Als referentieomzet geldt 25% van totale omzet van 2019.^[58] Alleen indien de bedrijfsuitoefening na 1 januari 2019 is aangevangen mag uitgegaan worden van driemaal de gemiddelde omzet per maand over de periode vanaf de eerste kalendermaand na de dag van aanvang van de bedrijfsuitoefening tot en met 29 februari 2020.^[59] Indien de bedrijfsuitoefening op of na 1 februari 2020 is aangevangen, zal aldus geen sprake zijn van een referentieomzet.^[60] Een mogelijk nadeel voor werkgevers als gevolg van het feit dat de omzet in de referentieperiode niet representatief is, is door de Minister uitdrukkelijk ingecalculeerd. Het is afgewogen tegen de eenvoud van de regeling die noodzakelijk is om op zeer korte termijn zeer veel aanvragen te kunnen behandelen.^[61] Aan Kamervragen om iets te repareren voor seizoensbedrijven is de Minister om die reden ook niet tegemoetgekomen.^[62]

Voor het begrip ‘aanvang van de bedrijfsuitoefening’ is aangesloten bij de terminologie van de Handelsregisterwet.^[63] In artikel 20 lid 1 van de Handelsregisterwet is bepaald dat de opgave van de eerste inschrijving van een onderneming wordt gedaan binnen een periode van twee weken, die begint een week vóór en die eindigt een week na de ‘aanvang van de bedrijfsuitoefening’. In het handelsregister worden zowel ondernemingen^[64] als rechtspersonen^[65] ingeschreven. De toelichting in de NOW is niet duidelijk als het gaat om de vraag of het nu gaat om de inschrijving van een onderneming dan wel de inschrijving van een rechtspersoon: ‘Het moet daarbij daadwerkelijk gaan om een nieuwe *onderneming, welke zowel een Nederlands als een niet-Nederlandse rechtspersoon of natuurlijke persoon kan zijn*. Voor ondernemingen die al op 1 januari 2019 bestonden en waar de piek van de omzet gedurende een gedeelte van het jaar plaatsvindt, geldt de hoofdregel van onderdeel a.’

Hoewel de bovengenoemde passage dus de inschrijving van een onderneming gelijk schakelt met de inschrijving van een rechtspersoon of natuurlijk persoon en daarmee onduidelijkheid laat ontstaan, lijkt het erop dat bij het vaststellen van de referentieomzet de omzet van de voorgaande eigenaar van de onderneming dient te worden meegeteld. De toelichting spreekt immers over ‘ondernemingen die al op 1 januari 2019 bestonden’ voor wie de hoofregel (25% van de omzet van 2019) geldt als tegenstelling tot ‘daadwerkelijke nieuwe ondernemingen’ voor wie de uitzondering toegepast kan worden.

De omzetsdaling wordt in beginsel berekend per natuurlijk persoon of rechtspersoon.^[66] De omzetsdaling wordt echter voor een groep^[67] (concern) vastgesteld, zoals die groep op 1 maart 2020 bestond.^[68] Of sprake is van een groep kan blijken uit het feit dat een geconsolideerde jaarrekening is of wordt opgesteld, want die verplichting geldt voor de rechtspersoon die aan het hoofd staat van een groep.^[69] Ook een moedermaatschappij en een dochtermaatschappij^[70] worden daarbij als groep beschouwd.^[71] Of sprake is van een dochtermaatschappij is daarbij afhankelijk van de zeggenschap die de moedermaatschappij in de dochter heeft. De omzet van buitenlandse rechtspersonen zonder premieplichtig loon in Nederland telt echter niet mee voor de omzetsdaling.

7 Loonsom

Het loon waaruit de loonsom bestaat waarmee per loonheffingsnummer rekening wordt gehouden bij de berekening van de subsidie, is het loon in de zin van artikel 16 van de Wet financiering sociale verzekeringen, het zogenoemde ‘sv-loon’.^[72] Dat loon is gelijk aan het fiscale loon, maar met enkele uitzonderingen, waarvan het loon uit vroegere dienstbetrekking de belangrijkste is. Op grond daarvan valt bijvoorbeeld de transitievergoeding buiten het sv-loon. Uitkeringen van de werknemersverzekeringen en aanvullingen die daarop door de werkgever tijdens de dienstbetrekking worden gedaan gelden daarentegen wel als sv-loon.

Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan Ziektewetuitkeringen op grond van de no-riskpolis,^[73] Ziektewetuitkeringen wegens een oorzaak die gerelateerd is aan zwangerschap of bevalling,^[74] uitkeringen tijdens zwangerschap- of bevallingsverlof^[75] en vervroegd toegekende IVA-uitkeringen.^[76]

Alleen het loon van werknemers in de zin van de WW, Ziektewet, WIA of WAO telt daarbij mee.^[77] Dat betekent dat het loon van de directeur-groootaandeelhouder (niet verzekerd op grond van de werknemersverzekeringswetten) niet mee telt. Het loon van de werknemer die de AOW-gerechtigde leeftijd heeft bereikt telt daarentegen wel mee, omdat deze werknemer op grond van de Ziektewet wel verzekerd is, zij het met beperkte aanspraken op ziekengeld.^[78]

Loon dat een maximum van tweemaal het maximumdagloon per werknemer, ofwel € 9.538, te boven gaat, blijft voor de berekening van de hoogte van de subsidie buiten toepassing.^[79]

8 Vaststelling subsidie

Bij de vaststelling van de subsidie (als het ware de 'afrekening' van het voorschot) wordt in beginsel uitgegaan van dezelfde formule als bij de subsidieverlening (het voorschot), zij het dat:

- wordt uitgegaan van de daadwerkelijke omzetsdaling;
- op de loonsom over januari 2020 zoals die bij de subsidieverlening (het voorschot) in aanmerking is genomen, een aantal correcties wordt aangebracht.

De formule voor de berekening van de vaststelling van de subsidie bedraagt dan:

A (omzetsdaling) x B (gecorrigeerde loonsom) x 3 (maanden) x 1,3 (forfaitaire opslag) x 0,9 (90% subsidie).^[80]

8.1 Correcties op loonsom januari 2020

De correcties op de loonsom vinden achteraf plaats omdat ervoor gekozen is om bij de verlening van de subsidie vanwege de gewenste spoed nog uit te gaan van de loonsom over januari 2020 zonder dat die correcties zijn aangebracht.^[81] Het gaat om de volgende correcties:

- Vermindering van de loonsom met het bedrag van uitkeringen van werknemersverzekeringen die het UWV in het gehanteerde loonaangiftetijdvak via de werkgever heeft uitbetaald.^[82] Voorbeelden van uitkeringen van werknemersverzekeringen die door de werkgever (kunnen) worden betaald zijn hierboven genoemd onder 'loonsom'. Deze uitkeringen moeten uit de loonsom worden geëlimineerd omdat zij niet op de werkgever drukken. De uitkeringen die de werkgevers via de loonstrook aan de werknemer betalen,

worden immers door het UWV aan de werkgevers vergoed.

- Vermindering van de loonsom met uitbetaling van vakantietoeslag in het gehanteerde loonaangiftetijdvak (tenzij de werkgever niet voor betaling van vakantietoeslag reserveerde).^[83] Voor de betaling van de vakantietoeslag is de werkgever al gefaciliteerd door de 30% forfaitaire opslag op het loon bij de berekening van de hoogte van de subsidie, zodat de uitbetaling van de vakantietoeslag niet nog eens tot een hogere subsidie dient te leiden.
- Vermenigvuldigen van de loonsom met 0,926 (100/108) als de werkgever niet voor betaling van vakantietoeslag reserveerde maar steeds direct uitbetaalde, zoals bij oproepkrachten vaak het geval is.^[84] Ook hier is de reden dat de werkgever al voor de betaling van de vakantietoeslag is gefaciliteerd door de 30% forfaitaire opslag op het loon bij de berekening van de hoogte van de subsidie, zodat de uitbetaling van de vakantietoeslag niet nog eens tot een hogere subsidie dient te leiden.
- Eventuele aanpassing van de maximering van het loon op € 9.538 in verband met de toepassing van het bovenstaande.

8.1.1 Voorbeelden

Een werkgever in de horeca met een loonsom over de maand januari 2020 van € 100.000 verwachtte een omzetsdaling van 100%. Zoals hierboven is aangegeven leidde dat tot de verlening van een subsidie van € 351.000 en de betaling van een voorschot van € 280.800.

De uiteindelijke omzetsdaling was 95%.

De helft van de loonsom van € 100.000 bestond uit oproepkrachten aan wie de vakantietoeslag direct bij het loon werd uitbetaald. Het deel van de loonsom waarbij dit het geval is, wordt nader vastgesteld op € 50.000 x 0,926 (100/108) = € 46.300. Om die vakantietoeslag uit de loonsom te elimineren wordt het loon verminderd met: € 50.000 - € 46.300 = € 3.700. Daarnaast is in de loonsom over januari een bedrag aan uitkering wegens zwangerschaps- en bevallingsverlof begrepen van € 1.300 zodat de loonsom in totaal met € 5.000 wordt gecorrigeerd. De subsidievaststelling geschiedt dan als volgt:

<i>Percentage daadwerkelijke omzetsdaling (A)</i>	95%
<i>Gecorrigeerde loonsom januari 2020 (B)</i>	€ 95.000
<i>Forfaitaire opslag (30%)</i>	1,3
<i>Subsidiepercentage (90%)</i>	0,9

Vast te stellen subsidie o.g.v. art. 7 lid 1 NOW:

$A \times B \times 3 \times 1,3 \times 0,9$	€ 316.777
<i>Af: betaalde voorschot (80%)</i>	€ 280.800
<i>Te ontvangen</i>	€ 35.977

Voor dezelfde werkgever met dezelfde loonsom en met dezelfde correcties op die loonsom die een omzetsdaling van 35% verwachtte en een daadwerkelijke omzetsdaling realiseerde van 30% en voor wie daarom de subsidie werd vastgesteld op € 122.850 leidend tot de betaling van een voorschot van € 98.280 geschiedt de vaststelling van de subsidie dan als volgt:

<i>Percentage daadwerkelijke omzetsdaling (A)</i>	30%
<i>Gecorrigeerde loonsom januari 2020 (B)</i>	€ 95.000
<i>Forfaitaire opslag (30%)</i>	1,3
<i>Subsidiepercentage (90%)</i>	0,9

Vast te stellen subsidie o.g.v. art. 7 lid 1 NOW:

$A \times B \times 3 \times 1,3 \times 0,9$	€ 100.035
<i>Af: betaalde voorschot (80%)</i>	€ 98.280
<i>Te ontvangen</i>	€ 1.755,00

8.2 Verlagen van de subsidie

Bij de vaststelling van de subsidie worden verder in voorkomend geval nog twee verlagingen toegepast. Anders dan de bovengenoemde correcties vinden deze verminderingen van de subsidie plaats zonder dat deze gecorrigeerd worden voor het percentage van de omzetsdaling. Het gaat dan om verlaging van de subsidie in verband met:

- daling van de loonsom;
- het aanvragen van ontslag op bedrijfseconomische gronden.

8.2.1 Daling van de loonsom

Als de loonsom over de periode van 1 maart 2020 – 31 mei 2020 lager is dan driemaal het loon waarover het voorschot is berekend (in beginsel dus driemaal het loon over de maand januari

2020), dan wordt de subsidie verlaagd met dat verschil x 1,3 (forfaitaire opslag) x 0,9 (90% subsidie).^[85] De berekening van het bedrag waarmee de subsidie wordt verlaagd, gebeurt aan de hand van de volgende formule:

$(B \text{ (loonsom waarover het voorschot is berekend} \times 3 \text{ (maanden)} - C \text{ (loonsom over de periode van 1 maart 2020 - 31 mei 2020)} \times 1,3 \text{ (werkgeverslasten)} \times 0,9 \text{ (90\% subsidie)})$.^[86]

Indien de werkgever loonaangifte doet per tijdvak van vier weken wordt het te corrigeren loon verhoogd met 8,33% (13/12).^[87] De loonsom over de periode van 1 maart 2020 – 31 mei 2020 wordt daarbij vastgesteld op basis van de aangiften loonheffing en de aanvullingen daarop tot 19 juli 2020.^[88] Correctie van de loonsom ten nadele van de werkgever blijft ook dan echter mogelijk.^[89] Een verhoging van de subsidie in het geval dat de loonsom over de maanden maart tot en met mei 2020 hoger zou zijn dan driemaal het loon waarover het voorschot is berekend, bijvoorbeeld omdat voorafgaand aan de omzetsdaling al werknemers waren aangenomen die na januari 2020 in dienst zijn gekomen, is niet mogelijk.

8.2.1.1 Voorbeelden

Een werkgever in de horeca met een loonsom over de maand januari 2020 van € 100.000 verwachtte een omzetsdaling van 100%. Zoals hierboven is aangegeven leidde dat tot de verlening van een subsidie van € 351.000 en de betaling van een voorschot van € 280.800.

Er zijn geen correcties op de loonsom. De uiteindelijke omzetsdaling was inderdaad 100%.

De helft van de loonsom van € 100.000 bestond uit oproepkrachten die de werkgever niet heeft doorbetaald.

De subsidievestigstelling geschiedt dan als volgt:

<i>Percentage daadwerkelijke omzetsdaling (A)</i>	<i>100%</i>
<i>Loonsom januari 2020, geen correcties (B)</i>	<i>€ 100.000</i>
<i>Loonsom maart-mei 2020 (C)</i>	<i>€ 150.000</i>
<i>Forfaitaire opslag (30%)</i>	<i>1,3</i>
<i>Subsidiepercentage (90%)</i>	<i>0,9</i>

Vast te stellen subsidie o.g.v. art. 7 lid 1 NOW:

$$A \times B \times 3 \times 1,3 \times 0,9 \quad \quad \quad \text{€ 351.000}$$

Verlaging i.v.m. daling loonsom o.g.v. art. 7 lid 2 NOW:

$(B \times 3 - C) \times 1,3 \times 0,9$	- € 175.500
Subsidie	€ 175.500
Af: betaalde voorschot (80%)	€ 280.800
Terug te betalen	- € 105.300

Voor dezelfde werkgever met dezelfde loonsom en met dezelfde daling van de loonsom (maar zonder correcties op de loonsom) die een omzetsdaling van 35% verwachtte en inderdaad een daadwerkelijke omzetsdaling realiseerde van 35% en voor wie daarom de subsidie werd vastgesteld op € 122.850 leidend tot de betaling van een voorschot van € 98.280 geschiedt de vaststelling van de subsidie bij een daling van de loonsom met eveneens 35% (€ 105.000) dan als volgt:

Percentage daadwerkelijke omzetsdaling (A)	35%
Loonsom januari 2020, geen correcties (B)	€ 100.000
Loonsom maart-mei 2020 (C)	€ 195.000
Forfaitaire opslag (30%)	1,3
Subsidiepercentage (90%)	0,9

Vast te stellen subsidie o.g.v. art. 7 lid 1 NOW:

$A \times B \times 3 \times 1,3 \times 0,9$	€ 122.850
<i>Verlaging i.v.m. daling loonsom op grond van art. 7 lid 2 NOW:</i>	
$(B \times 3 - C) \times 1,3 \times 0,9$	- € 122.850
Subsidie	€ 0
Af: betaalde voorschot (80%)	€ 98.280
Terug te betalen	- € 98.280

Een daling van de loonsom leidt aldus tot een verlaging van de subsidie, die niet wordt gecorrigeerd voor het percentage van de omzetsdaling. Zeker bij uiteindelijke omzetsdalingen van minder dan 100% zal de vaststelling van de subsidie daarom al snel leiden tot een

verplichting tot gedeeltelijke of zelfs gehele terugbetaling.

8.2.2 Ontslag op bedrijfseconomische gronden

Als de werkgever na 17 maart 2020 en tot en met 31 mei 2020 ontslag op bedrijfseconomische gronden heeft aangevraagd^[90] en deze ontslagaanvraag niet binnen vijf werkdagen na de inwerkingtreding van de regeling (op 1 april 2020) of binnen vijf werkdagen na het indienen van de ontslagaanvraag heeft ingetrokken,^[91] dan wordt de subsidie verlaagd met 450% (3 maanden x 150%) van het loon van de betreffende werknemer(s) in het loonaangiftetijdvak dat is gehanteerd voor de verlening van de subsidie (in beginsel dus het loon over de maand januari 2020) x 1,3 (forfaitaire opslag) x 0,9 (90% subsidie)).

Het bedrag waarmee de subsidie wordt verlaagd wordt berekend aan de hand van de volgende formule:

D (loon van de werknemer over de maand januari 2020 of ander gehanteerd loonaangiftetijdvak) x 1,5 (150%) x 3 (maanden) x 1,3 (werkgeverslasten) x 0,9 (90% subsidie).

Ontslag op andere dan bedrijfseconomische gronden en een beëindiging met wederzijds goedvinden op bedrijfseconomische gronden leiden niet tot deze correctie. Het is niet van belang of de ontslagaanvraag uiteindelijk is gehonoreerd of niet.^[92] Van belang is alleen of er een ontslagaanvraag op bedrijfseconomische gronden is gedaan die niet binnen vijf werkdagen is ingetrokken.

8.2.2.1 Voorbeelden

Een werkgever in de horeca met een loonsom over de maand januari 2020 van € 100.000 verwachtte een omzetsdaling van 100%. Zoals hierboven is aangegeven leidde dat tot de verlening van een subsidie van € 351.000 en de betaling van een voorschot van € 280.800.

Er zijn geen correcties op de loonsom. De loonsom over de periode van maart-mei 2020 was niet lager dan die in januari 2020. De uiteindelijke omzetsdaling was inderdaad 100%.

Eind april ziet de werkgever zich echter gedwongen om ontslag op bedrijfseconomische gronden aan te vragen voor werknemers met een gezamenlijke loonsom in januari 2020 van € 10.000. De ontslagaanvraag wordt niet binnen vijf werkdagen ingetrokken.

De subsidievaststelling geschiedt dan als volgt:

Percentage daadwerkelijke omzetsdaling (A) 100%

Loonsom januari 2020, geen correcties (B) € 100.000

Loonsom maart-mei 2020, niet gedaald (C) € 300.000

Loonsom van werknemers over januari 2020 waarvoor

ontslag op bedrijfseconomische gronden

is aangevraagd (D) € 10.000

Forfaitaire opslag (30%) 1,3

Subsidiepercentage (90%) 0,9

Vast te stellen subsidie o.g.v. art. 7 lid 1 NOW:

$A \times B \times 3 \times 1,3 \times 0,9$ € 351.000

Verlaging i.v.m. ontslag op bedrijfseconomische gronden

(art. 7 lid 5 NOW): $D \times 1,5 \times 3 \times 1,3 \times 0,9$ - € 52.650

Subsidie € 298.350

Af: betaalde voorschot (80%) € 280.800

Te ontvangen € 17.550

Voor dezelfde werkgever met dezelfde loonsom die dezelfde ontslagaanvraag indient (eveneens zonder correcties op de loonsom en zonder daling van de loonsom), maar die een omzetsdaling van 35% verwachtte en inderdaad ook een daadwerkelijke omzetsdaling realiseerde van 35% en voor wie de subsidie werd vastgesteld op € 122.850, leidend tot de betaling van een voorschot van € 98.280, geschiedt de vaststelling van de subsidie dan als volgt:

Percentage daadwerkelijke omzetsdaling (A) 35%

Loonsom januari 2020, geen correcties (B) € 100.000

Loonsom maart-mei 2020 (C) € 300.000

Loonsom van werknemers over januari 2020 waarvoor

ontslag op bedrijfseconomische gronden

is aangevraagd (D) € 10.000

<i>Forfaitaire opslag (30%)</i>	1,3
<i>Subsidiepercentage (90%)</i>	0,9
<i>Vast te stellen subsidie o.g.v. art. 7 lid 1 NOW:</i>	
$A \times B \times 3 \times 1,3 \times 0,9$	€ 122.850
<i>Verlaging i.v.m. ontslag op bedrijfseconomische gronden</i>	
<i>(art. 7 lid 5 NOW): $D \times 1,5 \times 3 \times 1,3 \times 0,9$</i>	- € 52.650
<i>Subsidie</i>	€ 70.200
<i>Af: betaalde voorschot (80%)</i>	€ 98.280
<i>Terug te betalen</i>	- € 28.080

Een ingediende en niet binnen vijf werkdagen ingetrokken ontslagaanvraag op bedrijfseconomische gronden leidt aldus eveneens tot een verlaging van de subsidie, die niet wordt gecorrigeerd voor het percentage van de omzetsdaling. Naarmate de omzetsdaling lager is, zal de verlaging van de subsidie die het gevolg is van de ontslagaanvraag dus verhoudingsgewijs groter zijn.

Voor wat betreft de vermindering wegens het aanvragen van ontslag op bedrijfseconomische gronden is de NOW juist met dat doel bij besluit van de Minister van 3 april 2020 gewijzigd om te voorkomen dat de 'verhoging met 50%' die onderdeel uitmaakt van de correctie van de subsidie geheel, gedeeltelijk of zelfs meer dan geheel teniet kan worden gedaan door de hoogte van het omzetverlies. De Minister merkt in dat besluit op dat deze wijze van vermindering van de subsidie past bij de oproep om, indien mogelijk, ook werknemers met een flexibel contract door te betalen.

8.3 Terugbetalingsverplichting

De kans bestaat dat de vaststelling van de subsidie in een relatief groot aantal gevallen niet leidt tot een nabetaling, maar tot een terugbetalingsverplichting. De subsidie kan bij de vaststelling van de subsidie uiteindelijk lager worden vastgesteld als gevolg van (een combinatie van) de volgende factoren:

- correctie van de loonsom van januari 2020 (zie hierboven onder 8.1);
- een daadwerkelijke omzetsdaling die lager is dan de verwachte omzetsdaling (zie hierboven onder 8);

- een daling van de loonsom over de maanden maart – mei 2020 ten opzichte van driemaal de loonsom over de maand januari 2020 (zie hierboven onder 8.2.1);
- het doen van een ontslag aanvraag op bedrijfseconomische gronden (zie hierboven onder 8.2.2).

Werkgevers dienen zich van deze mogelijkheid terdege bewust te zijn om te voorkomen dat zij door de verlening van de NOW-subsidie aanvankelijk dan weliswaar in financiële zin op de been worden gehouden maar uiteindelijk door de terugbetalingsverplichting die ontstaat bij de vaststelling van de subsidie alsnog worden gevelde.

Overigens kan van de bovengenoemde factoren alleen een daadwerkelijke omzetsdaling die hoger is dan de verwachte omzetsdaling leiden tot een hogere vaststelling van de subsidie.

9 Oproepkrachten

Veel werkgevers vragen zich af in hoeverre zij gehouden zijn te voldoen aan de oproep van de regering om oproepkrachten zo veel mogelijk in dienst te houden en de verplichting om de loonsom zo veel mogelijk gelijk te houden en wat de consequenties zijn als zij dat niet doen. Zelfs bij een volledig omzetverlies is de loonkostensubsidie maar 90% terwijl het loon volledig zou moeten worden doorbetaald. Veel werkgevers zullen naast loonkosten nog vaste lasten hebben die het voor hen moeilijk maken om te voldoen aan de oproep om oproepkrachten volledig door te betalen.

Die consequenties kunnen zich op twee manieren voordoen:

- consequenties voor de hoogte van de subsidie;
- consequenties in de verhouding tot de oproepkracht.

9.1 Consequenties voor de hoogte van de subsidie

Het niet doorbetalen van het loon van de oproepkrachten en het (dus) niet zo veel mogelijk gelijk houden van de loonsom^[93] levert geen weigeringsgrond voor de subsidie op.^[94] Het UWV kan een te veel betaald voorschot geheel of gedeeltelijk terugvorderen,^[95] maar de gevolgen zullen zich vooral voordoen bij de vaststelling van de subsidie.^[96] De gedaalde loonsom leidt bij de vaststelling van de subsidie tot een vermindering van de subsidie die niet wordt vermenigvuldigd met het percentage van de omzetsdaling. Zie de voorbeelden onder 8.2.1.1. Maar ongeacht het percentage van het omzetverlies zal de daling van de subsidie steeds minder geld kosten dan de daling van de loonsom, omdat de loonsom maar voor 90% wordt gesubsidieerd en de daling van de loonsom en de daling van de subsidie gelijk opgaan.

9.1.1 Voorbeelden

Uit de voorbeelden onder 8.2.1.1 blijkt dat de daling van de loonsom met 50% (in maart tot en met mei 2020 ten opzichte van driemaal de loonsom over januari 2020) leidde tot een verlaging van de subsidie met € 175.500 voor zowel de werkgever met een omzetsdaling met 100% als voor de werkgever met een omzetsdaling van 35%.

Als de bespaarde loonsom van € 150.000 voor de vergelijking wordt vermenigvuldigd met een forfaitaire opslag van 30% (hetgeen redelijk is omdat ook over het loon van oproepkrachten werkgeverslasten, werkgeversaandeel in de pensioenpremie en vakantietoeslag moet worden betaald) zijn de bespaarde loonkosten voor de werkgever met de omzetsdaling van 100% € 195.000 en is de bespaarde loonsom van € 105.000 voor de werkgever met de omzetsdaling van 35% € 136.500.

De werkgever met de omzetsdaling van 100% bespaart zich na aftrek van de subsidie van € 175.000 nog € 19.500, wat overeenkomt met de 10% van het loon die hij niet gesubsidieerd krijgt. De werkgever met de omzetsdaling van 35% verliest door het niet uitbetalen van de oproepkrachten de gehele subsidie van € 122.850 maar bespaart eveneens nog steeds 10% van het loon dat hij niet gesubsidieerd krijgt, ofwel € 13.650.

Het bovenstaande is overigens anders als de daling van de loonsom wordt geëffectueerd na een ontslagaanvraag op bedrijfseconomische gronden dat niet binnen vijf werkdagen is ingetrokken, omdat de loonsom dan 50% extra wordt verlaagd.^[97] Zie de voorbeelden onder 8.2.2.1. De daling van de subsidie is dan veel hoger dan de daling van de subsidie, maar bij oproepkrachten zal niet snel worden gekozen voor een ontslagaanvraag op bedrijfseconomische gronden.

9.2 Consequenties in de verhouding tot de oproepkracht

Het niet betalen van het loon van de oproepkrachten roept de vraag op of deze oproepkrachten betaling van het loon zouden kunnen afdwingen.

Werknemers hebben ook als zij niet werken recht op betaling van loon, tenzij het niet werken in redelijkheid voor rekening van de werknemer dient te komen.^[98] De coronacrisis is natuurlijk geen reden die in redelijkheid voor rekening van de werknemer dient te komen en dus heeft de werknemer die als gevolg van de coronacrisis niet werkt (bijvoorbeeld omdat het bedrijf moest sluiten) recht op loon.

Van deze regel kan bij schriftelijke overeenkomst worden afgeweken, maar alleen gedurende de eerste zes maanden.^[99] Deze periode van zes maanden kan bij cao worden verlengd, maar

alleen als het gaat om functies waarvan de werkzaamheden incidenteel van aard zijn en die geen vaste omvang hebben.^[100] ^[101]

Deze afwijkingen zijn de basis voor oproepovereenkomsten (met name: nulurencontracten). Dat betekent dat deze wettelijke basis als regel na de eerste zes maanden vervalt. Vanaf dat moment hebben werknemers recht op loon als zij niet werken, door een andere oorzaak dan een oorzaak die in redelijkheid voor hun rekening behoort te komen. Om de omvang van die loonvordering te bepalen kunnen zij desgewenst een beroep doen op het rechtsvermoeden betreffende de omvang van de arbeidsovereenkomst.^[102] De omvang van die arbeidsovereenkomst wordt dan geacht gelijk te zijn aan die in enige door de werknemer aangewezen voorafgaande periode van drie maanden. De werkgever kan daarbij tegenbewijs leveren. De vraag is of dat tegenbewijs alleen betrekking kan hebben op de gekozen referentieperiode van drie maanden of ook op de vraag of de werknemer recht heeft op loon. In de jurisprudentie wordt daarover verschillend geoordeeld.

In het algemeen kan echter worden gezegd dat de rechter snel bereid zal zijn om aan een werknemer met een oproepovereenkomst na het verstrijken van de eerste zes maanden recht op loon toe te kennen als er als gevolg van de coronacrisis niet gewerkt wordt. De mogelijkheid van subsidiëring van de loonkosten van ook deze werknemer onder de NOW zal de rechter alleen maar in dit oordeel sterken.

Sinds 1 januari 2020 is de werkgever verplicht om steeds als de oproepovereenkomst twaalf maanden heeft geduurd binnen een maand een aanbod te doen voor een vaste arbeidsomvang die ten minste gelijk is aan de gemiddelde omvang van de arbeid in de voorafgaande periode van twaalf maanden.^[103] Als dit aanbod niet is gedaan heeft de werknemer in elk geval recht op loon over de vaste arbeidsomvang die aangeboden had moeten worden.^[104] Als de werknemer wel een aanbod voor een vaste arbeidsomvang heeft gehad, maar dit aanbod niet heeft aanvaard of zelfs heeft afgewezen, dan kan de werknemer nog steeds recht op loon claimen, omdat de coronacrisis geen oorzaak is voor het niet werken die in redelijkheid voor zijn risico dient te komen. Ook kan de werknemer dan nog steeds een beroep doen op het rechtsvermoeden betreffende de omvang van de arbeidsduur. En ook dan geldt dat de rechter snel geneigd zal zijn die loonvordering toe te kennen in de wetenschap dat de werkgever de loonkosten onder de NOW gesubsidieerd had kunnen krijgen.

Van belang is ook dat in de toelichting op de NOW^[105] is vermeld dat werknemers met een flexibele arbeidsomvang op grond van de wet (voor zover zij geen succesvol beroep kunnen doen op het rechtsvermoeden van arbeidsomvang) alleen recht op loon hebben voor het minimumaantal uren dat vast is overeengekomen en voor zover de loondoorbetalingsplicht niet is uitgesloten. Voor werknemers die wel een beroep kunnen doen op het

rechtsvermoeden betreffende de arbeidsomvang en waarvan de loondoorbetalingsplicht niet (rechtsgeldig) is uitgesloten, wordt in de toelichting op de NOW dus uitgegaan van recht op doorbetaling van loon.

De conclusie is dat er voor oproepkrachten na de eerste zes maanden van de arbeidsovereenkomst goede mogelijkheden liggen om betaling van loon bij de rechter af te dwingen. Net als voor de coronacrisis is de vraag eigenlijk alleen of oproepkrachten ook recht op loon zullen claimen als zij door de coronacrisis niet werken.

9.3 Dilemma

Kijkend naar de gevolgen voor de subsidie onder de NOW is de conclusie dat werkgevers altijd voordeliger uit zijn door het loon van de oproepkrachten niet door te betalen omdat nu eenmaal maar 90% van de loonkosten wordt gesubsidieerd. Daartegenover staat dat oproepkrachten die door de coronacrisis niet worden opgeroepen, goede perspectieven hebben om de loondoorbetaling in rechte af te dwingen, zodra zij langer dan zes maanden in dienst zijn.

Werkgevers dienen er rekening mee te houden dat de loonkosten die zij eventueel alsnog moeten voldoen omdat oproepkrachten die betaling alsnog weten af te dwingen, niet voor subsidie in aanmerking komen als daarover pas op of na 19 juli 2020 aangifte loonheffing wordt gedaan.^[106] Weliswaar is het mogelijk om door middel van correctieberichten achteraf alsnog aangifte te doen van loon dat alsnog is betaald over de subsidieperiode (maart, april en mei 2020), maar op of na 19 juli 2020 ingezonden correctieberichten worden niet meer in aanmerking genomen voor de vaststelling van de subsidie, tenzij deze leiden tot een verlaging van de subsidie.

Als een werkgever besluit om het loon van de oproepkrachten niet door te betalen en vervolgens alsnog op of na 19 juli 2020 wordt verplicht om het loon te betalen, dan moet dus wel loon worden betaald en is er geen recht op subsidie. Zie daar het dilemma waar werkgevers voor staan als zij moeten besluiten over het al dan niet doorbetalen van het loon van oproepkrachten.

10 Ten slotte

Het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en het UWV komt lof toe voor het feit dat het zo snel een regeling heeft weten op te tuigen respectievelijk uit te voeren, die in grote lijnen goed lijkt te functioneren. Als buiten beschouwing wordt gelaten dat de NOW er niet in slaagt om maatwerk te bieden voor alle werkgevers in alle denkbare situaties (een gevolg dat door de Minister op voorhand is erkend en aanvaard), moet worden geconstateerd dat de

NOW als wetgevingsproduct goed in elkaar steekt. Met name de verhouding tussen de subsidieverlening in artikel 10 en de subsidievaststelling in artikel 7 vergt aanvankelijk weliswaar enige tijd om goed te doorgronden, maar uiteindelijk klopt deze wel. Het UWV komt hulde toe voor het feit dat het mogelijk is gebleken om in korte tijd een website te bouwen die een groot aantal aanvragen in korte tijd kon verwerken en voor het feit dat reeds drie dagen nadat aanvraag mogelijk was de eerste voorschotten konden worden betaald. Maar het UWV wacht nog een zware taak als het gaat om het vaststellen van alle subsidies. Waar bij de verlening van de subsidies de deur wijd open is gezet om iedere werkgever in financiële nood snel van een voorschot te kunnen voorzien, zal bij de vaststelling van de subsidie het controlewerk nog moeten plaatsvinden. Dat controlewerk zal ongetwijfeld niet alleen leiden tot veel werk voor het UWV, maar ook nog wel tot discussie met het UWV.

Hierboven is aangegeven dat voor werkgevers ook gemakkelijk terugbetalingsverplichtingen kunnen ontstaan. Voor arbeidsrechtjuristen en andere lezers van AR Updates is daarbij de schone taak weggelegd om werkgevers hiervoor tijdig te waarschuwen.

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

advocaat te Tilburg.

[1] Regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 31 maart 2020, 2020-00000466302020-0000046763, tot vaststelling van een Tijdelijke subsidieregeling tegemoetkoming in de loonkosten in verband met het coronavirus (Tijdelijke noodmaatregel overbrugging voor behoud van werkgelegenheid), *Stcrt.* 1 april 2020, 19874. Gewijzigd bij Regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 3 april 2020, 2020-0000048664, tot wijziging van de Tijdelijke noodmaatregel overbrugging voor behoud van werkgelegenheid, *Stcrt.* 3 april 2020, 20561.

[2] Brief van de Minister van Economische Zaken en Klimaat, de Minister van Financiën, de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, de Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat en de Staatssecretaris van Financiën - Fiscaliteit en Belastingdienst aan de Tweede Kamer van 17 maart 2020 (Noodpakket banen en economie), *Kamerstukken I* 2019/20, 35420, A.

[3] Art. 13 NOW.

[4] Art. 13 onder a NOW.

[5] Toelichting NOW, par. 11 onderdeel a.

[6] Art. 13 onder b NOW.

[7] Art. 8 lid 1 NOW.

[8] Art. 8 lid 7 NOW.

[9] Art. 8 lid 2 NOW.

[10] Art. 8 lid 3 NOW.

[11] Art. 8 lid 4 onder a NOW.

[12] Art. 8 lid 4 onder b NOW.

[13] Art. 8 lid 4 onder c NOW.

[14] Art. 8 lid 4 onder d NOW.

[15] Art. 8 lid 4 onder e NOW.

[16] Art. 8 lid 8 NOW.

[17] Art. 9 lid 1 NOW.

[18] Art. 9 lid 2 onder a NOW.

[19] Art. 9 lid 2 onder b NOW.

[20] Art. 9 lid 2 onder c NOW.

[21] Art. 9 lid 2 onder d NOW.

[22] Art. 11 lid 1 NOW.

[23] Art. 11 lid 2 NOW.

[24] Art. 11 lid 3 NOW.

[25] Toelichting NOW, par. 9.

[26] Brief van Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aan de Tweede Kamer van 10 april 2020 (Schriftelijk verslag Tijdelijke noodmaatregel overbrugging voor behoud van werkgelegenheid), met antwoorden op vragen van de vaste Kamercommissie voor Sociale Zaken en Werkgelegenheid.

- [27] Art. 14 lid 1 NOW.
- [28] Art. 14 lid 2 onder a NOW.
- [29] Art. 14 lid 2 onder b NOW
- [30] Art. 14 lid 2 onder c NOW.
- [31] Art. 14 lid 4 NOW.
- [32] Art. 8 lid 1 NOW.
- [33] Art. 1 lid 1 NOW jo. art. 1 onder q of r Wet financiering sociale verzekeringen.
- [34] Zie art. 9-13 WW.
- [35] Zie art. 9-13 ZW.
- [36] Zie art. 11 WIA.
- [37] Zie art. 8-12 WAO.
- [38] Art. 8 lid 5 NOW.
- [39] Art. 8 lid 5 NOW.
- [40] Art. 11 lid 2 NOW.
- [41] Art. 10 lid 1 NOW.
- [42] Toelichting op de NOW, par. 4.
- [43] Art. 10 lid 2 NOW.
- [44] Art. 10 lid 3 NOW.
- [45] Art. 10 lid 4 NOW.
- [46] Art. 10 lid 3 NOW.
- [47] Toelichting op de NOW, par. 4.
- [48] Toelichting op de NOW, par. 4.
- [49] Art. 10 lid 5 NOW.

[50] Art. 1 lid 2 NOW.

[51] Toelichting op de NOW, par. 7.

[52] Art. 2:377 lid 6 BW.

[53] Toelichting op de NOW, par. 7.

[54] Art. 4 NOW.

[55] Art. 6 lid 1 jo. art. 8 lid 4 onder c NOW.

[56] Toelichting op de NOW, par. 3.

[57] Art. 8 lid 4 onder b NOW.

[58] Art. 6 lid 2 onder a NOW.

[59] Art. 6 lid 2 onder b NOW.

[60] Al lijkt de Minister in antwoord op vragen van de leden van de CDA-fractie van de Tweede Kamer ervan uit te gaan dat ook de eerste kalendermaand van de bedrijfsuitoefening nog meetelt, in welk geval ook een aanvang van de bedrijfsuitoefening in de loop van de maand februari 2020 nog voldoende zou zijn om een subsidie te kunnen verkrijgen. Brief van Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aan de Tweede Kamer van 10 april 2020 (Schriftelijk verslag Tijdelijke noodmaatregel overbrugging voor behoud van werkgelegenheid), met antwoorden op vragen van de vaste Kamercommissie voor Sociale Zaken en Werkgelegenheid, p. 9.

[61] Toelichting op de NOW, par. 6.

[62] Brief van Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aan de Tweede Kamer van 10 april 2020 (Schriftelijk verslag Tijdelijke noodmaatregel overbrugging voor behoud van werkgelegenheid), met antwoorden op vragen van de vaste Kamercommissie voor Sociale Zaken en Werkgelegenheid.

[63] Toelichting op de NOW, par. 6.

[64] Art. 5 Handelsregisterwet.

[65] Art. 6 Handelsregisterwet.

[66] Art. 6 lid 3 NOW.

[67] In de zin van art. 2:24b BW.

[68] Art. 6 lid 4 NOW.

[69] Art. 2:406 BW.

[70] In de zin van art. 2:24a BW.

[71] Art. 6 lid 4 NOW.

[72] Art. 1 lid 1 NOW.

[73] Art. 29b ZW.

[74] Art. 29a ZW.

[75] Art. 3:7 Wet arbeid en zorg.

[76] Art. 23 lid 6 WIA.

[77] Art. 7 lid 1 en art. 10 lid 1 jo. art. 1 lid 1 NOW.

[78] Art. 29 lid 5 jo. art. 104 ZW.

[79] Art. 7 lid 1 jo. art. 10 lid 1 onder d NOW.

[80] Art. 7 lid 1 NOW.

[81] Toelichting op de NOW ten aanzien van art. 7 lid 1 en lid 5.

[82] Art. 7 lid 1 onder a NOW.

[83] Art. 7 lid 1 onder c NOW.

[84] Art. 7 lid 1 onder d NOW.

[85] Art. 7 lid 2 NOW.

[86] Art. 7 lid 2 NOW.

[87] Art. 7 lid 3 NOW.

[88] Art. 7 lid 4 NOW.

[89] Toelichting op de NOW ten aanzien van art. 7 lid 4.

[90] Art. 7 lid 5 NOW.

[91] Art. 7 lid 6 NOW.

[92] Toelichting op de NOW, par. 11 onderdeel b.

[93] Art. 13 onder a NOW.

[94] Art. 5 NOW.

[95] Art. 15 NOW.

[96] Art. 14 NOW.

[97] Art. 7 lid 5 NOW.

[98] Art. 7:628 lid 1 BW.

[99] Art. 7:628 lid 5 BW.

[100] Art. 7:628 lid 7 BW.

[101] Afwijkingen ten behoeve van uitzendovereenkomsten blijven hier buiten beschouwing.

[102] Art. 7:610b BW.

[103] Art. 7:628a lid 5 BW

[104] Art. 7:628a lid 8 BW.

[105] Toelichting op de NOW, par. 11.

[106] Art. 7 lid 4 NOW.

RECHTSPRAAK

Inlener komt verhaalsbescherming van 'opzet of bewuste roekeloosheid' toe ex artikel 52b ZW tegenover verhaalsactie eigenrisicodragende uitzendwerkgever.

Feiten

Flexpoint (uitzendwerkgever) heeft werknemer uitgeleend aan Acco. Op 15 april 2011 heeft bij Acco een arbeidsongeval plaatsgevonden waarbij werknemer letsel heeft opgelopen. Het ongeval is niet te wijten aan opzet of bewuste roekeloosheid van Acco. De kern van het geschil gaat om het navolgende: Flexpoint heeft als eigenrisicodrager kosten gemaakt in het kader van de arbeidsongeschiktheid van werknemer. Flexpoint is van mening dat zij op grond van artikel 52a Ziektewet deze kosten op Acco kan verhalen nu Acco de aansprakelijkheid van het bedrijfsongeval heeft erkend. Flexpoint is de mening toegedaan dat het in artikel 52b Ziektewet gestelde dat de verplichting tot schadevergoeding slechts bestaat indien de ongeschiktheid tot werken is te wijten aan opzet of bewuste roekeloosheid van die werkgever uitsluitend van toepassing is op het UWV en niet op de eigenrisicodrager. Acco betwist de redenering van Flexpoint en is van mening dat, nu geen sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid, Flexpoint als eigenrisicodrager kort en goed gezegd dezelfde rechten toekomt als het UWV. De rechtbank en het hof hebben Flexpoint in het ongelijk gesteld.

Conclusie A-G (Assink)

Het bestreden arrest houdt wat de A-G betreft stand in cassatie. Volgens hem dient voor het UWV en een eigenrisicodrager onder artikel 52a ZW en artikel 52b ZW eenzelfde regime te gelden (ook) ten aanzien van een inlener.

Oordeel

De Hoge Raad oordeelt als volgt. De uitkomst hiervan is dat deze klachten niet kunnen leiden tot vernietiging van dat arrest. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klachten is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie art. 81 lid 1 Wet op de rechterlijke organisatie).

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 17-04-2020

ECLI: ECLI:NL:HR:2020:739

Zaaknummer: 19/02439

Rechters: C.A. Streefkerk, M.V. Polak, C.E. du Perron, C.H. Sieburgh en H.M. Wattendorff

Advocaten: M.A.J.G. Janssen

Wetsartikelen: 52b ZW, 6:107a BW en 81 Wet RO

RECHTSPRAAK

Hoge Raad stelt prejudiciële vragen HvJ EU over doorstart bij onafwendbaar faillissement (Heiploeg-zaak).

Feiten

Heiploeg-oud heeft in 2011 en 2012 aanzienlijke verliezen heeft geleden. De Europese Unie heeft op 27 november 2013 aan vier vennootschappen van het concern een boete opgelegd van ruim € 27 miljoen en de banken waaraan alle activa waren overgedragen, waren niet bereid dit bedrag te financieren. Volgens Heiploeg-nieuw betekende dit dat een faillissement van het concern van Heiploeg-oud onafwendbaar was. In de daaropvolgende periode is gekeken naar de mogelijkheid van een doorstart. Drie partijen hebben een bod uitgebracht en van die drie bleek het bod van Parlevliet en Van der Plas Beheer B.V. het hoogst. Met deze vennootschap is verder onderhandeld door de beoogde curatoren. De curatoren in het faillissement van Heiploeg-oud hebben in een door Heiploeg-nieuw in het geding gebrachte verklaring aangegeven dat zij zich in de periode voorafgaand aan het faillissement uitsluitend hebben gericht op de liquidatie van het vermogen van Heiploeg-oud en dat zij in dat kader hebben beoordeeld of een verkoop van de activa 'going concern' in het belang van de schuldeisers was. Pas na de faillietverklaring is uiteindelijk overeenstemming bereikt met Parlevliet en Van der Plas B.V. over de verkoop van de activa ('going concern'). Naar het oordeel van het hof moest uit de hiervoor omschreven omstandigheden worden opgemaakt dat de faillissementsprocedure was ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van Heiploeg-oud. Dat reeds voorafgaand aan het faillissement contacten zijn opgenomen met geïnteresseerde partijen over een verkoop als going concern en daarover vervolgens met één partij onderhandelingen zijn gevoerd doet daaraan niet af. Op die gronden werd het beroep op overgang van onderneming vanwege de Smallsteps-criteria afgewezen. Tegen dit oordeel keert FNV zich in cassatie.

Oordeel

De Hoge Raad oordeelt als volgt.

Overgang van onderneming en faillissement

De overgang van een onderneming valt onder de uitzondering van artikel 5 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG (faillissementsexceptie) als aan drie cumulatieve voorwaarden is voldaan: (1) de vervreemder is verwikkeld in een faillissementsprocedure of in een soortgelijke procedure, die (2) is ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder en (3) onder toezicht staat van een bevoegde overheidsinstantie. Omdat artikel 5 lid 1 van de Richtlijn afwijkt van het hoofddoel van de Richtlijn – bescherming van werknemers, met name door het behoud van hun rechten veilig te stellen bij overgang van een onderneming – moet deze bepaling strikt worden uitgelegd. In het onderhavige geval gaat het om de tweede en derde voorwaarde van artikel 5 lid 1 van de Richtlijn.

Bij de beantwoording van de vraag of een faillissementsprocedure of soortgelijke procedure wordt ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder dan wel met het oog op voortzetting van de activiteit van de onderneming (tweede voorwaarde), is beslissend welk doel met de betrokken procedure wordt beoogd: de liquidatie van het vermogen van de schuldenaar met het oog op uitbetaling aan de gezamenlijke schuldeisers of de voortzetting van de activiteiten van de onderneming. Niet is uitgesloten dat een zekere overlap bestaat tussen de doelen die een bepaalde procedure nastreeft.

De derde voorwaarde die artikel 5 lid 1 van de Richtlijn stelt, is dat de faillissementsprocedure of soortgelijke procedure onder toezicht staat van een overheidsinstantie, die een door een overheidsinstantie gemachtigde curator mag zijn. Indien de gang van zaken voorafgaand aan de daadwerkelijke faillissementsprocedure zodanig is dat elk eventueel toezicht door een bevoegde overheidsinstantie op de faillissementsprocedure grotendeels kan worden uitgehold, is aan deze voorwaarde niet voldaan.

Situatie van overgang van onderneming en faillissement in Nederland

De Hoge Raad overweegt over beide voorwaarden het volgende. Als uitgangspunt heeft te gelden (1) dat de Nederlandse faillissementsprocedure een procedure is die de liquidatie van het vermogen van de schuldenaar beoogt en (2) dat deze procedure onder toezicht staat van een bevoegde overheidsinstantie. De vraag is of dit, zoals uit het Smallsteps-arrest wel is afgeleid, anders is in alle gevallen waarin het faillissement is voorafgegaan door een pre-pack. Het onderscheidende kenmerk van een pre-pack ten opzichte van andere voorafgaand aan een faillietverklaring voorbereide verkooptransacties, is dat zij wordt geobserveerd door een door de rechtbank aangewezen 'beoogd curator' en een 'beoogd rechter-commissaris'.

Indien de curator en de rechter-commissaris voorafgaand aan de faillietverklaring de voorbereidingen voor de overgang van (een deel van) de onderneming hebben geobserveerd, zijn zij op het moment dat het faillissement wordt uitgesproken van de stand van zaken op de

hoogte en kunnen zij dus snel handelen. Hiermee wordt bewerkstelligd dat (een deel van) de onderneming, nadat het faillissement is uitgesproken, niet of slechts kortstondig stil komt te liggen. Dit draagt eraan bij dat bij de overgang van (een deel van) de onderneming de hoogst mogelijke opbrengst voor de schuldeisers kan worden bewerkstelligd. In het algemeen brengt de verkoop van een draaiende onderneming (going concern) immers meer op dan de verkoop van een stilliggende onderneming. Tevens kan verkoop van (een deel van) de onderneming bijdragen aan het behoud van werkgelegenheid, doordat de overnemende partij bereid is een deel van de in de onderneming werkzame personen in dienst te nemen, terwijl verkoop van de afzonderlijke bestanddelen van de onderneming tot een verlies van alle arbeidsplaatsen zou leiden. Uit dit een en ander volgt dat het primaire doel van een pre-pack is om bij de liquidatie van het vermogen van de schuldenaar de hoogst mogelijke uitbetaling aan de gezamenlijke schuldeisers te bereiken en dat de pre-pack daarnaast eraan bijdraagt dat (een deel van) de werkgelegenheid wordt behouden. Verder volgt uit een en ander dat het stelsel van de Faillissementswet erop is gericht te voorkomen dat het overheidstoezicht in de faillissementsprocedure wordt uitgehold door een aan die faillissementsprocedure voorafgaande pre-pack.

Prejudiciële vragen aan HvJ EU

Het voorgaande betekent dat in het onderhavige geval de door faillietverklaring gevolgde pre-pack moet worden aangemerkt als een procedure die de liquidatie van het vermogen van Heiploeg-oud beoogde en die naar het voorlopig oordeel van de Hoge Raad in zoverre onder het toepassingsbereik van de in artikel 5 lid 1 van de Richtlijn bedoelde uitzondering valt. Daarover kan echter – mede gelet op het Smallsteps-arrest – redelijkerwijs twijfel bestaan. De Hoge Raad zal hierop gerichte vragen aan het HvJ EU voorleggen. Het voorgaande betekent ook dat het toezicht door een bevoegde overheidsinstantie waarin de Nederlandse faillissementsprocedure voorziet met de benoeming van een curator en rechter-commissaris, naar het voorlopig oordeel van de Hoge Raad in dit geval niet is uitgehold door de gang van zaken bij de pre-pack voorafgaand aan de faillietverklaring van Heiploeg-oud. Ook hierover kan echter – mede gelet op het Smallsteps-arrest – redelijkerwijs twijfel bestaan, zodat de Hoge Raad een hierop gerichte vraag aan het HvJ EU zal voorleggen.

Verschil met Smallsteps is, dat volgens de Hoge Raad in Smallsteps (a) de Nederlandse faillissementsprocedure en het doel en de inrichting van de pre-pack in het algemeen, niet in volle omvang aan het HvJ EU is voorgelegd, zodat het HvJEU een en ander niet in zijn oordeelsvorming heeft kunnen betrekken.

En (b) is van belang dat in dit geval, anders dan in de zaak die heeft geleid tot het Smallsteps-arrest, de onderhandelingen over de overgang van Heiploeg-oud niet hebben plaatsgevonden

met een aan Heiploeg-oud gelieerde onderneming. Het voorgaande betekent naar het oordeel van de Hoge Raad dat er redelijkerwijs twijfel over kan bestaan of de beoordeling door het HvJ EU in het Smallsteps-arrest die betrekking heeft op (1) het vereiste dat de procedure is ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder en (2) het vereiste dat de procedure onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie staat, ook geldt voor een geval als hier aan de orde. De Hoge Raad stelt daarom prejudiciële vragen.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 17-04-2020

ECLI: ECLI:NL:HR:2020:753

Zaaknummer: 18/04401

Rechters: E.J. Numann, M.V. Polak, C.E. du Perron, C.H. Sieburgh en H.M. Wattendorff

Advocaten: F.M. Dekker en B.I. Kraaijpoel

Wetsartikelen: 7:663 BW, 7:666 BW en Richtlijn 2001/23/EG

RECHTSPRAAK

Uitwerking loonbegrip in Dagloonbesluit niet in strijd met de bedoeling van de Wet WIA.

Feiten

Appellant is van 26 oktober 2010 tot en met 24 januari 2011 werkzaam als pakketbezorger bij BV. Van 1 maart 2011 tot en met 29 februari is hij als planner/sorteerder in dienst van VOF. Op 8 juni 2011 valt appellant wegens ziekte uit voor zijn werkzaamheden. Zijn dienstverband eindigt per 1 maart 2012. Het UWV kent een ZW-uitkering. Aansluitend komt appellant eerst in aanmerking voor een WGA-vervolguitkering en vervolgens kent het UWV hem op basis van een wijziging in zijn gezondheidssituatie met ingang van 29 september 2014 een IVA-uitkering toe. Het dagloon wordt vastgesteld op basis van € 33,52. Het UWV gaat daarbij uit van een referteperiode van 1 juni 2010 tot en met 31 mei 2011. Omdat de eerste dag waarop appellant in deze referteperiode in dienstbetrekking stond, is gelegen op 26 oktober 2010, berekent het UWV het dagloon over de periode van 26 oktober 2010 tot en met 31 mei 2011. Deze periode telt 156 loondagen. Appellant maakt bezwaar tegen de hoogte van het dagloon. Strikte toepassing van het Dagloonbesluit leidt volgens appellant tot een zodanige inkomensdaling dat de bedoeling van de wetgever om op grond van de Wet WIA een inkomen te garanderen van ten minste 70% van het laatstverdiende loon bij een arbeidsongeschiktheidspercentage van 80 tot 100% wordt verlaten. De periode vanaf 26 oktober 2010 tot 1 maart 2011 dient buiten de berekening van het dagloon te worden gelaten, omdat appellant in deze periode op basis van een oproepcontract bij BV slechts een gering aantal dagen feitelijk heeft gewerkt en dus weinig loon heeft ontvangen en daarnaast recht had op (aanvullende) bijstand, welk bedrag niet wordt meegenomen bij de berekening van het dagloon.

Oordeel

De Centrale Raad van Beroep oordeelt als volgt. De voor de bepaling van het dagloon gehanteerde referteperiode van 1 juni 2010 tot en met 31 mei 2011 is niet in geschil. De door het UWV berekende uitkomst van het dagloon met toepassing van artikel 18 van het Dagloonbesluit is als zodanig evenmin bestreden. Appellant meent evenwel dat die toepassing

in zijn geval geen recht doet aan de bedoeling van de wetgever en wenst dat dagen waarop in de referteperiode niet of nauwelijks is gewerkt, buiten beschouwing worden gelaten en alleen werkzaamheden bij VOF worden meegenomen. Zoals de Raad eerder heeft overwogen (zie de uitspraak van 17 januari 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:170) heeft het begrip “de dag waarop de dienstbetrekking is aangevangen” in artikel 18, eerste lid, van het Dagloonbesluit betrekking op de eerste dag van de eerste dienstbetrekking in het refertejaar waaruit de werknemer loon heeft genoten. Het standpunt van appellant dat 1 maart 2011, de dag waarop het dienstverband bij VOF is aangevangen, als eerste dagloondag moet worden aangemerkt komt erop neer, zoals eveneens overwogen in de uitspraak van 17 januari 2018, dat op die datum weer een nieuwe startperiode zou beginnen tijdens het refertejaar. Noch de tekst van artikel 18, eerste lid, van het Dagloonbesluit noch de strekking daarvan biedt daarvoor aanknopingspunten. Het feit dat appellant in de periode van 26 oktober 2010 tot 1 maart 2011 weinig loon en een bijstandsuitkering heeft ontvangen leidt, gelet op de duidelijke tekst van artikel 18 van het Dagloonbesluit, niet tot een ander oordeel. De beroepsgrond van appellant om de berekeningsperiode voor het vaststellen van het dagloon te laten ingaan op 1 maart 2011 kan dan ook niet slagen. De beroepsgrond dat deze toepassing van het Dagloonbesluit in strijd is met de bedoeling van de Wet WIA om bij volledige arbeidsongeschiktheid een uitkering te garanderen van ten minste 70% van het laatst verdiende loon, slaagt niet. Het laatst verdiende loon is blijkens artikel 13, eerste lid, van de Wet WIA, het loon dat de werknemer verdiende in de periode van één jaar voorafgaande aan het aangiftetijdvak waarin de ziekte die tot de arbeidsongeschiktheid heeft geleid, is ingetreden. De uitwerking die aan dit loonbegrip is gegeven in artikel 18 van het Dagloonbesluit, is daarmee niet in strijd.

Instantie: Centrale Raad van Beroep

Datum uitspraak: 15-04-2020

ECLI: ECLI:NL:CRVB:2020:947

Zaaknummer: 17/6161 WIA

Rechters: J.S. van der Kolk, E. Dijt en M.E. Fortuin

Advocaten: M.J.J. Smeets

Wetsartikelen: 18 lid 1 Dagloonbesluit werknemersverzekeringen en 13 lid 1 WIA

RECHTSPRAAK

Het in de referteperiode opgenomen onbetaalde verlof heeft een nadelig gevolg voor het dagloon van appellante in het kader van haar WW-uitkering; geen strijd met bedoeling besluitgever.

Feiten

Appellante is sinds 5 juni 1990 werkzaam bij werkgeefster. In de periode van 1 januari 2016 tot 1 januari 2017 geniet appellante onbetaald verlof. Zij hervat haar werkzaamheden per 1 januari 2017. De arbeidsovereenkomst eindigt met wederzijds goedvinden per 1 mei 2017. Het UWV kent een WW-uitkering toe berekend naar een dagloon van € 144,50. Daarbij is het UWV uitgegaan van een referteperiode van 1 april 2016 tot en met 31 maart 2017. Omdat appellante tot 1 januari 2017 verlof heeft genoten, stelt het UWV met toepassing van artikel 6, tweede lid, van het Dagloonbesluit werknemersverzekeringen (Dagloonbesluit) het inkomen van appellante van de maanden april tot en met december 2016 per maand gelijk met het inkomen van de maand januari 2017. Het in de periode van januari 2017 tot en met maart 2017 opgebouwde bedrag aan eindejaarsuitkering is niet meegenomen bij de bepaling van het dagloon, omdat dit pas na de referteperiode is uitbetaald en als SV-loon is verantwoord. Zowel het bezwaar als beroep wordt ongegrond verklaard. De rechtbank heeft overwogen dat het UWV de niet in de referteperiode genoten eindejaarsuitkering terecht niet in de berekening van het dagloon heeft meegenomen. Bij de vaststelling van het dagloon wordt op grond van artikel 5, eerste lid, van het Dagloonbesluit niet uitgegaan van het opgebouwde bedrag aan eindejaarsuitkering, maar van het bedrag dat in de referteperiode is genoten. De besluitgever heeft er bewust voor gekozen om eventueel opgebouwd extra periodiek salaris, zoals een eindejaarsuitkering, niet mee te nemen in de dagloonberekening zolang dat niet is uitbetaald in de referteperiode. Noch het Dagloonbesluit, noch de WW biedt volgens de rechtbank ruimte om het dagloon van appellante op een andere wijze te berekenen dan is gedaan door het Uwv.

Oordeel

De Centrale Raad van Beroep oordeelt als volgt. Niet in geschil is dat het UWV bij de vaststelling van het dagloon terecht is uitgegaan van de referteperiode van 1 april 2016 tot en

met 31 maart 2017. Evenmin is in geschil dat het UWV bij de vaststelling van het dagloon op juiste wijze toepassing heeft gegeven aan de wet- en regelgeving. Gelet op wat in hoger beroep is aangevoerd, wordt als volgt overwogen. Hieruit blijkt dat de besluitgever bewust voor een situatie waarin verlof is genoten in de referteperiode een uitzondering heeft willen maken op artikel 5, eerste lid, van het Dagloonbesluit en daarvoor in artikel 6 een uitgewerkte regeling heeft getroffen. In het geval zoals dat van appellante, worden de aangiftetijdvakken waarin verlof is genoten op grond van artikel 6, tweede lid, van het Dagloonbesluit vervangen door het aangiftetijdvak direct na afloop van het verlof, in dit geval dus januari 2017. Uit de hiervoor aangehaalde passages uit de nota van toelichting volgt dat de besluitgever er bewust voor heeft gekozen om alleen in de situatie waarin in de referteperiode geen vervangend aangiftetijdvak aanwezig is dat aan de vereisten voldoet, uit te gaan van het overeengekomen loon. Nu bij appellante wel een vervangend aangiftetijdvak in de referteperiode aanwezig is dat aan de vereisten voldoet, kan artikel 6, derde lid, niet aan de orde zijn. De besluitgever heeft ook niet voorzien in een uitzondering op de hoofdregel van artikel 5, eerste lid, van het Dagloonbesluit dat (alleen) het bedrag van de eindejaarsuitkering wordt meegenomen bij de dagloonvaststelling voor zover dat in de referteperiode is uitbetaald. Gelet op het voorgaande kan de beroepsgrond dat de dagloonberekening in de situatie van appellante niet in overeenstemming is met de bedoeling van de besluitgever niet slagen.

Instantie: Centrale Raad van Beroep

Datum uitspraak: 15-04-2020

ECLI: ECLI:NL:CRVB:2020:955

Zaaknummer: 18 4382 WW en 18 4382 WW

Rechters: M.E. Fortuin, E. Dijt en J.S. van der Kolk

Advocaten: A.M. Dielemans-Buiteman

Wetsartikelen: art. 5 Dagloonbesluit, art. 6 Dagloonbesluit en art. 5 Dagloonbesluit

RECHTSPRAAK

Besluit 3/80, gelezen in samenhang met artikel 59 van het Aanvullend Protocol, verzet zich in het concrete geval niet tegen het exportverbod ex artikel 4a van de TW.

Feiten

Appellant is omstreeks 1978 vanuit Turkije naar Nederland gekomen en heeft naast de Turkse ook de Nederlandse nationaliteit verworven. Vanaf 25 december ontvangt appellant een WIA-uitkering naar een mate van arbeidsongeschiktheid van 40,1%. Daarnaast ontvangt appellant met ingang van 11 oktober 2008 een toeslag ingevolg de Toeslagenwet (TW). Vanaf oktober 2014 wordt appellant in verband met medische beperkingen niet meer bemiddelbaar geacht. Theoretisch wordt hij echter nog steeds in staat geacht tot het verrichten van arbeid. Op 27 juli 2015 doet appellant afstand van de Nederlandse nationaliteit. Op 1 september 2015 verhuist appellant met behoud van zijn WIA-uitkering en met remigratievoorzieningen krachtens de Remigratiewet naar Turkije. Als gevolg van de verhuizing naar het buitenland wordt de toeslag conform artikel 4a Toeslagenwet met ingang van 1 september 2015 beëindigd. Appellant meent dat de beëindiging in strijd is met artikel 6 lid 1 Besluit nr. 3/80 van de Associatieraad gelezen in samenhang met artikel 59 Aanvullend Protocol. De rechtbank verklaart het beroep van appellant tegen het bestreden besluit ongegrond. Daartoe overweegt de rechtbank dat appellant slechts gedeeltelijk arbeidsongeschikt is, waardoor hij ten tijde in geding de arbeidsmarkt niet voorgoed had verlaten en op grond van het associatierecht nog een verblijfsrecht in Nederland had. De rechtbank is van oordeel dat appellant hierdoor in een andere positie verkeert dan de Turkse onderdanen op wie het arrest van het Hof van Justitie van 26 mei 2011, zaak C-485/07, ECLI:EU:C:2011:346 (Akdas c.s.) betrekking heeft.

Oordeel

De Centrale Raad van Beroep oordeelt als volgt. De Raad leidt uit de punten 54 tot en met 58 van het arrest Akdas af dat het feit dat appellant de Nederlandse nationaliteit heeft verworven en weer opgegeven, niet met zich meebrengt dat hij geen enkele aanspraak meer kan ontlenen aan het associatierecht. Appellant moet dus worden gevolgd in het feit dat de aanspraken van appellant op basis van het associatierecht, in samenhang met artikel 59 Aanvullend Protocol,

worden beoordeeld. Vastgesteld wordt dat appellant op het moment van zijn vertrek naar Turkije niet volledig en blijvend arbeidsongeschikt was, terwijl ook overigens niet kan worden vastgesteld dat hij niet langer tot de reguliere arbeidsmarkt van Nederland behoorde. Op grond van artikel 6 Besluit 1/80 van de Associatieraad EG/Turkije had appellant dus een verblijfsrecht in Nederland (zie ook de punten 54 en 55 van de beschikking). Uit de punten 55, 59 en 60 van het arrest van 15 mei 2019, zaak C/677/17, ECLI:EU:C:2019:408 (Çoban) blijkt dat voor de toepassing van artikel 59 Aanvullend Protocol de situatie van een Turkse werknemer die een verblijfsrecht in de gastlidstaat heeft op het moment van zijn vertrek uit die lidstaat, moet worden beschouwd als vergelijkbaar met die van een burger van de Unie die in die lidstaat verblijft. Turkse werknemers die een verblijfsrecht in de gastlidstaat hebben, kunnen namelijk net als burgers van de Unie voldoen aan een door het nationale recht van die lidstaat gestelde voorwaarde van verblijf om in aanmerking te komen voor een aanvullende prestatie. Nu het om vergelijkbare situaties gaat, concludeert de Raad dat in het geval van appellant artikel 6, eerste lid, Besluit 3/80, gelezen in samenhang met artikel 59 Aanvullend Protocol zich niet verzet tegen een nationale bepaling als artikel 4a TW. Het Uvw heeft dan ook op grond van artikel 4a TW de toeslag van appellant terecht beëindigd.

Instantie: Centrale Raad van Beroep

Datum uitspraak: 15-04-2020

ECLI: ECLI:NL:CRVB:2020:946

Zaaknummer: 16-3331 WIA

Rechters: M.A.H. van Dalen-van Bekkum

Advocaten: N. Türkkol en A. Anandbahadoer

Wetsartikelen: 9 Associatieovereenkomst, 59 Aanvullend Protocol, 6 Besluit 3/80 van de Associatieraad EG/Turkije en 4a Toeslagenwet

RECHTSPRAAK

Vatsouras/Arbeitsgemeinschaft Nurnberg

De afwijking van het gelijkheidsbeginsel op grond van artikel 24 lid 2 Richtlijn 2004/38/EG moet worden uitgelegd in overeenstemming met artikel 39 lid 2 EG-Verdrag, recht op sociale bijstand, communautair werknemersbegrip.

Vatsouras (van Griekse nationaliteit) is in maart 2006 de Bondsrepubliek Duitsland binnengekomen. Vatsouras heeft op 10 juli 2006 een 'basisuitkering voor werkzoekenden' aangevraagd bij het Arbeitsgemeinschaft Nurnberg (ARGE). Bij besluit van 27 juli 2006 is hem die uitkering toegekend tot en met 30 november 2006. Deze uitkering is verlengd tot 1 juni 2007. Eind januari 2007 is aan de beroepsactiviteit van Vatsouras een einde gekomen. Het ARGE heeft met een beroep op artikel 7 lid 1, tweede volzin, punt 2, SGB II de uitkering per 30 april 2007 stopgezet. De centrale vraag is of Vatsouras als een 'werknemer' in de zin van artikel 39 EG-Verdrag kan worden aangemerkt en indien ja, of artikel 24 lid 2 Richtlijn 2004/38/EG (vrij verkeer van personen), waarin staat opgenomen dat het gastland niet verplicht is een recht op sociale bijstand toe te kennen gedurende de eerste drie maanden of langer verblijf, verenigbaar is met artikel 39 EG-Verdrag.

Het Hof van Justitie EU oordeelt als volgt. De verwijzende rechterlijke instantie heeft vastgesteld dat met 'de korte en onbeduidende' beroepsactiviteit van Vatsouras 'niet in bestaanszekerheid kon worden voorzien' en dat de door Koupatantze (werknemer in gevoegde zaak) uitgeoefende activiteit 'net iets meer dan een maand' heeft geduurd. In dit verband zij eraan herinnerd dat het begrip 'werknemer' in de zin van artikel 39 EG-Verdrag volgens vaste rechtspraak een communautaire inhoud heeft en niet eng mag worden uitgelegd. 'Werknemer' is iedereen die reële en daadwerkelijke arbeid verricht, met uitsluiting van werkzaamheden van zo geringe omvang dat zij louter marginaal en bijkomstig zijn. Volgens deze rechtspraak wordt de arbeidsverhouding daardoor gekenmerkt, dat iemand gedurende een bepaalde tijd voor een ander onder diens gezag prestaties verricht tegen beloning (zie onder meer HvJ EG 3 juli 1986, Lawrie-Blum, zaak C-66/85, Jurispr. blz. 2121, punten 16 en 17, en HvJ EG 11 september 2008, Petersen, zaak C-228/07, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, blz. 45). Noch het geringe niveau van die beloning, noch de herkomst van

de middelen waaruit deze wordt betaald, kunnen gevolgen hebben voor de hoedanigheid van ‘werknemer’ in de zin van het gemeenschapsrecht (zie HvJ EG 31 mei 1989, Bettray, zaak C-344/87, Jurispr. blz. 1621, punt 15, en HvJ EG 30 maart 2006, Mattern en Cikotic, zaak C-10/05, Jurispr. blz. I-3145, punt 22). Het feit dat het inkomen uit een beroepsactiviteit onder het bestaansminimum ligt, belet niet dat de persoon die deze activiteit verricht, kan worden aangemerkt als ‘werknemer’ in de zin van artikel 39 EG-Verdrag (zie HvJ EG 23 maart 1982, zaak C-53/81, Levin, Jurispr. blz. 1035, punten 15 en 16, en HvJ EG 14 december 1995, Nolte, zaak C-317/93, Jurispr. blz. I-4625, punt 19), ook indien de betrokkene de beloning tracht aan te vullen met andere middelen van bestaan, zoals financiële steun die uit de openbare middelen van de woonstaat wordt gefinancierd (zie HvJ EG 3 juni 1986, Kempf, zaak C-139/85, Jurispr. blz. 1741, punt 14). Wat bovendien de duur van de uitgeoefende activiteit betreft, kan de omstandigheid dat een betrekking in loondienst van korte duur is, op zich de toepassing van artikel 48 van het Verdrag niet uitsluiten (zie HvJ EG 26 februari 1992, Bernini, zaak C-3/90, Jurispr. blz. I-1071, punt 16, en HvJ EG 6 november 2003, Ninni-Orasche, zaak C-413/01, Jurispr. blz. I-13187, punt 25). Derhalve kan niet worden uitgesloten dat deze beroepsactiviteit, ongeacht het geringe niveau van de beloning en de korte duur ervan, na globale beoordeling van de betrokken arbeidsverhouding door de nationale autoriteiten als een reële en effectieve activiteit wordt beschouwd en dat de belanghebbende derhalve de hoedanigheid van ‘werknemer’ in de zin van artikel 39 EG-Verdrag krijgt toegekend.

Artikel 24 lid 2 Richtlijn 2004/38/EG derogeert aan het beginsel van gelijke behandeling waarop een beroep kan worden gedaan door andere burgers van de Unie dan werknemers of zelfstandigen of personen die deze status hebben behouden, en hun familieleden, die op het grondgebied van een ontvangende lidstaat verblijven. Volgens deze bepaling is het gastland niet verplicht een recht op sociale bijstand toe te kennen aan onder meer werkzoekenden gedurende de langere periode waarin zij gerechtigd zijn er te verblijven. De onderdanen van een lidstaat die op zoek zijn naar een dienstbetrekking in een andere lidstaat, vallen binnen de werkingssfeer van artikel 39 EG-Verdrag en genieten bijgevolg het in lid 2 van deze bepaling genoemde recht op gelijke behandeling (HvJ EG 15 september 2005, Ioannidis, zaak C-258/04, Jurispr. blz. I-8275, punt 21). Bovendien kan een financiële uitkering die de toegang tot arbeid op de arbeidsmarkt van een lidstaat beoogt te vergemakkelijken, gelet op de invoering van het burgerschap van de Unie en de uitlegging van het recht van de burgers van de Unie op gelijke behandeling, niet langer van de werkingssfeer van artikel 39 lid 2 EG-Verdrag worden uitgesloten (HvJ EG 23 maart 2004, Collins, zaak C-138/02, Jurispr. blz. I-2703, punt 63). Hoe dan ook moet de afwijking waarin artikel 24 lid 2 Richtlijn 2004/38/EG voorziet, worden uitgelegd in overeenstemming met artikel 39 lid 2 EG-Verdrag. Uitkeringen van financiële aard, die – zoals in casu – ongeacht de kwalificatie ervan in de nationale wetgeving bestemd zijn de toegang tot de arbeidsmarkt te vergemakkelijken, kunnen niet als een ‘recht op sociale

bijstand' in de zin van artikel 24 lid 2 Richtlijn 2004/38/EG worden beschouwd.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 04-06-2009

ECLI: ECLI:EU:C:2009:344

Zaaknummer: C-22/08

Rechters: A. Rosas, A. Ó Caoimh, J. N. Cunha Rodrigues, U. Löhmus en P. Lindh

Wetsartikelen: 39 EG-Verdrag

RECHTSPRAAK

Zorgovereenkomst wordt niet aangemerkt als privaatrechtelijke dienstbetrekking, zodat het dagloon juist is vastgesteld.

Feiten

Appellant is vanaf 22 september 2008 tot 1 juni 2014 werkzaam in dienst van een uitzendbureau. Vervolgens werkt hij in de periode van 11 augustus 2014 tot en met 7 september 2014 voor een andere werkgever. Daarnaast heeft appellant vanaf 1 juli 2012 tot en met 30 november 2014 een zorgovereenkomst met zijn partner voor negen uur per week, gedurende welke periode hij uit een persoonsgebonden budget (PGB) € 1.400 per maand ontvangt. Op 30 december 2014 vraagt appellant een WW-uitkering aan in verband met de beëindiging van zijn werkzaamheden voor het uitzendbureau. Deze WW-uitkering is aan appellant toegekend. Naar aanleiding van zijn ziekmelding per 26 december 2014 wordt appellant met ingang van die datum in aanmerking gebracht voor een ZW-uitkering. Bij besluit van 3 november 2016 kent UWV appellant een IVA-uitkering toe. Appellant heeft bezwaar gemaakt tegen de hoogte van het vastgestelde dagloon. Het bezwaar en beroep tegen dit besluit zijn beide ongegrond verklaard. In hoger beroep is uitsluitend nog in geschil of de inkomsten die appellant ontving uit de zorgovereenkomst met zijn partner terecht niet bij de berekening van de hoogte van het WIA|dagloon met ingang van 23 december 2016 zijn betrokken. Bepalend voor het antwoord op deze vraag is of de zorgovereenkomst kan worden aangemerkt als een privaatrechtelijke dienstbetrekking.

Oordeel

De Centrale Raad van Beroep oordeelt als volgt. Naar vaste rechtspraak moet voor het aannemen van een privaatrechtelijke dienstbetrekking sprake zijn van een verplichting tot het persoonlijk verrichten van arbeid, een gezagsverhouding en een verplichting tot het betalen van loon. Bij de beantwoording van de vraag of een arbeidsverhouding is aan te merken als een arbeidsovereenkomst moet acht worden geslagen op alle omstandigheden van het geval, in onderling verband gezien en dienen niet alleen de rechten en verplichtingen in aanmerking te worden genomen die partijen bij het aangaan van de rechtsverhouding voor ogen stonden, maar moet ook acht worden geslagen op de wijze waarop partijen uitvoering hebben gegeven

aan hun rechtsverhouding en aldus daaraan inhoud hebben gegeven. Hoewel het bestaan van een familierelatie niet in de weg hoeft te staan aan het aannemen van een privaatrechtelijke dienstbetrekking, is dit wel een element dat mede betrokken dient te worden in de beoordeling. UWV heeft bij het bestreden besluit onder meer overwogen dat de term 'vergoeding' in de overeenkomst, het niet betalen van premies, het ontbreken van een ziekmelding en de beëindiging van de overeenkomst in verband met ziekte erop duiden dat geen sprake is van een privaatrechtelijke arbeidsovereenkomst. In beroep heeft UWV daaraan toegevoegd dat geen inkomstenverhouding in de polisadministratie aanwezig is, geen vakantietoeslag is betaald en bij de Belastingdienst de inkomsten zijn opgegeven als inkomsten uit overige werkzaamheden. Appellant heeft tegen het gemotiveerde standpunt van UWV geen nadere gegevens ingebracht over feitelijk verrichte werkzaamheden of anderszins onderbouwd dat voldaan wordt aan de vereisten om de zorgovereenkomst als arbeidsovereenkomst te kunnen aanmerken. Appellant heeft niet aannemelijk weten te maken dat door hem in het kader van de zorgovereenkomst begeleiding plaatsvond op basis van een gezagsverhouding. De Raad komt dan ook tot de slotsom dat terecht is geoordeeld dat de zorgovereenkomst niet kan worden aangemerkt als een privaatrechtelijke dienstbetrekking. Het hoger beroep faalt.

Instantie: Centrale Raad van Beroep

Datum uitspraak: 15-04-2020

ECLI: ECLI:NL:CRVB:2020:949

Zaaknummer: 17/7115 WIA

Rechters: J.S. van der Kolk, E. Dijt en M.E. Fortuin

Wetsartikelen: art. 7:610 BW en art. 8 Wet WIA

RECHTSPRAAK

UWV heeft terecht beslist dat de werkgever van appellante voldoende re-integratie-inspanningen heeft verricht, zodat de loonsanctie terecht is bekort. Voorts heeft UWV de WIA-uitkering van appellante terecht geweigerd.

Feiten

Appellante is via haar werkgever, een uitzendbureau, bij een inlener werkzaam als secretaresse. Op 11 september 2014 meldt zij zich ziek. Op 23 juni 2016 vraagt appellante een WIA-uitkering aan. Een arbeidsdeskundige heeft bij brief van 1 augustus 2016 vragen gesteld aan de werkgever over de verrichte re|integratie|inspanningen. De werkgever heeft niet tijdig gereageerd op deze brief, zodat UWV niet heeft kunnen vaststellen of de werkgever aan zijn re-integratieverplichtingen had voldaan. Bij besluit van 12 augustus 2016 heeft UWV daarom een loonsanctie van een jaar opgelegd. Na reactie van de werkgever op de brief van de arbeidsdeskundige wordt bij besluit van 7 september 2016 de loonsanctieperiode bekort tot en met 4 oktober 2016, omdat de werkgever de tekortkoming in zijn re|integratieverplichting heeft hersteld. Het bezwaar van appellante tegen dit besluit (bestreden besluit 1) is ongegrond verklaard. In het kader van haar WIA-aanvraag wordt vastgesteld dat appellante belastbaar is met inachtneming van de beperkingen die zijn opgenomen in een Functionele Mogelijkhedenlijst (FML). Bij besluit van 24 oktober 2016 heeft UWV de WIA-uitkering van appellante geweigerd, omdat zij op die datum minder dan 35% arbeidsongeschikt is. Het bezwaar van appellante tegen dit besluit heeft UWV bij besluit van 10 maart 2017 (bestreden besluit 2) ongegrond verklaard. Ook het beroep tegen voornoemde besluiten (1 en 2) is ongegrond verklaard.

Oordeel

De Centrale Raad van Beroep oordeelt als volgt. Met betrekking tot aangevallen uitspraak 1 (loonsanctie) overweegt de Raad dat de gronden in hoger beroep gelijk zijn aan de gronden die appellante in beroep heeft aangevoerd. De rechtbank heeft deze gronden in de aangevallen uitspraak 1 volledig en voldoende gemotiveerd besproken. Het oordeel van de rechtbank en de daaraan ten grondslag gelegde overwegingen worden onderschreven. Met betrekking tot

aangevallen uitspraak 2 (weigering WIA-uitkering) oordeelt de Raad met de rechtbank dat er geen aanleiding bestaat om te twijfelen aan de conclusies van de verzekeringsarts bezwaar en beroep. De verzekeringsarts bezwaar en beroep heeft inzichtelijk en overtuigend gemotiveerd dat ook de in hoger beroep overgelegde informatie geen aanleiding geeft om anders te oordelen en meer beperkingen voor appellante aan te nemen. De gestelde ernst van de vermoeidheidsklachten kan, ook met de informatie van de internist en psychiater, onvoldoende worden geobjectiveerd. De verwijzing van appellante naar het advies van de Gezondheidsraad, waarin aan medisch beoordelaars in het kader van arbeidsongeschiktheidsverzekeringen wordt aanbevolen te erkennen dat ME/CVS een ernstige ziekte is die gepaard gaat met substantiële functionele beperkingen, is onvoldoende om voor appellante een ruimere urenbeperking aangewezen te achten. Dit advies is van algemene aard en gaat niet in op de situatie van appellante. Bovendien is door de verzekeringsartsen wel rekening gehouden met de vermoeidheidsklachten en zijn er beperkingen aangenomen in de rubrieken persoonlijk en sociaal functioneren en werktijden. Het oordeel van de rechtbank dat appellante, uitgaande van de belastbaarheid zoals die in de FML is neergelegd, in medisch opzicht geschikt moet worden geacht voor de aan de schatting ten grondslag gelegde functies, wordt eveneens onderschreven. Het hoger beroep faalt.

Instantie: Centrale Raad van Beroep

Datum uitspraak: 09-04-2020

ECLI: ECLI:NL:CRVB:2020:921

Zaaknummer: 18/2168 WIA

Rechters: A.T. de Kwaasteniet, B.J. van de Griend en W.R. van der Velde

Advocaten: D. Maats

Wetsartikelen: 25 lid 9 WIA en 5 WIA

RECHTSPRAAK

Arbeidsongeschikte werknemer is in beginsel bevoegd de nakoming van re-integratieverplichtingen op te schorten als werkgever niet voldoet aan loondoorbetalingsplicht tijdens ziekte, ook als deze door werkgever niet nagekomen verbintenis ziet op reeds verstreken loonperioden.

Feiten

Werkneemster, woonachtig in Duitsland, heeft een arbeidsovereenkomst met twee, als een eenheid opererende, werkgevers: (1) een tandartsen-bv en (2) X (tandarts), hierna samen aangemerkt als ‘werkgeefster’. Bij een ongeluk breekt werkneemster haar pols en verschijnt zij niet meer op het werk. Vanaf mei 2012 ontvangt werkneemster geen loon meer. Duitse artsen verklaren werkneemster arbeidsongeschikt. Werkgeefster zegt vervolgens de arbeidsovereenkomst(en) op. De opzeggingen worden echter niet geëffectueerd. Werkgeefster roept werkneemster op om bij de bedrijfsarts te verschijnen. Volgens de bedrijfsarts is werkneemster in staat passende arbeid te verrichten. Werkgeefster roept werkneemster op om op het werk te verschijnen. Zij geeft hier geen gehoor aan. Zij wil dat het achterstallige loon eerst wordt betaald. Deze gang van zaken herhaalt zich. Werkneemster stelt vervolgens een loonvordering in. De kantonrechter heeft de loonvordering toewijsbaar geacht voor zover deze de periode van mei 2012 tot en met november 2012 betreft. Het hof heeft het vonnis van de kantonrechter bekrachtigd (zie AR 2018-1041). De vraag waarom het in deze zaak in de eerste plaats in cassatie gaat, is of een zieke werknemer op artikel 7:660a BW berustende re-integratieverplichtingen mag opschorten als de werkgever het gedurende de ziekte verschuldigde loon niet betaalt of heeft betaald. Ter discussie staat of deze verplichtingen tegenover elkaar staan in de zin van artikel 6:262 lid 1 BW dan wel of tussen de loonvordering van de werknemer en zijn verbintenis tot nakoming van re-integratieverplichtingen voldoende samenhang bestaat om de opschorting te rechtvaardigen in de zin van artikel 6:52 lid 1 BW.

Oordeel

De Hoge Raad oordeelt als volgt. Onderdeel 1 van het middel is gericht tegen r.o. 5.6 van het

hof. Het betoogt dat werknemster haar verplichting om te verschijnen voor bespreking van de door de bedrijfsarts mogelijk geachte inspanningen ten behoeve van re-integratie, wel mocht opschorten. Anders dan het hof heeft geoordeeld, staan de loondoorbetalingsverplichting van de werkgever en die verplichting van de werknemster tegenover elkaar in de zin van artikel 6:262 lid 1 BW en bestaat bovendien voldoende samenhang in de zin van artikel 6:52 lid 1 BW tussen die beide verplichtingen, aldus werknemster. De Hoge Raad overweegt als volgt. De arbeidsovereenkomst is een wederkerige overeenkomst. Uitgangspunt is dat de werkgever geen loon is verschuldigd voor de tijd gedurende welke de werknemer de bedongen arbeid niet heeft verricht (art. 7:627 BW). Maar indien is voldaan aan de in artikel 7:629 lid 1 BW gestelde voorwaarden, heeft een werknemer die wegens ziekte arbeidsongeschikt is, in beginsel recht op loondoorbetaling. Op de werkgever rust ingevolge artikel 7:658a lid 1 BW de verplichting de re-integratie van de zieke werknemer te bevorderen door hem passende arbeid als bedoeld in artikel 7:658a lid 4 BW te laten verrichten. Als de werkgever onvoldoende heeft gedaan aan de re-integratie van zijn zieke werknemer, wordt zijn loondoorbetalingsverplichting ingevolge artikel 71a lid 9 WAO verlengd. Gedurende de tijd dat de werknemer de passende arbeid zonder deugdelijke grond niet verricht hoewel hij daartoe in staat is, heeft hij ingevolge artikel 7:629 lid 3 aanhef en onder c BW geen recht op loondoorbetaling op de voet van artikel 7:629 lid 1 BW. Uit het samenstel van de hiervoor genoemde bepalingen volgt dat enerzijds de verbintenis van de werkgever om loon te betalen (en dat loon binnen de in de wet bepaalde grenzen door te betalen tijdens arbeidsongeschiktheid van de werknemer) en anderzijds de verplichting van de werknemer om arbeid te verrichten (en tijdens zijn arbeidsongeschiktheid te voldoen aan re-integratieverplichtingen), tegenover elkaar staan in de zin van artikel 6:262 lid 1 BW. Daaraan staat niet in de weg dat de desbetreffende verplichting van de werknemer betrekking heeft op een later tijdvak dan het tijdvak waarover de werkgever zijn verbintenis tot betaling van loon niet is nagekomen. De werknemer is derhalve in beginsel bevoegd de nakoming van re-integratieverplichtingen op te schorten als de werkgever niet voldoet aan zijn verbintenis tot loondoorbetaling tijdens ziekte, ook als deze door de werkgever niet nagekomen verbintenis ziet op reeds verstreken loonperioden. Het voorgaande impliceert dat tussen de loonvordering van de werknemer en zijn verbintenis te voldoen aan re-integratieverplichtingen in beginsel eveneens voldoende samenhang bestaat om opschorting te rechtvaardigen als bedoeld in artikel 6:52 lid 1 BW. Uit het voorgaande volgt dat onderdeel 1 slaagt. Onderdeel 2, dat motiveringsklachten richt tegen de door het hof toegepaste matiging van de wettelijke verhoging tot 25%, behoeft geen behandeling. De Hoge Raad vernietigt het arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden en verwijst het geding naar het Hof Den Bosch ter verdere behandeling en beslissing.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 17-04-2020

ECLI: ECLI:NL:HR:2020:723

Zaaknummer: 18/05283

Rechters: E.J. Numann, C.E. du Perron, M.J. Kroeze, C.H. Sieburgh en H.M. Wattendorff

Advocaten: J. de Jong van Lier

Wetsartikelen: 6:52 BW, 6:262 BW, 7:629 BW en 7:660a BW

RECHTSPRAAK

Werknemer heeft herhaaldelijk niet meegewerkt aan zijn re-integratie. UWV heeft werknemer dan ook terecht als verwijtbaar werkloos aangemerkt, zodat de WW-uitkering terecht niet tot uitbetaling is gekomen.

Feiten

Appellant is voor 40 uur per week werkzaam als industrieel schoonmaker. Op 9 oktober 2015 meldt hij zich ziek, onder meer wegens klachten ten gevolge van COPD en longemfyseem. Volgens de bedrijfsarts van werkgeefster is appellant niet volledig arbeidsongeschikt, en is appellant in staat om in aangepast werk volgens een opbouwschema te hervatten. Werkgeefster doet appellant vervolgens een re-integratievoorstel, in lijn met voormeld advies van de bedrijfsarts. Appellant acht zich echter niet in staat dit werk te doen: volgens hem was hij in verband met door hem gebruikte medicatie niet in staat de ongeveer 55 km naar zijn werk met de auto af te leggen. Op 18 oktober 2016 geeft werkgeefster appellant een officiële waarschuwing in verband met het niet meewerken aan zijn re-integratie. Op 20 oktober 2016 vraagt werkgeefster bij UWV een deskundigenoordeel aan met betrekking tot het werkaanbod. Dit deskundigenoordeel luidt in het voordeel van werkgeefster. Wanneer appellant wederom niet aan zijn re-integratieverplichtingen voldoet, verzoekt werkgeefster de kantonrechter op 14 december 2016 om de arbeidsovereenkomst te ontbinden, nu appellant al enkele maanden zonder deugdelijke grond niet voldoende meewerkte aan zijn re-integratie. Bij beschikking van 9 februari 2017 heeft de kantonrechter de arbeidsovereenkomst met onmiddellijke ingang ontbonden. Daarbij heeft de kantonrechter geoordeeld dat sprake is van ernstig verwijtbaar nalaten aan de zijde van appellant, zodat aan werknemer geen transitievergoeding en billijke vergoeding zijn toegekend. Op 2 maart 2017 vraagt appellant een WW-uitkering aan, die niet tot uitbetaling komt, nu volgens UWV sprake is van verwijtbare werkloosheid. Het bezwaar en beroep tegen dit besluit zijn beide ongegrond verklaard.

Oordeel

De Centrale Raad van Beroep oordeelt als volgt. Artikel 24 lid 1 aanhef en onder a WW legt de werknemer de verplichting op te voorkomen dat hij verwijtbaar werkloos wordt. Volgens

artikel 24 lid 2 aanhef en onder a WW is de werknemer verwijtbaar werkloos geworden als aan de werkloosheid een dringende reden ten grondslag ligt in de zin van artikel 7:678 BW en de werknemer ter zake daarvan een verwijt kan worden gemaakt. In zijn uitspraken van 7 november 2018 (onder meer ECLI:NL:CRVB:2018:3467) heeft de Raad een nieuw beoordelingskader geformuleerd voor artikel 24 lid 2 aanhef en onder a WW. Voor de vraag of er sprake is van verwijtbare werkloosheid dient een materiële beoordeling plaats te vinden van de vraag of aan de werkloosheid een dringende reden ten grondslag ligt. Daarbij is artikel 7:678 BW de maatstaf en moeten alle omstandigheden van het geval, in onderling verband en samenhang, in aanmerking worden genomen. In de onderhavige kwestie geldt dat appellant, ondanks het oordeel van de bedrijfsarts en het deskundigenoordeel van UWV, herhaaldelijk heeft geweigerd om te hervatten in hem aangeboden passende werkzaamheden. Ook was hij op verschillende momenten voor werkgeefster telefonisch onbereikbaar, zodat werkgeefster niet in staat was de situatie met hem te bespreken en tot afspraken te komen. Officiële waarschuwingen van de zijde van werkgeefster zijn zonder resultaat gebleven. Daarnaast heeft appellant enkele malen, zonder voorafgaand bericht, verzuimd gehoor te geven aan een schriftelijke uitnodiging. Op 2 november 2016 is appellant niet verschenen bij de bedrijfsarts en op 7 december 2016 is appellant niet verschenen voor een re-integratiegesprek met werkgeefster. Naar het oordeel van de Raad heeft de rechtbank terecht geoordeeld dat sprake is geweest van een dringende reden, zodat de werkloosheid van appellant terecht als verwijtbaar is aangemerkt. Nu er ook geen aanwijzingen zijn dat de werkloosheid appellant niet in overwegende mate kan worden verweten, volgt uit het voorgaande dat UWV op de WW-uitkering terecht blijvend een bedrag in mindering heeft gebracht. Het hoger beroep faalt.

Instantie: Centrale Raad van Beroep

Datum uitspraak: 15-04-2020

ECLI: ECLI:NL:CRVB:2020:952

Zaaknummer: 18/781 WW

Rechters: H.G. Rottier, A.I. van der Kris en S. Wijna

Advocaten: R. Hartman

Wetsartikelen: 24 WW en 7:678 BW

RECHTSPRAAK

Werknemer heeft een verzoekschrift tot vernietiging van het ontslag op staande voet ingediend, waarna werkgever het ontslag op staande voet heeft ingetrokken. Werkgeefster is nog gehouden de proceskosten te vergoeden.

Feiten

Werkgeefster heeft werknemer op 26 februari 2020 op staande voet ontslagen. Werknemer is afgemeld bij De Goudse Verzekeringen en ontving een bedrag dat hij beschouwde als een eindafrekening. De gemachtigde van werknemer heeft werkgeefster bij brief van 5 maart 2020 laten weten dat werknemer zich niet bij het ontslag neerlegt en heeft werkgeefster gemaand het ontslag uiterlijk 10 maart 2020 in te trekken. Aan dat verzoek heeft werkgeefster niet voldaan, waarna werknemer op 16 maart 2020 zijn aanmaning per e-mail heeft herhaald en op 18 maart 2020 is overgegaan tot indiening van het verzoekschrift bij de kantonrechter. Werkgeefster heeft de gemachtigde van werknemer op 20 maart 2020 laten weten dat van een ontslag op staande voet geen sprake meer is. Bij brief van 23 maart 2020 heeft werknemer de verzoeken ingetrokken, behalve het verzoek dat betrekking heeft op de proceskostenveroordeling. Werknemer verzoekt de kantonrechter, na vermindering van het verzoek, werkgeefster te veroordelen in de kosten van het geding.

Oordeel

Volgens artikel 237 en 238 van het Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten van de procedure veroordeeld. In dit geval heeft werknemer het ontslag op staande voet ingetrokken, voordat de kantonrechter daarover en oordeel heeft kunnen geven. In een dergelijke situatie is de vraag of de door werknemer gemaakte kosten nodeloos zijn gemaakt. De kantonrechter is van oordeel dat dat niet het geval is. Werknemer heeft weliswaar naar voren gebracht dat partijen nog met elkaar in gesprek waren en dat er een week pauze was ingelast, maar een feit was dat er een ontslag op staande voet was gegeven dat niet eerder dan op 20 maart 2020 kenbaar is ingetrokken. Dat was op een moment dat de gemachtigde van werknemer het verzoekschrift reeds bij de kantonrechter had ingediend en werkgeefster niet heeft gereageerd op eerdere brieven van de gemachtigde

van werknemer. Werknemer heeft voldoende aannemelijk gemaakt dat er proceskosten zijn gemaakt die voor vergoeding in aanmerking komen. Dat betreft het verschuldigde griffierecht van € 83 en het salaris van de gemachtigde dat volgens het gebruikelijke liquidatietarief zal worden berekend. Voor de onderhavige procedure wordt het salaris van een gemachtigde normaliter vastgesteld op € 480. De kantonrechter zal het salaris in dit geval vaststellen op de helft van dit tarief (€ 240), aangezien het tarief is gebaseerd op het voltooien van de procedure, terwijl daarvan in dit geval geen sprake is geweest.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 14-04-2020

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2020:2254

Zaaknummer: 8399800 EA VERZ 20-212

Rechters: E.J. van der Molen

Advocaten: J. de Groot

Wetsartikelen: 237 Rv en 238 Rv

RECHTSPRAAK

Werkgever kon of mocht er niet op vertrouwen dat het in de overeenkomst genoemde bedrag van € 9.999 het juiste bedrag was. Werkgever is gehouden € 173.302,89 te betalen.

Feiten

Vennootschappen van de Vion Groep hadden pensioenovereenkomsten met hun werknemers. Die pensioenovereenkomsten werden tot 1 januari 2014 uitgevoerd door de Stichting Pensioenfonds (hierna: SPS). Interpolis BTL (hierna aangeduid als Achmea) trad op als de (her)verzekeraar van SPS. De dekkingsgraad van SPS lag onder de 100%. Achmea heeft daarvoor een voorwaardelijke aanvullende premie van 10% van de nettojaarpremie in rekening gebracht bij SPS. Tot de Vion Groep behoorde ook Vion Ingredients. In het najaar van 2013 heeft een fusie plaatsgevonden waardoor Vion Ingredients is opgegaan in Darling Ingredients Inc. Toen is besloten dat SPS 'mee zou gaan' naar Darling. Voor Vion betekende dit dat zij op zoek moest naar een nieuwe pensioenuitvoerder. Daarover is zij gesprekken gaan voeren met Achmea. Uiteindelijk is op 1 januari 2014 een uitvoeringsovereenkomst ingegaan. Op 30 oktober 2014 heeft Vion aan Achmea laten weten dat zij de uitvoeringsovereenkomst niet wilde verlengen. Per 1 januari 2015 is een einde gekomen aan de uitvoering van de pensioenregeling van Vion door Achmea. In de uitvoeringsovereenkomst is opgenomen dat de werkgever een aanvullende premie moest betalen van € 9.999. Achmea heeft op 22 december 2014 medegedeeld dat er een fout is gemaakt en het bedrag hoger moest zijn, namelijk (na herstel) € 173.302,89. Vion heeft hier afwijzend op gereageerd en geweigerd de aanvullende premie te betalen. In eerste aanleg heeft Achmea betaling gevorderd van de aanvullende premies, hetgeen door de kantonrechter is toegewezen. Vion komt op tegen het vonnis.

Oordeel

Vion is van mening dat zij in het geheel geen aanvullende premie aan Achmea verschuldigd is, omdat aan betaling van de aanvullende premie de voorwaarde is verbonden dat de uitvoeringsovereenkomst is opgezegd en die voorwaarde niet in vervulling is gegaan. Tussen partijen staat vast dat Vion de uitvoeringsovereenkomst niet heeft opgezegd, maar dat zij de uitvoeringsovereenkomst niet wilde verlengen. Naar de letterlijke tekst van de overeenkomst

is dus niet voldaan aan de voorwaarde. Achmea heeft daar echter tegen ingebracht dat met Vion is overeengekomen dat Vion het volledige bedrag aan aanvullende premie moet voldoen wanneer de uitvoeringsovereenkomst ten einde komt vóór 31 december 2015.

Uitleg van de overeenkomst aan de hand van Haviltex

Het hof is van oordeel dat uit de uitvoeringsovereenkomst, in onderling verband gelezen, duidelijk blijkt dat het de bedoeling van partijen was dat Vion na 31 december 2018 niet meer de aanvullende premie hoefde te betalen wanneer zij dan nog steeds een uitvoeringsovereenkomst had met Achmea en dat, hoe eerder die uitvoeringsovereenkomst zou eindigen, hoe hoger het bedrag zou zijn dat zij aan aanvullende premie zou moeten voldoen. Wanneer de door Vion gegeven uitleg zou worden gevolgd, zou dat betekenen dat Vion het in de hand heeft of zij de aanvullende premie verschuldigd wordt. Vion kan dan door te kiezen voor een ‘aanzegging’ in plaats van een ‘opzegging’ voorkomen dat zij aanvullende premies moet betalen. Het hof is van oordeel dat dit een zo onaannemelijke uitleg is, dat Vion daarin niet kan worden gevolgd.

Hoogte van de aanvullende premie

Uit de offerte blijkt duidelijk dat het de bedoeling was van Achmea dat zij aanvullende premies in rekening zou brengen wanneer Vion binnen 5 jaar voor een andere pensioenverzekeraar zou kiezen. Ook blijkt uit de offerte duidelijk dat het gaat om premies uit het verleden. In de offerte is daarover vermeld dat Vion een evenredig aandeel heeft in € 730.103,58. Het kan niet anders dan dat het Vion duidelijk moet zijn geweest dat het genoemde bedrag van € 9.999 dat was opgenomen in de conceptuitvoeringsovereenkomst een volledig fictief bedrag betrof én dat het uiteindelijk in de uitvoeringsovereenkomst op te nemen bedrag aanzienlijk hoger zou worden dan dit bedrag. Dat (een medewerker van) Vion de conceptovereenkomst niet heeft vergeleken met de offerte, komt voor rekening en risico van Vion. Het hof is dus van oordeel dat Vion er niet op kon of mocht vertrouwen dat het genoemde bedrag van € 9.999 het juiste bedrag was.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 14-04-2020

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2020:1262

Zaaknummer: 200.239.990_01

Rechters: M. van Ham, H.K.N. Vos en A.W. Rutten

Advocaten: G.R. Derksen en S. van der Vegt

Wetsartikelen: 3:33 BW , 3:34 BW , 3:35 BW en 23 Pensioenwet

RECHTSPRAAK

Het door werkgeefster (terug)betaalde bedrag aan de curator, onder de voorwaarde dat het als concurrente vordering van de v.o.f. zou worden opgenomen, maakt niet dat werkgeefster daadwerkelijk aanspraak kan maken op betaling. De vordering is niet vast komen te staan.

Feiten

Werkneemster was vennoot van Verbo Transport V.O.F. (hierna: 'de v.o.f.'). De onderneming van de v.o.f. is omstreeks 1 februari 2015 overgedragen aan Verbo. Per 1 februari is werkneemster op basis van een arbeidsovereenkomst in dienst getreden bij Verbo. Op 20 juni 2015 is de v.o.f. in staat van faillissement verklaard. Werkneemster is op 16 juli 2015 door Verbo op staande voet ontslagen. Werkneemster heeft de kantonrechter verzocht het ontslag te vernietigen en tevens vorderingen ingesteld met betrekking tot achterstallig salaris. De kantonrechter heeft het ontslag vernietigd en de arbeidsovereenkomst ontbonden op grond van een verstoorde arbeidsverhouding. Werkneemster is in het kader van het achterstallig salaris toegelaten om bewijs te leveren dat de overeengekomen arbeidsduur 40 uur zou bedragen. In dat kader zijn getuigen gehoord. Op 20 oktober 2015 is werkneemster in staat van faillissement verklaard. Dit is de kantonrechter begin januari 2016 bekend geworden. De kantonrechter heeft bij beschikking van 21 maart 2016, verbeterd bij beschikking van 5 oktober 2016, Verbo op haar verzoek ontslag van instantie verleend. Deze beschikking is (op het daartegen door werkneemster ingestelde hoger beroep) bij beschikking van dit hof van 28 februari 2017 bekrachtigd. Op 17 oktober 2017 is het faillissement van werkneemster opgeheven wegens gebrek aan baten.

Oordeel

In eerste aanleg is de loonvordering op basis van de stelling dat werkneemster 40 uur zou werken, afgewezen. Ook de reconventionele vordering van Verbo tot betaling van € 14.500 is afgewezen. Het hof ziet aanleiding eerst de grief te behandelen die is gericht tegen verwerping van het standpunt van Verbo dat werkneemster niet-ontvankelijk is in haar vordering omdat Verbo in de eerdere procedure tussen partijen van de instantie is ontslagen. Het hof onderschrijft evenwel het oordeel van de kantonrechter en de gronden, zodat de grief faalt.

Bewijslevering

In de kern gaat het debat tussen partijen hier om de vraag of werkneemster heeft bewezen dat omstreeks 10 februari 2015 tussen haar en Verbo is overeengekomen dat de arbeidsduur veertig uur per week zou bedragen. Werkneemster heeft aangeboden drie getuigen te doen horen in appel. Van twee getuigen bevinden zich schriftelijke verklaringen in het dossier, maar werkneemster heeft geen van de drie doen horen tijdens de in eerste aanleg gehouden getuigenverhoren. Het hof staat werkneemster alsnog in de gelegenheid om de getuigen te horen en houdt iedere verdere beslissing met betrekking tot deze grieven aan tot na de bewijslevering.

Reconventionele vordering

Verbo heeft in appel gesteld dat een factuur van haar aan de v.o.f. van 1 mei 2015 door de v.o.f. is betaald, dat de curator ten aanzien van deze betaling de (faillissements)pauliana heeft ingeroepen en dat zij vervolgens tegen finale kwijting de curator een bedrag van € 14.500 heeft (terug)betaald. Dit is geschied onder de voorwaarde dat voormeld bedrag als concurrente vordering op de lijst van erkende schuldeisers van de v.o.f. zou worden opgenomen. Werkneemster is als vennoot van de v.o.f. hoofdelijk aansprakelijk. Het staat echter niet vast dat Verbo jegens werkneemster aanspraak kan maken op betaling van het bedrag. Volgens Verbo gaat het hier om (een gedeelte van) een door haar aan de v.o.f. verzonden factuur wegens verschillende door haar in opdracht van de v.o.f. verrichte diensten. Werkneemster heeft echter gemotiveerd betwist dat Verbo de gefactureerde diensten voor de v.o.f. heeft verleend en dat de v.o.f. daartoe opdracht had gegeven. Volgens het hof is de vordering niet vast komen te staan en is deze terecht door de kantonrechter afgewezen.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 14-04-2020

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2020:1099

Zaaknummer: 200.255.394/01

Rechters: G.C. Boot, R.J.M. Smit en J.C. Toorman

Advocaten: D.W. Giltay Veth en O.J. Praamstra

Wetsartikelen: 150 Rv en 18 WvK

RECHTSPRAAK

Uit de loonstroken van werknemer blijkt dat de aan hem betaalde provisie niet werd gereserveerd als ‘cautievergoeding’ waarmee zijn lening kon worden afgelost. Daarnaast getuigt het juist van goed werkgeverschap dat werkgeefster heeft getracht werknemer te helpen bij het oplossen van zijn schuldenproblematiek.

Feiten

Werknemer is per 1 mei 2007 bij RVS Levensverzekering N.V. in dienst getreden. Werknemer ontving basisloon en provisieloon. Op of omstreeks 19 augustus 2008 is tussen RVS Levensverzekering en RVS Schadeverzekering enerzijds en werknemer anderzijds een geldleningsovereenkomst voor een bedrag van € 17.000 gesloten ter aflossing van zijn schulden in de schuldsanering. Werknemer diende dit bedrag voor 1 december 2008 geheel af te lossen dan wel vanaf 1 december 2008 tot uiterlijk op de laatste dag van de maand telkens een bedrag van € 500 af te lossen totdat de schuld geheel is voldaan. De maandelijkse aflossingstermijnen zullen in mindering worden gebracht op het maandelijks te betalen salaris. Over de maanden december 2008 tot en met maart 2009 zijn er geen bedragen op het salaris in mindering gebracht. De arbeidsovereenkomst is per 1 mei 2009 ontbonden. Per 28 december 2011 is RVS Levensverzekering gefuseerd met en opgegaan in Nationale Nederlanden Levensverzekering Maatschappij N.V. Per diezelfde datum is RVS Schadeverzekering gefuseerd met en opgegaan in Nationale-Nederlanden Schadeverzekering Maatschappij N.V. In de onderhavige procedure heeft Nationale Nederlanden gevorderd werknemer te veroordelen tot betaling van € 12.500. Daartoe heeft Nationale Nederlanden – kort samengevat – aangevoerd dat zij (althans RVS) een geldlening aan werknemer heeft verstrekt toen werknemer nog bij haar in dienst was en dat werknemer die geldlening aan haar dient terug te betalen. Bij verstekvonnis van 29 november 2017 heeft de kantonrechter de vordering toegewezen. Werknemer is in verzet gekomen. De kantonrechter heeft bij vonnis van 15 augustus 2018 het verstekvonnis bekrachtigd. Werknemer heeft geconcludeerd tot vernietiging van zowel het vonnis op het verzet als het verstekvonnis en tot afwijzing van de vordering van Nationale Nederlanden.

Oordeel

Inhouding cautievergoeding

Werknemer heeft aangevoerd dat het ten tijde van het sluiten van de geldleningovereenkomst duidelijk was dat hij uit hoofde van de cautiepot een aanspraak zou hebben, waarmee de geldlening die is verstrekt als voorschot op het nog te verdienen loon gecompenseerd zou kunnen worden. Anders dan werknemer aanvoert, blijkt uit de loonstroken dat de aan hem betaalde provisie niet werd gereserveerd als 'cautievergoeding', maar meteen werd uitbetaald. Werknemer heeft loonstroken overgelegd van de maanden december 2008 tot en met maart 2009. Op alle loonstroken op één na, is een brutobedrag aan provisie toegekend, waarop premies en loonheffing zijn ingehouden, waarna het nettobedrag is uitbetaald. Van een reservering van provisie was dus geen sprake. Om die reden valt niet in te zien dat of waarom werknemer nog een aanspraak had op provisie die nog betaald moest worden door RVS en waarmee de lening kon worden afgelost.

Goed werkgeverschap

Volgens werknemer is het in strijd met het beginsel van goed werkgeverschap om negen jaar later de terugbetaling van loon te vorderen en is door het lange tijdsverloop en de fusie niet meer te achterhalen wat de feitelijke gang van zaken is geweest. Werknemer doet het voorkomen alsof Nationale Nederlanden loon van hem terugvordert. Dat is niet het geval. RVS heeft tijdens de arbeidsovereenkomst aan werknemer geld geleend. Dat dit in de overeenkomst is aangemerkt als een voorschot op loon wil niet zeggen dat Nationale Nederlanden nu loon van werknemer terugvordert. RVS was destijds niet verplicht om de geldleningovereenkomst aan te gaan. Het getuigt juist van goed werkgeverschap dat RVS heeft getracht werknemer te helpen bij het oplossen van zijn schuldenproblematiek en daartoe zo'n groot bedrag aan hem heeft geleend. Er is geen reden waarom Nationale Nederlanden van terugbetaling af zou moeten zien. Dat zij daar niet van af ziet, levert geen strijdigheid op met het beginsel van goed werkgeverschap. Nationale Nederlanden handelt ook niet in strijd met de eisen van redelijkheid en billijkheid. De slotsom luidt dat alle grieven falen. Het hof bekrachtigt het vonnis van de kantonrechter van 15 augustus 2018.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 14-04-2020

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2020:1268

Zaaknummer: 200.247.742_01

Rechters: C.E.L.M. Smeenk-van der Weijden, M. van Ham en M.E. Smorenburg

Advocaten: A. Smeekes en D.F.C. de Groot

Wetsartikelen: 6:2 BW en 6:248 BW

RECHTSPRAAK

Tussen partijen is een pensioenovereenkomst tot stand gekomen en werkgeefster is tekortgeschoten in haar verplichting om het pensioen van werknemer deugdelijk onder te brengen en pensioenpremies af te dragen.

Feiten

Werknemer is vanaf 1 augustus 2012 in dienst van Der Wiese, laatstelijk in de functie van bedrijfsleider-inkoper. In de arbeidsovereenkomst voor de periode 1 augustus 2012 tot 1 februari 2013 is ten aanzien van het pensioen van werknemer het volgende opgenomen. Bij werkgever bestaat een collectieve pensioenvoorziening waaraan werknemer verplicht is deel te nemen. Werkgever zal zorgdragen voor de aanmelding van werknemer bij het pensioenfonds en zal tevens zorgdragen voor de afdracht van premies aan het pensioenfonds. Voor de maandelijkse premie houdt werkgever een percentage in op het maandloon zoals vermeld in het pensioenreglement. Aan werknemer zal een exemplaar van het pensioenreglement ter hand worden gesteld. In de tweede arbeidsovereenkomst voor de periode 1 februari 2013 tot 1 februari 2014 staat dezelfde bepaling. Werknemers van Der Wiese namen deel in een collectieve pensioenregeling en werden op grond van de uitvoeringsovereenkomst tussen een zusteronderneming van Der Wiese, te weten M.R.M. Handelsonderneming B.V. (hierna M.R.M.) en Reaal, bij Reaal aangemeld. Der Wiese was niet de contractspartij van Reaal. Op het loon van werknemer is geen werknemersbijdrage ingehouden. In de derde arbeidsovereenkomst die gold vanaf 1 februari 2014 is geen bepaling over pensioen opgenomen. Werknemer vordert betaling van Der Wiese van een bedrag gelijk aan de werkgeverspremie over het tijdvak 1 augustus 2012 tot 1 februari 2014. De vordering van werknemer ziet hiermee op vervangende schadevergoeding als bedoeld in artikel 6:87 BW.

Oordeel

Der Wiese betwist dat er geen pensioen voor werknemer is opgebouwd. Ook als dit het geval zou zijn, dan stelt zij zich op het standpunt dat werknemer niet heeft willen deelnemen, omdat hij het aanvraagformulier niet heeft toegestuurd. Der Wiese heeft niet betwist dat zij voor haar medewerkers hetzelfde pensioenreglement hanteerde als het pensioenreglement

dat op de werknemers van M.R.M. van toepassing was. In zoverre is dit het pensioenaanbod dat zij gedaan heeft aan werknemer en werknemer heeft dit door ondertekening van de arbeidsovereenkomst aanvaard. Der Wiese heeft niet gesteld dat het aanleveren van een ingevuld aanvraagformulier voorwaarde was voor de totstandkoming van de pensioenovereenkomst. Mede gelet op de contractuele verplichting om zorg te dragen voor de aanmelding had van Der Wiese als goed werkgever verwacht mogen worden dat zij de aansluiting faciliteerde en werknemer ondersteunde of rappelleerde indien hij nog geen formulier had ingeleverd. Deze argumenten van Der Wiese doen dan ook niet af aan het bestaan van een pensioenovereenkomst. Subsidiair stelt Der Wiese zich op het standpunt dat als het formulier wel is geretourneerd, dit naar alle waarschijnlijkheid is doorgezonden naar Reaal, doch mogelijk vanwege het faillissement van M.R.M. op 26 februari 2013 niet meer in behandeling is genomen. Dit standpunt onderbouwt Der Wiese niet. Bovendien geldt dat, als dit het geval zou zijn, dit ook voor haar risico komt. Dat het faillissement van M.R.M. relevant is in deze zaak, komt namelijk doordat Der Wiese haar onderbrengingsplicht van artikel 23 Pw heeft geschonden. Der Wiese heeft zelf aangegeven geen contractspartij te zijn in de uitvoeringsovereenkomst tussen M.R.M. en Reaal. Als zij haar wettelijke verplichting wel was nagekomen, had Reaal (of een andere pensioeninstelling) op grond van de tussen hen geldende uitvoeringsovereenkomst de aanmelding wel in behandeling genomen. Het bovenstaande leidt ertoe dat tussen partijen een pensioenovereenkomst tot stand is gekomen en dat Der Wiese is tekortschoten in haar verplichting om het pensioen van werknemer deugdelijk onder te brengen en pensioenpremies af te dragen. Omdat de berekening en daarmee de hoogte van het bedrag aan werkgeverspremies door Der Wiese niet wordt betwist, komt het bedrag van € 3.203,57 voor toewijzing in aanmerking.

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 09-04-2020

ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2020:2256

Zaaknummer: 7802593

Rechters: J.M.J. Godrie

Advocaten: F.A.A.C. Traa en H.M.J. van den Hurk

Wetsartikelen: 23 Pw en 24 Pw

RECHTSPRAAK

Werknemer heeft niet gehandeld in strijd met het geheimhoudingsbeding door het toelaten van externen in de keuken van werkgeefster, aangezien daarmee niet is gegeven dat werknemer aan hen de gelegenheid heeft geboden van bedrijfsgeheimen kennis te nemen.

Feiten

Werknemer is bij werkgeefster in dienst geweest als assistent-bedrijfsleider. Volgens de begin april 2016 door beide partijen getekende schriftelijke arbeidsovereenkomst ging de arbeidsovereenkomst in op 1 juli 2016. In artikel 12.1 van de arbeidsovereenkomst is een geheimhoudingsbeding opgenomen. In artikel 12.2 is onder meer bepaald dat bij overtreding van het geheimhoudingsbeding de werkgever een direct opeisbare boete van € 2000 per overtreding aan de werknemer kan opleggen. Volgens een allonge arbeidsovereenkomst van 26 augustus 2016 treedt werknemer met ingang van 15 september 2016 in dienst van werkgeefster en eindigt deze arbeidsovereenkomst van rechtswege op 15 september 2017. De arbeidsovereenkomst is na 15 september 2017 stilzwijgend voortgezet. Werknemer heeft op 27 april 2018 de arbeidsovereenkomst met inachtneming van een maand opzegtermijn opgezegd. Enkele dagen na de opzegging van de arbeidsovereenkomst heeft werkgeefster werknemer per e-mail laten weten dat haar uit camerabeelden is gebleken dat werknemer meerdere malen het geheimhoudingsbeding heeft geschonden wegens het regelmatig en langdurig toelaten in de keuken van personeel dat niet in dienst is van werkgeefster, onder toezicht van werknemer. Werkgeefster vordert dat de kantonrechter voor recht zal verklaren dat werknemer zevenmaal heeft gehandeld in strijd met het geheimhoudingsbeding en derhalve een boete van € 14.000 aan haar dient te betalen. Werknemer vordert in reconventie onder meer achterstallig loon, te weten een bedrag van € 6.250, welk bedrag ziet op loon dat verschuldigd is over de periode van 1 juli 2016 tot 15 september 2016.

Oordeel

Naar het oordeel van de kantonrechter heeft werkgeefster onvoldoende onderbouwd dat in strijd is gehandeld met het geheimhoudingsbeding. Dat externen in de productieruimte

aanwezig zijn geweest staat wel vast. Werkgeefster heeft ook niet betwist dat daarvan meerdere malen, bijvoorbeeld wanneer het leveranciers betreft, sprake is geweest en dat zij daarvan ook op de hoogte was, hetgeen ook bevestigd wordt door de beelden waarop is te zien dat verschillende personen in de productieruimte aanwezig waren, terwijl er ook derden waren. Voor zover werknemer als assistent-bedrijfsleider al verantwoordelijk voor deze gang van zaken kan worden gehouden, is daarmee echter niet gegeven dat werknemer bijzonderheden omtrent bedrijfsaangelegenheden heeft onthuld noch dat hij aan externen de gelegenheid heeft geboden van bedrijfsgeheimen kennis te nemen. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de vordering in conventie zal worden afgewezen. Daarnaast heeft werknemer aangevoerd dat hij vanaf 1 juli 2016 voorbereidende werkzaamheden heeft verricht, zoals kasherwerkzaamheden en kasjroetadvies. Werkgeefster heeft dat gemotiveerd betwist en aangevoerd dat de voorbereidende werkzaamheden van werknemer eerst vanaf 15 september 2016 zijn gestart. De kantonrechter overweegt dat werknemer zijn stellingen tegenover de gemotiveerde betwisting van werkgeefster niet heeft onderbouwd aan de hand van enig bescheid of bewijsstuk. Evenmin heeft hij een verklaring gegeven voor het feit dat hij eerst na ongeveer drie jaar na dato deze loonvordering kenbaar maakt. Onder deze omstandigheden heeft werknemer onvoldoende invulling gegeven aan zijn stelplicht en daarom gaat de kantonrechter voorbij aan zijn aanbod bewijs te leveren aan de hand van getuigen. De vordering van werknemer ter zake van het loon over deze periode zal daarom worden afgewezen.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 07-04-2020

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2020:2138

Zaaknummer: 7742871

Rechters: E.J. van der Molen

Advocaten: E.J.M. Haans en H. Loonstein

Wetsartikelen: 7:610 BW en 7:653 BW

RECHTSPRAAK

Het vonnis in kort geding wordt afgestemd op het oordeel van de bodemrechter. Geen sprake van kennelijke misslag. Vorderingen van werknemer worden daarom (alsnog) afgewezen.

Feiten

Werknemer is sinds 1 juli 1999 in dienst bij werkgever en heeft, door geld te doen inhouden op zijn salaris en te storten door werkgever, met ingang van 29 maart 2006 geld gespaard op een geblokkeerde bankrekening levensloopsparen bij Rabobank. Een deel kan hij tot en met 31 maart 2021 opnemen ter vrije besteding. Daarvoor moet één maand voor gebruik een gezamenlijk verzoek voor worden ingediend bij de Rabobank. Op 19 januari 2018 heeft werknemer werkgever geïnformeerd over zijn voornemen gebruik te maken van de levensloopregeling. Op 21 juni 2018 is werknemer erop aangesproken dat hij later begon en eerder wegging dan de officiële werktijd en dat er verrekening zou plaatsvinden. Werknemer heeft aangegeven het daar niet mee eens te zijn en geschreven dat hij afziet van het voornemen langdurig verlof op te nemen in het kader van de levensloopregeling. Werkgever heeft diezelfde dag aan werknemer bericht dat hij niet meer welkom is. Bij e-mail d.d. 29 juni 2018 heeft werknemer betaling van salaris en vakantietoeslag en wedertewerkstelling verzocht, maar werkgever heeft hier afwijzend op gereageerd. Werknemer heeft in dit kort geding wedertewerkstelling en (door)betaling van loon en vakantiegeld gevorderd, hetgeen is toegewezen. Naar aanleiding van dat vonnis heeft werknemer executoriale maatregelen genomen. Werkgever heeft een bodemprocedure aanhangig gemaakt en een verklaring van recht gevorderd dat hij niet is gehouden het loon door te betalen. De kantonrechter heeft de vorderingen toegewezen, waartegen werknemer hoger beroep heeft ingesteld. In het hoger beroep is nog geen inhoudelijk arrest gewezen. Werkgever is in hoger beroep gekomen tegen het vonnis in kort geding.

Oordeel

Afstemming op het bodemvonnis?

Doorslaggevend is dat de bodemrechter inmiddels uitspraak heeft gedaan. Het uitgangspunt is

dat de rechter in dat geval zijn vonnis afstemt op het oordeel van de bodemrechter. In dit geval zouden de vorderingen van werknemer tot toelating van werk en loonbetaling dan moeten worden afgewezen. Het hof begrijpt dat werknemer zich beroept op de uitzondering, namelijk dat in het bodemvonnis klaarblijkelijk sprake is van een misslag. Uit de geformuleerde inhoudelijke bezwaren volgt echter naar het oordeel van het hof niet dat daarvan sprake is. Datzelfde geldt voor de bezwaren tegen de bewijswaardering.

De vorderingen van werknemer

Gezien voorgaande zijn de vorderingen tot loon(door)betaling en wedertewerkstelling niet toewijsbaar. Omdat het vakantiegeld in de bodemprocedure niet aan de orde is geweest, zal het hof over die vordering wel zelfstandig oordelen. Er bestaat te veel onduidelijkheid over het al dan niet nog te betalen vakantiegeld, om daarover te oordelen in dit kort geding. De vordering zal daarom worden afgewezen. Het bestreden vonnis wordt vernietigd en de vorderingen van werknemer worden alsnog afgewezen.

De vorderingen van werkgever

Werkgever vordert (terug)betaling van kosten die zijn gemaakt door de door werknemer getroffen executiemaatregelen. Een vordering in reconventie kan, ook in kort geding, niet voor het eerst in hoger beroep worden ingesteld. Dit betekent dat de vordering niet kan worden toegewezen voor zover het gaat om de vergoeding van (kennelijk op onrechtmatig handelen van werknemer gebaseerde) beslag- en executiekosten. De terugbetaling van het bedrag dat werknemer heeft geïncasseerd, komt wel voor toewijzing in aanmerking.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 07-04-2020

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2020:793

Zaaknummer: ECLI:NL:GHDHA:2020:793

Rechters: M.T. Nijhuis, C.J. Frikkee en F.R. Salomons

Advocaten: P.A. Visser en G. Laurman

Wetsartikelen: 353 Rv

RECHTSPRAAK

Gezien de emotionele toestand van werknemer op het moment dat hem werd verteld dat zijn arbeidsovereenkomst niet wordt verlengd, kan uit dat gesprek niet worden afgeleid dat hij op enigerlei wijze heeft ingestemd met het opnemen van de resterende vakantiedagen in de maand juli 2019.

Feiten

Tussen werknemer en Aqua-Techniek is met ingang van 3 januari 2019 een arbeidsovereenkomst voor de duur van zeven maanden tot stand gekomen. Partijen zijn daarbij een salaris van € 4.200 bruto per maand overeengekomen. Daarnaast heeft werknemer recht op vakantietoelage en vakantiedagen. Tijdens een gesprek op 28 juni 2019 heeft Aqua-Techniek aan werknemer kenbaar gemaakt dat de tussen partijen gesloten arbeidsovereenkomst niet zal worden verlengd. De arbeidsovereenkomst is van rechtswege geëindigd per 3 augustus 2019. Werknemer vordert Aqua-Techniek te veroordelen aan hem een bedrag van € 3.070,98 aan resterende vakantiedagen te betalen. Aqua-Techniek voert aan dat werknemer op 14 februari 2019 één vakantiedag heeft opgenomen. Tijdens het gesprek van 28 juni 2019 is tussen partijen afgesproken dat werknemer gedurende de resterende duur van het dienstverband zijn vakantiedagen zou opnemen en voor de resterende dagen van de maand juli 2019 zou worden vrijgesteld van werkzaamheden. Werknemer heeft dan ook geen resterende vakantiedagen meer, aldus Aqua-Techniek.

Oordeel

Het verweer dat tijdens het gesprek van 28 juni 2019 tussen partijen is afgesproken dat werknemer zijn vakantiedagen in de maand juli 2019 zou opnemen, wordt verworpen. Werknemer heeft gemotiveerd betwist dat partijen een dergelijke afspraak hebben gemaakt, zodat het op de weg van Aqua-Techniek had gelegen om haar standpunt nader te onderbouwen. Dat heeft Aqua-Techniek echter niet gedaan. Aqua-Techniek heeft ook erkend dat werknemer tijdens het gesprek van 28 juni 2019 emotioneel werd nadat hem was verteld dat zijn arbeidsovereenkomst niet zou worden verlengd en dat werknemer daarna totaal niets meer heeft gezegd, omdat hij kennelijk door de ontslagmededeling volledig uit het veld

geslagen was. Uit hetgeen Aqua-Techniek heeft erkend ten aanzien van het gesprek op 28 juni 2019 kan derhalve niet worden afgeleid dat werknemer op enigerlei wijze heeft ingestemd met het opnemen van de resterende vakantiedagen in de maand juli 2019, nog daargelaten de vraag of Aqua-Techniek hem aan een eventueel gegeven instemming had mogen houden, gezien de emotionele toestand waarin hij op dat moment kennelijk verkeerde. Derhalve moet worden geconcludeerd dat Aqua-Techniek ten aanzien van haar verweer niet heeft voldaan aan de stelplicht, zodat er naar het oordeel van de kantonrechter ook geen aanleiding bestaat om haar tot bewijslevering toe te laten. Werknemer heeft betwist dat hij op 14 februari 2019 een vakantiedag heeft opgenomen en heeft aangevoerd dat hij die dag wel op zijn werk is verschenen, maar dat hij – ter compensatie van door hem gewerkte overuren – eerder naar huis is gegaan. Aangezien Aqua-Techniek gemotiveerd heeft betwist dat sprake was van compensatie van gewerkte overuren lag het op de weg van werknemer om zijn verweer nader te onderbouwen en concreet te stellen wanneer hij die overuren gemaakt had en dat hij gerechtigd was om die gewerkte uren met vrije tijd te compenseren. Dat heeft hij echter niet gedaan. Het verweer van werknemer wordt daarom verworpen. In rechte wordt ervan uitgegaan dat werknemer op 14 februari 2019 één vakantiedag heeft opgenomen, zodat nog een saldo van 13,58 vakantiedagen overblijft. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat Aqua-Techniek nog een bedrag van € 2.843,02 bruto aan werknemer verschuldigd is. Het meer aan hoofdsom gevorderde wordt afgewezen bij gebreke van een behoorlijke grondslag.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 27-03-2020

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2020:3189

Zaaknummer: 8201419 / CV EXPL 19-51970

Rechters: W.J.J. Wetzels

Advocaten: S. van Buuren en D.W.L. Cloots

Wetsartikelen: werknemer/Aqua-Techniek B.V.

RECHTSPRAAK

Aan mededeling van medewerker afdeling financiën mocht werknemer niet gerechtvaardigd het vertrouwen ontlenen dat aan hem een transitievergoeding zou worden toegekend nadat hij zelf de arbeidsovereenkomst had opgezegd.

Feiten

Werknemer is op 9 oktober 2017 in dienst getreden bij Kraaijvanger Architects (hierna: Kraaijvanger) op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. De arbeidsovereenkomst is tussentijds verlengd tot 1 september 2019. Bij e-mail van 23 juli 2019 heeft de heer X namens Kraaijvanger aan werknemer geschreven dat de arbeidsovereenkomst per 1 september 2019 voor bepaalde tijd wordt verlengd voor de duur van drie maanden en derhalve op 31 december 2019 van rechtswege zal eindigen. Bij e-mail van 31 oktober 2019 heeft werknemer de arbeidsovereenkomst met Kraaijvanger opgezegd. Werknemer schrijft in zijn e-mail onder andere: '(...) Bij deze zeg ik mijn contract op. Dat betekent dat ik per 30 nov hier niet meer werk. Als er nog zaken zijn die ik moet afhandelen hoor ik het. (...)'. De heer Y, werkzaam op de afdeling financiën van Kraaijvanger, heeft in een e-mail van 31 oktober 2019 onder meer aan werknemer geschreven: 'Klopt, de transitievergoeding, daar heb je recht op als je langer dan 2 jaar in dienst bent geweest. Die is : € 1.530,- in jou geval. (...)'. Werknemer is per 1 december 2019 in dienst getreden bij een nieuwe werkgever. Werknemer heeft verzocht een transitievergoeding aan hem toe te kennen ten laste van Kraaijvanger.

Oordeel

Artikel 7:673 BW

In het onderhavige geval zou de arbeidsovereenkomst in eerste instantie van rechtswege eindigen op 31 december 2019. De arbeidsovereenkomst is echter niet op die wijze geëindigd, omdat werknemer de arbeidsovereenkomst zelf per 1 december 2019 heeft opgezegd. Die opzegging is door Kraaijvanger geaccepteerd. De arbeidsovereenkomst is daarom, anders dan werknemer heeft gesteld, niet geëindigd op een van de in artikel 7:673 lid 1 BW beschreven wijzen. In deze situatie bestaat er geen recht op een transitievergoeding. Het verzoek kan dan

ook niet worden toegewezen op de primaire grondslag.

Gerechtvaardigd vertrouwen

Werknemer heeft subsidiair een beroep gedaan op gerechtvaardigd vertrouwen. De vraag is of werknemer mocht vertrouwen op hetgeen Y aan hem heeft medegedeeld en of werknemer ervan mocht uitgaan dat Y, op basis van de op dat moment bij Y bekende informatie, aan hem namens Kraaijvanger de transitievergoeding mocht toekennen. Uit de toelichting van werknemer ter zitting volgt dat werknemer ervan op de hoogte was dat hij financiële zaken kon bespreken met Y en arbeidsrechtelijke kwesties met X regelde en dat hij dit eerder ook zo heeft gedaan. Uit niets is gebleken dat Y ten tijde van de e-mail van 31 oktober 2019 op de hoogte was van alle relevante omstandigheden, waaronder dat werknemer Kraaijvanger per 1 december 2019 ging verlaten, omdat werknemer zelf de arbeidsovereenkomst had opgezegd of dat werknemer aan het solliciteren was naar een andere baan. Er zijn geen feiten en of omstandigheden gesteld of gebleken, waaraan werknemer het door hem gestelde vertrouwen heeft mogen ontlenen. Het verzoek is daarom evenmin toewijsbaar op de subsidiaire grondslag. Het voorgaande leidt ertoe dat het verzoek van werknemer wordt afgewezen.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 25-03-2020

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2020:2555

Zaaknummer: 8294776 \ VZ VERZ 20-1278

Rechters: K.J. Bezuijen

Wetsartikelen: 7:673 BW

RECHTSPRAAK

Arbeidsovereenkomst ontbonden (g-grond). Vier coördinatoren zijn vertrokken omdat zij niet met werkneemster konden samenwerken. De stichting heeft veel inspanningen verricht om de problemen op te lossen. Noodzakelijk zelfinzicht ontbreekt bij werkneemster.

Feiten

Werkneemster is sinds 1 december 2013 in dienst van Stichting terminale thuiszorg Kampen en omstreken (hierna: de stichting) in de functie van coördinator vrijwilligers. Zij heeft op dit moment een arbeidsovereenkomst voor zes uur per week. Werkneemster is de enige werknemer van de stichting. Naast haar zijn er circa zestien vrijwilligers werkzaam voor de stichting. Werkneemster had aanvankelijk twee collega-coördinatoren. Beide hebben besloten hun arbeidsovereenkomst op te zeggen, omdat zij niet langer konden samenwerken met werkneemster. C, de nieuwe collega-coördinator, heeft ook haar arbeidsovereenkomst opgezegd, omdat samenwerken met werkneemster voor haar een onmogelijkheid was geworden. Op 1 juli 2019 is F gestart als nieuwe coördinator. Een externe adviseur Y heeft F en werkneemster begeleid in de samenwerking met elkaar en met het bestuur. Zij heeft begin oktober 2019 geconcludeerd dat het werkneemster en F niet goed lukt om tot een constructieve samenwerking te komen. Op 12 november 2019 is na een gesprek met werkneemster besloten dat zou worden ingezet op een verbetertraject. Op 16 november 2019 heeft F aangekondigd de functie van coördinator neer te leggen. Eind november 2019 is werkneemster medegedeeld dat het verbetertraject niet meer kon worden vormgegeven, dat zij niet langer als coördinator werkzaam kon blijven voor de stichting en dat zij in afwachting van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst werd vrijgesteld van haar werkzaamheden. Nadat de stichting werkneemster nogmaals tevergeefs had verzocht haar werkzaamheden te staken, heeft zij werkneemster per brief van 11 december 2019 op non-actief gesteld. De stichting verzoekt om ontbinding van de arbeidsovereenkomst.

Oordeel

h-grond

De stichting legt aan haar ontbindingsverzoek primair ten grondslag dat sprake is van een situatie als bedoeld in artikel 7:669 lid 3 sub h BW. De stichting legt aan haar ontbindingsverzoek primair in feite ten grondslag dat sprake is van disfunctioneren van werkneemster, bestaande uit het niet kunnen samenwerken met andere coördinatoren. Voor die situatie is de in artikel 7:669 lid 3 sub d BW genoemde ontslaggrond bedoeld. Nu de stichting primair niet, althans onvoldoende, heeft gesteld dat sprake is van andere dan de in artikel 7:669 lid 3 sub a t/m g BW genoemde gronden, kan het ontbindingsverzoek niet op de primaire grondslag worden toegewezen.

g-grond

Ten aanzien van de subsidiaire grondslag – een verstoorde arbeidsverhouding – stelt de kantonrechter voorop dat de verhoudingen tussen partijen evident ernstig verstoord zijn, nu de stichting geen enkel vertrouwen meer heeft in werkneemster. Het gebrek aan vertrouwen in werkneemster is (onder meer) ontstaan naar aanleiding van het vertrek van de vier coördinatoren. Werkneemster betwist dat de coördinatoren zijn vertrokken omdat zij niet met haar konden samenwerken, maar de stichting heeft naar het oordeel van de kantonrechter ten aanzien van drie van de vier coördinatoren genoegzaam onderbouwd dat zij inderdaad zijn vertrokken omdat zij niet konden samenwerken met werkneemster. Van een door de stichting gecreëerde verstoorde arbeidsverhouding is dan ook geen sprake. De stichting heeft veel inspanningen verricht om het ontstane probleem van de samenwerking op te lossen. Niet alleen heeft zij verschillende gesprekken met werkneemster gevoerd, ook heeft de stichting de regioadviseur van VPTZ en een externe adviseur ingeschakeld, terwijl de stichting – naar mag worden aangenomen – over weinig financiële middelen beschikt. Aan werkneemster kan worden toegegeven dat geen sprake is geweest van functioneringsgesprekken, maar de kantonrechter acht dit begrijpelijk, aangezien de stichting klein van omvang is en – op werkneemster na – volledig draait op vrijwilligers. Uit de processtukken en het verhandelde ter zitting blijkt bovendien niet dat bij werkneemster sprake is van enig voor een gedragsverandering noodzakelijk zelfinzicht. Integendeel, uit die stukken blijkt juist dat werkneemster de oorzaken van de samenwerkingsproblemen uitsluitend buiten zichzelf legt en dat zij meent geen moeilijk persoon te zijn om mee samen te werken. Hier komt nog bij dat werkneemster het vertrouwen van de stichting verder heeft beschaamd door eind 2019 herhaaldelijk te weigeren haar werkzaamheden neer te leggen, ondanks uitdrukkelijk verzoek daartoe van de stichting. Dat het voorstel voor een verbetertraject na het vertrek van F is ingetrokken, acht de kantonrechter om diezelfde reden in de gegeven omstandigheden niet onlogisch, nog daargelaten de vraag of een dergelijk traject nog wel praktisch uitvoerbaar was. De conclusie uit het voorgaande is dat geen aanleiding bestaat om aan te nemen dat het gebrek aan vertrouwen in werkneemster nog hersteld kan worden. Dit betekent dat sprake is

van een dusdanig verstoorde arbeidsverhouding dat van de stichting in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. De kantonrechter ziet geen aanleiding om aan werkneemster een billijke vergoeding toe te kennen. Van ernstig verwijtbaar handelen aan de zijde van de stichting is geen sprake. Niet volgehouden kan immers worden dat de verstoorde arbeidsverhouding bewust door de stichting is gecreëerd, terwijl de stichting met de beperkte middelen die haar ten dienste staan voldoende inspanningen heeft verricht om de verhouding met werkneemster te verbeteren.

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 25-03-2020

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2020:1512

Zaaknummer: 8322001 \ EJ VERZ 20-54

Rechters: A.M. Koene

Advocaten: F.J. Bloem en J.C.A. Froom

Wetsartikelen: 7:669 lid 3 sub g BW en 7:671b lid 1 sub a BW

RECHTSPRAAK

Ontslag op staande voet van verkoopmedewerker die herhaaldelijk sigaretten uit supermarkt wegnam, houdt stand. Verklaring werknemer niet tot stand gekomen onder ongeoorloofde druk.

Feiten

Werknemer is op 11 september 2017 voor bepaalde tijd in dienst getreden van werkgever. Het dienstverband is laatstelijk verlengd tot 12 maart 2019. Werknemer was werkzaam als verkoopmedewerker in de door werkgever geëxploiteerde Spar-winkel. Op 9 november 2018 heeft in de winkel een gesprek plaatsgevonden tussen werkgever, een bedrijfsrechercheur bij R&F Investigations en werknemer. In dit gesprek heeft werknemer erkend gedurende zo'n 14 weken pakjes sigaretten te hebben weggenomen uit de winkel en hierover een getekende verklaring afgelegd. Bij brief van 12 november 2018 heeft werkgever aan werknemer bericht dat hij op staande voet is ontslagen wegens de diefstal. De kantonrechter heeft het verzoek van werknemer tot doorbetaling van loon c.a. na het ontslag op staande voet afgewezen op de grond dat het ontslag op staande voet rechtsgeldig is gegeven omdat werknemer meermalen sigaretten heeft weggenomen zonder daarvoor te betalen. Werknemer is van dit oordeel in hoger beroep gekomen.

Oordeel

Weliswaar is aannemelijk dat werknemer zich tijdens het gesprek met werkgever en de bedrijfsrechercheur op 9 november 2018 niet helemaal fit heeft gevoeld en druk heeft ervaren door de confrontatie met zijn gedrag, maar dat zijn verklaring zoals die in het gespreksverslag is weergegeven tot stand is gekomen onder zodanige ongeoorloofde druk of beïnvloeding dan wel leidende vraagstelling dat aan die verklaring geen waarde mag worden toegekend, is niet aannemelijk. Dat mogelijk niet (geheel) conform voornoemde privacygedragscode is gehandeld doet daar niet aan af. Ook in de dagen na het bewuste gesprek, toen werknemer ruimschoots gelegenheid had gehad een en ander te laten bezinken en te overdenken, heeft hij geen contact met werkgever gezocht met de mededeling dat zijn verklaring in het gespreksverslag onjuist was. Werknemer heeft daarnaast tijdens de mondelinge behandeling in hoger beroep nog aangevoerd dat hem zou zijn gezegd dat als hij het gespreksverslag zou

tekenen, hij niet zou worden ontslagen. Het hof kan dit niet rijmen met hetgeen ter zake in het onderzoeksverslag is opgenomen: 'Ik [hof: werknemer] weet dat mijn gedragingen voor werkgever Supermarkten [adres] een dringende reden zijn voor een ontslag op staande voet. Dit is mij mondeling medegedeeld door de heer werkgever en zal mij schriftelijk per post en aangetekende post worden bevestigd.' Het moet dus voor werknemer volstrekt duidelijk zijn geweest dat zijn gedragingen voor werkgever een dringende reden voor ontslag op staande voet opleverden. Het hof concludeert op grond van het voorgaande, in samenhang met de onbestreden vaststellingen door de kantonrechter van hetgeen te zien is op de camerabeelden die in de eerste aanleg zijn getoond en de verklaring van de accountant, dat voldoende is komen vast te staan dat werknemer herhaaldelijk sigaretten heeft weggenomen uit de winkelvoorraad van werkgever zonder daarvoor te betalen. Wat betreft grief 4 voor het overige, te weten dat werkgever heeft getalmd met het ontslag op staande voet en (ruim) de tijd (namelijk van 7 uur tot 10.30 uur) heeft genomen vooraleer het gesprek met werknemer heeft plaatsgevonden en dat het ontslag derhalve niet onverwijld is gegeven, geldt het volgende. De werkgever dient na het ontdekken van de als dringende reden kwalificerende handeling onverwijld te handelen en zo spoedig mogelijk ontslag op staande voet te verlenen, maar in een geval als dit, waarin een onderzoek heeft plaatsgevonden naar diefstal/verduistering door personeel en in dat verband camerabeelden zijn gemaakt, is het alleszins terecht geweest in het kader van de wederhoor werknemer daarmee te confronteren en een verklaring te laten geven over de bevindingen. Nadat hij deze verklaring had gegeven en de beschuldigingen had erkend, is het ontslag op staande voet onmiddellijk dus onverwijld gegeven. De bestreden beschikking zal worden bekrachtigd.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 24-03-2020

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2020:936

Zaaknummer: 200.261.249/01

Rechters: A.M.A. Verscheure, L.A.J. Dun en I.A. Haanappel-van der Burg

Advocaten: J. du Bois en D.J. Kolk

Wetsartikelen: 7:677 BW en 7:683 lid 3 BW

RECHTSPRAAK

Herplaatsing in een andere functie kan niet worden gelijkgesteld aan gedeeltelijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:673 BW. Een vermindering van salaris die het gevolg is van herplaatsing geeft dan ook geen recht op een transitievergoeding.

Feiten

Werkneemster is vanaf januari 2002 werkzaam geweest als lerares bij Stichting Islamitisch Primair Onderwijs Rijnmond (hierna: SIPOR) met een werktijdfactor van 1,0. Haar salaris was € 3.313 bruto per maand. Op de arbeidsovereenkomst is de cao voor het primair onderwijs (hierna: de CAO-PO) van toepassing. Op 17 januari 2013 is werkneemster ziek uitgevallen. Op 22 juni 2015 heeft het UWV werkneemster voor 48,49% arbeidsongeschikt bevonden en geoordeeld dat zij blijvend ongeschikt is voor het eigen werk, maar dat bij SIPOR een herplaatsingsmogelijkheid is benut. Per 1 augustus 2015 is aan werkneemster ontslag verleend wegens langdurige arbeidsongeschiktheid. Met ingang van diezelfde datum is werkneemster voor onbepaalde tijd benoemd tot onderwijsassistente met een werktijdfactor van 0,8 en een salaris van € 1.706,40 bruto per maand. Werkneemster verzoekt in deze procedure SIPOR te veroordelen een (al dan niet gedeeltelijke) transitievergoeding aan werkneemster te betalen. De kantonrechter heeft de verzoeken van werkneemster afgewezen. Het Hof Den Haag heeft de beschikking van de kantonrechter bekrachtigd. De Hoge Raad heeft de beschikking van het Hof Den Haag vernietigd, omdat de mondelinge behandeling in hoger beroep had plaatsgevonden ten overstaan van een raadsheer-commissaris zonder dat dit uiterlijk bij de oproeping aan partijen was medegedeeld en heeft het geding verwezen naar het Hof Amsterdam (hierna: het hof). Het hof heeft bij tussenbeschikking (zie AR 2019-1097) geoordeeld dat werkneemster in elk geval recht heeft op een gedeeltelijke transitievergoeding in verband met de vermindering van haar arbeidsduur met twintig procent. Verder heeft het hof overwogen dat de Kolom-beschikking van de Hoge Raad (zie AR 2018-1037) de vraag oproept of werkneemster daarnaast recht heeft op een gedeeltelijke transitievergoeding als vergoeding voor het substantiële inkomensverlies dat zij lijdt door de herplaatsing in een functie die is ingedeeld in een lagere salarisschaal. Het hof heeft in verband hiermee prejudiciële vragen aan de Hoge Raad gesteld, met als eerste 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?’

Oordeel

De Hoge Raad oordeelt als volgt. Met het wettelijke stelsel en het karakter van de transitievergoeding is niet verenigbaar dat aanspraak ontstaat op een gedeeltelijke transitievergoeding bij een inkomensachteruitgang door herplaatsing in een functie met een lager salaris. Herplaatsing in een andere passende functie (zonder urenverlies) is geen vorm van beëindiging als bedoeld in artikel 7:673 BW. Een dergelijke herplaatsing door de werkgever wordt in het wettelijke stelsel, blijkens artikel 7:669 lid 1 BW in verbinding met artikel 7:673 BW, juist gezien als een (in beginsel voorgeschreven) weg om te voorkomen dat de arbeidsovereenkomst wordt beëindigd. Herplaatsing in een andere passende functie is ook niet op één lijn te stellen met gedeeltelijke beëindiging van een arbeidsovereenkomst, zoals aan de orde was in de Kolom-beschikking. In die beschikking ging het om een geval dat de arbeidsovereenkomst door vermindering van de arbeidsduur in feite gedeeltelijk was beëindigd. Dat de werknemer in een dergelijk geval (binnen bepaalde grenzen) recht heeft op een transitievergoeding naar evenredigheid van de vermindering van de arbeidsduur, past binnen de systematiek van de – op verlies van werk (ontslag) gebaseerde – wettelijke regeling van de transitievergoeding. Die wettelijke regeling is niet bedoeld om een vergoeding aan de werknemer toe te kennen voor verlies van inkomen om andere redenen. Als de werknemer een inkomensachteruitgang heeft van ten minste twintig procent die het gevolg is van de combinatie van een structurele vermindering van de arbeidsduur met minder dan twintig procent en herplaatsing in een functie met een lager salaris, bestaat evenmin aanspraak op een (gedeeltelijke) transitievergoeding. In dat geval is immers geen sprake van een substantiële vermindering van de arbeidsduur als bedoeld in de Kolom-beschikking. Opmerking verdient nog dat de omstandigheid dat aan werkneemster in dit geval in overeenstemming met artikel 3.9 van de CAO-PO 2014-2015 ontslag is verleend als lerares, niet meebrengt dat zij aanspraak kan maken op een transitievergoeding. Zij is immers, eveneens in overeenstemming met de CAO-PO 2014-2015, met ingang van de datum van haar ontslag benoemd in een andere functie bij dezelfde werkgever. Het voorgaande komt op hetzelfde neer als herplaatsing in een andere functie bij dezelfde werkgever door wijziging van de arbeidsovereenkomst zonder dat ontslag is verleend. Uit artikel 7:669 lid 1 BW volgt dat ontslag ook niet mogelijk zou zijn, nu werkneemster kon worden herplaatst in een andere functie. Datzelfde vloeit overigens voort uit het in deze zaak toepasselijke artikel 20 ZAPO, waarin immers is bepaald dat ontslag alleen mogelijk is als bij de werkgever voor de werknemer geen reële herplaatsingsmogelijkheden zijn. In dit geval is dus, nu de arbeidsduur

van werknemer werd verminderd van honderd procent naar tachtig procent, sprake van een beëindiging van de arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:673 BW voor twintig procent, die de werknemer – zoals het hof heeft geoordeeld – aanspraak geeft op een gedeeltelijke transitievergoeding van € 10.227,03 bruto. Uit het voorgaande volgt dat de genoemde prejudiciële vraag ontkennend moet worden beantwoord. Herplaatsing in een andere functie kan niet worden gelijkgesteld aan gedeeltelijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:673 BW. Een vermindering van salaris die het gevolg is van herplaatsing geeft dan ook geen recht op een transitievergoeding. Nu die eerste prejudiciële vraag ontkennend is beantwoord, behoeven de overige vragen geen beantwoording.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 17-04-2020

ECLI: ECLI:NL:HR:2020:749

Zaaknummer: 19/04725

Rechters: C.A. Streefkerk, T.H. Tanja-van den Broek, M.J. Kroeze, C.H. Sieburgh en F.J.P. Lock

Advocaten: S.F. Sagel

Wetsartikelen: 7:669 lid 1 BW en 7:673 BW

RECHTSPRAAK

Toewijzing vordering teruggave Schipholpas. Schiphol heeft de belangen van de werknemer ernstig veronachtzaamd en daarmee onrechtmatig jegens hem gehandeld door op geen enkele wijze de belangen van de werknemer te betrekken bij de beslissing om zijn Schipholpas in te nemen.

Feiten

X is sinds 2008 in dienst bij ISS Cleaning Service (hierna: ISS). ISS heeft een overeenkomst met Schiphol Nederland B.V. (hierna: SNVB) op basis waarvan ISS diverse facilitaire diensten aan SNVB verleent, waaronder schoonmaakdienstverlening (hierna: de Overeenkomst). Ter uitvoering van die diensten zet ISS haar eigen personeel in voor SNVB. Uit dien hoofde werd X door ISS ingezet op schoonmaakwerkzaamheden voor SNVB op de luchthaven Schiphol. In de Overeenkomst is een bepaling opgenomen dat SNVB personeel van ISS mag weigeren 'om haar moverende redenen'. Op 4 december 2018 heeft de bedrijfsrecherche van SNVB X gehoord omtrent de omstandigheid dat op videobeelden van 29 oktober 2018 te zien is dat X in de Privium Lounge van SNVB (hierna: het Privium) een flesje cola, bestemd voor Privium-leden, drinkt. SNVB heeft vervolgens medegedeeld dat de Schipholpas van X tijdelijk, gedurende het onderzoek, wordt ingenomen. Op personen die in het bezit worden gesteld van een Schipholpas, zijn de Schipholregels van toepassing waaronder ook de Regeling Toelating Schiphol (RTS) valt. Daarbij zijn ook de Voorwaarden Schipholpas Personen van toepassing (hierna: de Voorwaarden). Bij brief van 5 december 2018 heeft ISS aan X te kennen gegeven dat hij, gedurende het onderzoek naar deze vermeende diefstal, op non-actief is gesteld met behoud van loon. Naar aanleiding van een onderzoek door de bedrijfsrecherche heeft SNVB besloten X voor onbepaalde tijd geen Schipholpas te verstrekken. Bij brief van 19 december 2018 heeft ISS kortweg aangegeven dat zij in beginsel de mogelijkheden gaat onderzoeken voor een andere werkplek voor X binnen ISS. X heeft in eerste aanleg gevorderd dat de kantonrechter – bij wijze van voorlopige voorziening – SNVB veroordeelt tot het teruggeven van de Schipholpas. De kantonrechter heeft deze vorderingen afgewezen. Tegen deze beslissing en de daaraan ten grondslag gelegde motivering komt X met zijn grieven op. In deze zaak heeft het hof op 10 december 2019 een tussenarrest uitgesproken. Naar aanleiding

daarvan heeft op 17 februari een comparitie van partijen plaatsgevonden.

Oordeel

Het hof is, anders dan de kantonrechter, van oordeel dat tussen SNBV en X een rechtsverhouding bestaat die zich kenmerkt door de afgifte van de Schipholpas door SNBV, de regels waar X zich in dat verband aan moet houden en de mogelijkheid van SNBV de Schipholpas in te nemen, met alle gevolgen van dien voor X. Dit houdt in dat op die rechtsverhouding ook de redelijkheid en billijkheid een rol spelen. SNBV moest zich in dat verband dan ook bij haar beslissing de Schipholpas in te trekken mede daardoor laten leiden. Door op geen enkele wijze de belangen van X te betrekken bij de beslissing om zijn Schipholpas in te nemen heeft SNBV naar het oordeel van het hof de belangen van X ernstig veronachtzaamd en daarmee onrechtmatig jegens hem gehandeld. Als grote commerciële partijen heeft zowel SNBV als ISS geen rekening gehouden met de ongelijkwaardigheid in de verhouding met X. X heeft gedurende tien jaar onafgebroken voor SNBV gewerkt en had ook belang bij dit dienstverband. Gebleken is dat SNBV de Schipholpas vanwege misstanden heeft ingetrokken, als sanctie. Voor deze situatie kennen de Schipholregels echter andere, minder verstrekken, sanctioneringsmaatregelen. Hiervan heeft SNBV geen gebruik gemaakt. Daarmee heeft SNBV geen rekening gehouden met de door X gestelde belangen, terwijl dat zeer wel had gekund. De slotsom uit het bovenstaande is dat de vordering tot teruggave van de Schipholpas en toelating tot de werkzaamheden om de hiervoor besproken redenen moet worden toegewezen, indien en voor zover de werkgever (ISS) X weer bij SNBV te werk stelt.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 14-04-2020

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2020:1077

Zaaknummer: 200.261.192/01

Rechters: I.A. Haanappel-van der Burg en L.A.J. Dun

Advocaten: H.C.S. van Deijk-Amzand, I.L.N. Timp en G.C. Boot

Wetsartikelen: 7:611 BW

RECHTSPRAAK

Werkgeversaansprakelijkheid vanwege blootstelling aan asbest. Werkgeefster is echter niet aansprakelijk omdat voldoende aannemelijk is dat zij naar de destijds geldende maatstaven aan haar zorgplicht heeft voldaan.

Feiten

Werknemer heeft van 1965 tot 1969 gewerkt als elektromonteur op een scheepswerf. Volgens werknemer was hij toen werkzaam bij werkgeefster, gedaagde in deze procedure. Werkgeefster betwist dit echter. In januari 2018 is bij werknemer de diagnose maligne mesotheliom vastgesteld. Deze diagnose is op 5 maart 2018 bevestigd door het mesotheliompanel van het ziekenhuis. Naar aanleiding daarvan heeft werknemer zich voor bemiddeling gewend tot het Instituut Asbestslachtoffers (IAS). Het IAS heeft een arbeidshistorisch onderzoek verricht naar de blootstelling aan asbest in de functies die werknemer gedurende zijn werkzame leven heeft uitgevoerd. In het rapport is vastgesteld dat werknemer in de periode van 1966 tot 1969 bij werkgeefster werkzaam was als elektromonteur. Over de jaren hierna is niet bekend geworden of werknemer (nogmaals) aan asbest is blootgesteld. Per brief van 21 maart 2018 heeft werknemer de rechtsopvolger van werkgeefster aansprakelijk gesteld voor de bij hem gediagnosticeerde asbestziekte. Werkgeefster heeft deze aansprakelijkheid afgewezen. Op 17 januari 2019 heeft een voorlopig getuigenverhoor plaatsgevonden. Voorts is werknemer in 2019 overleden. Zijn erven zetten de procedure voort en vorderen betaling van € 63.500 aan immateriële schadevergoeding, alsmede vergoeding van de materiële schade, nader op te maken bij staat.

Oordeel

Werkgeefster stelt dat het onduidelijk is of en wanneer werknemer voor haar werkzaam is geweest. De kantonrechter is met de erven van werknemer van oordeel dat voldoende is aangetoond dat werknemer werkzaam is geweest bij (de rechtsvoorganger) van werkgeefster. Uit de getuigenverklaringen van zowel een collega als werknemer zelf volgt ook dat werknemer een dienstverband met werkgeefster had. Werkgeefster beroept zich op verjaring en het ontbreken van een grond voor die verjaring naar maatstaven van redelijkheid en

billijkheid. Daarnaast voert werkgeefster aan dat zij naar de destijds geldende maatstaven aan haar zorgplicht heeft voldaan. De kantonrechter is van oordeel dat dit laatste verweer slaagt en overweegt daartoe dat de vraag welke veiligheidsmaatregelen in redelijkheid door werkgeefster hadden moeten worden genomen moet worden beoordeeld naar de maatstaven die daar destijds voor golden. Uit medische publicaties over de risico's van blootstelling aan asbest en uit de rechtspraak daarover tot nu toe kan worden afgeleid dat tijdens het dienstverband van werknemer bij werkgeefster nog niet bekend was dat blootstelling aan asbest mesothelioom kon veroorzaken. Vervolgens overweegt de kantonrechter dat naar vaste rechtspraak van de Hoge Raad een werkgever ook aansprakelijk is indien het nalaten van het treffen van maatregelen de kans op het zich verwezenlijken van destijds nog onbekende gevaren aanzienlijk heeft verhoogd. Voor deze zaak betekent dit dat het niet van belang is dat in de periode dat werknemer voor werkgeefster werkzaam was niet bekend was dat blootstelling aan asbest mesothelioom kon veroorzaken. Als sprake is geweest van langdurige blootstelling aan asbest dan was werkgeefster gehouden maatregelen te treffen (ook in de genoemde periode). Naar het oordeel van de kantonrechter zijn de erven er echter niet in geslaagd te bewijzen dat werknemer tijdens zijn werkzaamheden voor werkgeefster intensief en langdurig aan asbest blootgesteld is geweest. De conclusie van het voorgaande is dat het niet uitgesloten moet worden geacht dat werknemer tijdens het dienstverband met werkgeefster aan asbest is blootgesteld en het mogelijk is dat daardoor mesothelioom bij hem is ontstaan, maar dat de vordering van de erven van werknemer (toch) moet worden afgewezen, omdat voldoende aannemelijk is dat werkgeefster aan haar zorgplicht heeft voldaan.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 08-04-2020

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2020:1341

Zaaknummer: 7571879 UC EXPL 19-2118 LvdH/1470

Rechters: P. Krepel

Advocaten: D. van Doorn en M. Timpert-de Vries

Wetsartikelen: 7:658 BW

RECHTSPRAAK

Beveiligers worden niet (met terugwerkende kracht) arbeidsongeschikt geacht. Het niet werken komt voor rekening van werknemer vanwege het ontbreken van de vereiste 'grijze pas'. Het deskundigenoordeel en de rapportages van de psycholoog lijken niet gebaseerd te zijn op volledige informatie.

Feiten

Werknemer is sinds 27 mei 2003 bij (een rechtsvoorgangster van) Securitas Beveiliging B.V. (hierna: Securitas) in dienst. Laatstelijk vervulde werknemer de functie van beveiligers. Op grond van de Wet particuliere beveiligingsorganisaties en recherchebureaus en de cao mag Securitas een werknemer alleen tewerkstellen indien hij of zij beschikt over toestemming van de korpschef van de politie om beveiligingswerkzaamheden te verrichten (een zogenoemde 'grijze pas'). Op 20 januari 2017 heeft werknemer zich ziek gemeld. De psychiater, bij wie werknemer eerder in behandeling was voor depressieve klachten, heeft op 23 januari 2017 bij werknemer de diagnose Posttraumatische Stressstoornis (PTSS) gesteld. Op 2 maart 2017 is werknemer op arbeidstherapeutische basis aan het werk gegaan. In het verslag van het spreekuur op 8 maart 2017 heeft de bedrijfsarts onder meer geadviseerd dat werknemer de hervatting in eigen werk voor 50% kan handhaven en per 13 maart 2017 volledig arbeidsgeschikt zijn eigen werkzaamheden kan hervatten. De grijze pas van werknemer was geldig tot en met 23 april 2017. De behandeling van de aanvraag tot verlenging van de grijze pas heeft vertraging opgelopen wegens nader politieonderzoek omdat werknemer eind 2016 betrokken was geweest bij een vechtpartij. Met ingang van 24 april 2017 heeft werknemer zijn werkzaamheden gestaakt en heeft Securitas de loonbetalingen aan werknemer gestopt omdat werknemer niet ingezet kon worden voor werkzaamheden zonder toestemming van de korpschef. Op 12 juni 2017 heeft de korpschef aan Securitas het voornemen kenbaar gemaakt om zijn toestemming ten behoeve van werknemer niet te verlenen. Op 12 juni 2017 heeft werknemer zich ziek gemeld. Securitas heeft werknemer per brieven van 14 en 21 juni 2017 bericht dat Securitas vanaf 23 april 2017 niet langer gehouden was hem loon door te betalen zolang hij niet inzetbaar is voor werkzaamheden wegens het niet beschikken over een geldige grijze pas. Op 12 september 2017 is werknemer op het spreekuur van de verzekeringsarts van

het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (hierna: UWV) geweest in het kader van een door hem gevraagd deskundigenoordeel. In de hiervan opgemaakte rapportage is onder meer vermeld dat werknemer per/sinds 20 januari 2017 als doorlopend volledig arbeidsongeschikt kan worden gezien. De kantonrechter heeft de loonvordering van werknemer afgewezen. De grieven richten zich in de kern tegen het oordeel van de kantonrechter dat de oorzaak van het feit dat werknemer zijn werkzaamheden op en na 24 april 2017 niet langer kon verrichten, gelegen is in het niet beschikken over een geldige grijze pas en niet in de door werknemer als oorzaak van het niet kunnen werken gestelde arbeidsongeschiktheid.

Oordeel

Werknemer heeft zich ter onderbouwing van zijn stelling dat hij op 24 april 2017 arbeidsongeschikt was, beroepen op het deskundigenoordeel van het UWV van 15 september 2017. Het hof volgt hem hierin niet. Het aan het deskundigenoordeel ten grondslag liggende onderzoek ziet blijkens de overgelegde verzekeringsgeneeskundige rapportage op de vraag of werknemer 'per geschildatum 20-01-2017 geschikt (is) te achten voor het eigen werk'. Tussen partijen was – en is – echter geenszins in geschil dat werknemer op die datum arbeidsongeschikt was. In de rapportage wordt geconcludeerd: 'Cliënt is per/sinds geschildatum 20-01-2017 niet geschikt te achten voor het eigen werk. (...)'. Het hof stelt vast dat de verzekeringsarts blijkens de rapportage heeft aangenomen dat de werkhervatting door werknemer in maart/april 2017 is mislukt. Onduidelijk is op welke informatie, anders dan informatie afkomstig van werknemer zelf, dit oordeel gebaseerd is. Kennelijk is de verzekeringsarts eraan voorbij gegaan dat de bedrijfsarts werknemer per 13 maart 2017 arbeidsgeschikt achtte voor zijn eigen werkzaamheden en dat werknemer daadwerkelijk gedurende de periode van 14 maart 2017 tot 24 april 2017 heeft gewerkt. Het deskundigenoordeel lijkt daarom niet – mede – gebaseerd te zijn op (volledige) informatie, afkomstig van (de bedrijfsarts van) Securitas. Werknemer heeft zich ook beroepen op de rapportage van een psycholoog van 9 april 2019. Uit deze rapportage komt het beeld naar voren van doorlopende psychische problemen vanaf 2006. Naast de PTSS noemt de psycholoog een recidiverende depressie. De psycholoog achtte het aannemelijk dat beide aanleiding hebben gegeven tot het incident in 2016. Het hof acht deze rapportage ontoereikend ter onderbouwing van werknemers stellingen omdat de daarin opgenomen conclusies gelet op het ontbreken van een inzichtelijke onderbouwing daarvan het hof arbitrair voorkomen. Daartoe wordt overwogen dat de rapportage zonder enige betrokkenheid van (de bedrijfsarts of medisch adviseur van) Securitas is opgesteld en – behoudens twee brieven van zijn andere psycholoog van 5 maart 2014 en 18 juli 2017 waarin kennelijk diagnoses zijn genoemd – uitsluitend lijkt te zijn gebaseerd op wat werknemer zelf aan deze

psycholoog heeft verteld. Het hof concludeert dat werknemer op en na 24 april 2017 niet arbeidsongeschikt wegens ziekte is geweest voor de bedongen werkzaamheden.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 07-04-2020

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2020:1095

Zaaknummer: 200.248.087/01

Rechters: A.M.A. Verscheure, F.J. Verbeek en A.C.M. Kuypers

Advocaten: P.A. Schmidt en C.C. Zillinger Molenaar

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

RECHTSPRAAK

Ontslag op staande voet werknemer vanwege het opstellen van een creditnota voor zichzelf (naar aanleiding van een fout in een factuur) vernietigd. Ontslag niet onverwijld en dringende reden ontbreekt. Wel ontbinding van de arbeidsovereenkomst vanwege verstoorde arbeidsverhouding.

Feiten

Werknemer is sinds 12 juni 2017 in dienst bij Rijvo Tegelhandel B.V. (hierna: Rijvo). Werknemer heeft voor de inrichting van zijn woning tegels gekocht bij K&R Afbouw, een zusteronderneming van Rijvo. Werknemer heeft een fout in de factuur geconstateerd, vanwege een dubbeltelling van btw. Vervolgens heeft werknemer met verschillende personen binnen Rijvo geprobeerd deze fout te bespreken. In verband met de verbouwing van zijn woning heeft werknemer vakantie opgenomen van 25 oktober tot 10 november 2019. Op 11 november 2019 heeft werknemer om een creditnota gevraagd bij de administratief medewerkster en diezelfde dag heeft werknemer een bedrag van € 13.194 betaald ten behoeve van de factuur. Op 19 december 2019 is werknemer meegedeeld dat hij per direct was geschorst in verband met het maken van een creditnota voor zichzelf. Een en ander is bij e-mail bevestigd, waarbij ook werd aangegeven dat een verder onderzoek na twee dagen zal worden afgerond. Tijdens een vervolgesprek op 21 december 2019 is werknemer een beëindiging met wederzijds goedvinden voorgelegd. Als hij daartoe niet bereid was, zou ontslag op staande voet volgen vanwege het incident met de creditnota. Werknemer stemt niet in met beëindiging van de arbeidsovereenkomst en na contact tussen de gemachtigden van beide partijen is hij per brief van 9 januari 2020 op staande voet ontslagen. In deze procedure verzoekt werknemer vernietiging van het ontslag op staande voet en doorbetaling van zijn loon. Rijvo vordert bij wijze van tegenverzoek een gefixeerde schadevergoeding en voorwaardelijke ontbinding voor zover het ontslag op staande voet wordt vernietigd.

Oordeel

Ontslag op staande voet

Naar het oordeel van de kantonrechter is het ontslag op staande voet niet rechtsgeldig. Daartoe overweegt de kantonrechter dat het ontslag niet onverwijld is gegeven. In het gesprek van 21 december 2019 heeft Rijvo aan werknemer meegedeeld dat zij het voornemen had om werknemer op staande voet te ontslaan wegens het incident met de creditnota, maar is ook voorgesteld dat werknemer in plaats daarvan nog tot en met 27 december 2019 kon instemmen met een beëindiging van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden. Op zichzelf voldeed deze werkwijze aan de eisen omtrent onverwijldheid uit vaste rechtspraak. Rijvo heeft immers de dringende reden direct meegedeeld en aan werknemer een korte termijn voor beraad over haar voorstel gegeven. Rijvo had echter direct na deze termijn over moeten gaan tot ontslag op staande voet, hetgeen bijna twee weken later is gebeurd. Dit betekent dat het ontslag op staande voet ongeldig is, alleen al omdat dit ontslag niet onverwijld is gegeven. De kantonrechter is daarnaast van oordeel dat de door Rijvo genoemde dringende reden geen ontslag op staande voet rechtvaardigt. Hoewel werknemer zonder toestemming een creditnota heeft aangevraagd, staat vast dat hij zichzelf op geen enkele wijze heeft bevoordeeld en is ook niet van enige bedoeling daartoe gebleken. Bovendien heeft Rijvo erkend dat de factuur van 11 oktober 2019 onjuist was. De creditnota van 12 november 2019 was daarom terecht en werknemer was een bedrag van € 13.194,00 aan Rijvo verschuldigd, dat hij diezelfde dag ook aan Rijvo heeft betaald. Gelet op deze omstandigheden is de kantonrechter van oordeel dat werknemer onzorgvuldig en onjuist heeft gehandeld bij het (laten) opstellen van de creditnota, maar dat de aard en ernst van zijn handelen geen dringende reden voor een ontslag op staande voet oplevert. Omdat het ontslag op staande voet niet rechtsgeldig is, zal het verzoek van werknemer om vernietiging van dat ontslag worden toegewezen. De vordering van werknemer tot loonbetaling zal daarom eveneens worden toegewezen.

Ontbinding

Aan de voorwaarde voor het verzoek van Rijvo is voldaan, omdat het ontslag op staande voet wordt vernietigd. De kantonrechter zal de arbeidsovereenkomst ontbinden wegens een verstoorde arbeidsverhouding, omdat ter zitting is gebleken dat beide partijen menen dat daarvan sprake is. Overigens is gelet op de conflicten en meningsverschillen tussen partijen ook voor de kantonrechter duidelijk dat de arbeidsrelatie geen enkele toekomst meer heeft. Daarmee doet zich een redelijke grond voor ontbinding voor, en ligt herplaatsing niet (meer) in de rede. De kantonrechter ziet geen reden om het einde van de arbeidsovereenkomst op een eerdere datum vast te stellen, zoals Rijvo heeft verzocht, omdat geen sprake is van ernstig verwijtbaar handelen door werknemer. Daarnaast ziet de kantonrechter geen aanleiding om aan werknemer een billijke vergoeding toe te kennen. Tot slot wordt de door Rijvo gevorderde gefixeerde schadevergoeding afgewezen, omdat hiervoor is geoordeeld dat het ontslag op

staande voet niet rechtsgeldig is.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 31-03-2020

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2020:2895

Zaaknummer: 8298825 AO VERZ 20-7

Rechters: P.J. Jansen

Advocaten: M. Degelink en B.C. Hopmans

Wetsartikelen: 7:669 BW, 7:671b BW, 7:672 BW, 7:677 BW en 7:678 BW

RECHTSPRAAK

Beveiliger, die te laat op zijn dienst is en dit niet meldt aan zijn werkgever, is onterecht op staande voet ontslagen. In plaats van herstel ontvangt werknemer een billijke vergoeding van € 7.500 naast een transitievergoeding.

Feiten

Werknemer is sinds 21 maart 2016 bij werkgeefster in dienst getreden en vervulde laatstelijk de functie van beveiligers bij grootwinkelbedrijf Primark. Op 18 mei 2019 zou werknemer zijn dienst om 10.00 uur moeten aanvangen. Om ongeveer 09.30 uur heeft werknemer zijn collega gebeld op de diensttelefoon met de mededeling dat hij later op het werk zou aankomen en dat de collega de portofoon bij de hoofdingang kon neerzetten, zodat werknemer alvast kon meeluisteren. Werknemer is om ongeveer 11.00 uur bij Primark gearriveerd. In het dagrapport van 18 mei 2019, dat wordt bijgehouden door de bij Primark werkzame beveiligers, staat vermeld dat de dienst van werknemer is aangevangen om 10.00 uur. Primark heeft bij werkgeefster geklaagd dat er ten onrechte te veel uren zijn gedeclareerd. Op 20 mei 2019 heeft werknemer op zijn telefoon een gemiste oproep van werkgeefster gezien. Werknemer heeft teruggebeld en te horen gekregen dat hij op 21 mei 2019 om 11.00 uur op het hoofdkantoor werd verwacht voor een gesprek. Bij e-mail van 20 mei 2019 van 13.49 uur is werknemer door de HR-manager bij werkgeefster op non-actief gesteld. Werknemer is daarbij uitgenodigd om op 21 mei 2019 op het hoofdkantoor van werkgeefster zijn kant van het verhaal te vertellen. Op 20 mei 2019 heeft werknemer aan de planning van werkgeefster laten weten dat hij op 18 mei 2019 te laat op zijn werk was en dat de gewerkte uren nog moesten worden aangepast. In het gesprek op 21 mei 2019 is werknemer op staande voet ontslagen. Per e-mail van 21 mei 2019 is het ontslag op staande voet schriftelijk aan werknemer bevestigd. De kantonrechter heeft de verzoeken van werknemer, waaronder onder meer het verzoek om vernietiging van het ontslag op staande voet afgewezen, en werknemer veroordeeld tot betaling van een vergoeding van € 3.965,54 wegens onregelmatige opzegging. In hoger beroep staat de vraag centraal of het ontslag op staande voet van 21 mei 2019 terecht gegeven is of dat er sprake is van een onregelmatig gegeven ontslag.

Oordeel

Het hof oordeelt dat het te laat verschijnen geen dringende reden oplevert voor een ontslag op staande voet. Van herhaaldelijk te laat komen door werknemer is niet gebleken. Wil zijn te laat komen wel een dringende reden voor ontslag op staande voet opleveren, dan moet er sprake zijn van bijkomende omstandigheden. Die bijkomende omstandigheden zijn er blijkens de ontslagbrief van 21 mei 2019 volgens werkgeefster in gelegen dat werknemer bewust over het te laat komen geen open kaart heeft gespeeld en dat hij dit zelfs heeft trachten te verdoezelen. Veronderstellenderwijs ervan uitgaande dat werknemer de beveiliging bij de ingang van de winkel heeft laten wegsturen, heeft werknemer zijn eigen belang, dat er kennelijk in was gelegen om op betreffende dag onopgemerkt de winkel te kunnen betreden, gesteld boven de belangen van zijn werkgever en haar opdrachtgever en heeft hij de veiligheid in de winkel in gevaar gebracht. Het hof acht dit zeer kwalijk en niet getuigen van goed werknemerschap en is van oordeel dat werkgeefster dit soort gedrag uiteraard niet hoeft te accepteren. Het hof acht voldoende aannemelijk dat werknemer onder de gegeven omstandigheden geen rationele keuzes heeft gemaakt, maar onnadenkend heeft gehandeld, althans niet goed heeft nagedacht over de mogelijke gevolgen van zijn handelen. Alles afwegend komt het hof tot de conclusie dat er geen sprake is van een dringende reden voor het ontslag op staande voet en dat dit ontslag derhalve niet rechtsgeldig is gegeven. Naar het oordeel van het hof had werkgeefster in dit geval ook andere, minder ingrijpende, maatregelen kunnen treffen, zoals bijvoorbeeld het geven van een officiële schriftelijke waarschuwing.

Billijke vergoeding

Het hof acht aannemelijk dat de arbeidsovereenkomst ook bij een 'reguliere' ontbindingsprocedure zou zijn ontbonden met inachtneming van een opzegtermijn, nu geen sprake is van *ernstig* verwijtbaar handelen van werknemer. Het hof acht het – gelet op het tijdstip dat de kantonrechter deze zaak feitelijk heeft behandeld – aannemelijk dat de arbeidsovereenkomst in een fictieve ontbindingsprocedure per 1 oktober 2019 zou zijn ontbonden (dus fictief rekening houdend met proceduretijd en hetgeen is bepaald in art. 7:671b lid 9 sub a BW). Het hof stelt, rekening houdende met het feit dat werknemer een transitievergoeding is toegekend, de billijke vergoeding vast op een bedrag van € 7.500 bruto.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 02-04-2020

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2020:1173

Zaaknummer: 200.268.044_01

Rechters: R.R.M. de Moor, M. van Ham en D.J.B. de Wolff

Advocaten: G.C.G. Raymakers en N.L.E.M. Bynoe

Wetsartikelen: 7:677 BW, 7:677 BW, 7:681 BW en 7:683 BW

RECHTSPRAAK

Arbeidsovereenkomst van Poolse uitzendkracht wordt ontbonden op de g-grond met toekenning van een billijke vergoeding. Er is geen voldragen d-grond of e-grond. Het uitzendbureau handelt ernstig verwijtbaar door aan te sturen op een verstoorde arbeidsrelatie.

Feiten

Flexworld B.V. (hierna: Flexworld) is een uitzendbureau met opdrachtgevers in de glastuinbouw, agf-sector, bollensector en industriële sector. Werkneemster is een Poolse arbeidsmigrante en zij is op 19 mei 2014 bij (een rechtsvoorganger van) Flexworld in dienst getreden op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Vanaf oktober 2015 tot en met augustus 2019 mailt werkneemster regelmatig over een reiskostenvergoeding. Op 10 november 2015 heeft een gesprek tussen werkneemster en haar leidinggevende plaatsgevonden, waarvan een formulier 'voortgangsgesprek uitzendkrachten' is opgemaakt en ondertekend. Bij verschillende onderdelen is score 1 (niet tevreden) ingevuld. Bij brief van 8 augustus 2018 bericht Flexworld werkneemster dat zij passend vervangend werk krijgt aangeboden na een negatieve beoordeling van een cliënt. Flexworld waarschuwt werkneemster eveneens over de werkhouding. Per e-mail van 23 oktober 2019 schrijft Flexworld aan werkneemster – kort samengevat – dat zij na diverse meldingen van ontevredenheid van klanten geen andere mogelijkheden ziet om werkneemster in te zetten. Werkneemster wordt de allerlaatste optie geboden voor chauffeurswerk ten behoeve van Van Bergen Personeelsdiensten alsmede een beëindiging van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden. Werkneemster heeft geen van beide opties aanvaard en te kennen gegeven dat zij om medische redenen niet geschikt is voor de functie van chauffeur. Op 16 december 2019 heeft de bedrijfsarts vastgesteld dat er bij werkneemster geen beperking is voor chauffeurswerk. Op 18 en 20 december 2019 heeft Flexworld aan werkneemster bericht dat als werkneemster met ingang van 23 december 2019 de aangeboden chauffeurswerkzaamheden niet verricht, zij als ongeoorloofd afwezig zal worden beschouwd en geen aanspraak zal kunnen maken op betaling van het salaris. Op 31 december 2019 is werkneemster door haar huisarts verwezen naar BGGZ. Bij e-mails van 3 januari en 10 januari 2020 heeft het UWV, naar aanleiding van een door werkneemster aangevraagd

deskundigenoordeel, de bedrijfsarts verzocht aanvullende medische informatie te verstrekken. Op 10 maart 2020 geeft de bedrijfsarts in een terugkoppeling onder meer aan dat werkneemster klachten heeft door een arbeidsconflict. Werkgeefster verzoekt de kantonrechter de arbeidsovereenkomst onder meer te ontbinden op de d-grond, dan wel de e-grond, dan wel de g-grond, dan wel de i-grond.

Oordeel

Disfunctioneren

De kantonrechter is van oordeel dat onvoldoende is gebleken dat werkneemster door Flexworld op haar functioneren is aangesproken en hiervan tijdig in kennis is gesteld. Niet gebleken is dat de klachten van de inleners door Flexworld naar werkneemster zijn doorgestuurd. Een op 10 november 2015 ingevuld formulier van een voortgangsgesprek met op een aantal onderdelen score 1 (niet tevreden) en een brief van 8 augustus 2018 waarin werkneemster een officiële waarschuwing krijgt voor haar werkhouding, zijn onvoldoende om te kunnen concluderen dat werkneemster tijdig op haar functioneren is aangesproken en dat het voor werkneemster voldoende duidelijk was dat zij volgens Flexworld tekortschoot in haar functioneren. Zelfs indien van de echtheid van de verklaringen van de inleners wordt uitgegaan, en indien ervan wordt uitgegaan dat sprake is van disfunctioneren en dat Flexworld werkneemster daarop tijdig heeft aangesproken, dan nog dient Flexworld werkneemster een serieuze en reële gelegenheid tot verbetering van haar functioneren te hebben geboden.

Verwijtbaar handelen

De kantonrechter is van oordeel dat van een voldragen e-grond geen sprake is. Dat werkneemster volgens Flexworld niet goed functioneerde en als gevolg daarvan bij verschillende inleners is weggestuurd, levert geen verwijtbaar handelen op. Op basis van één incident met nepnagels kan niet worden geoordeeld dat werkneemster de veiligheids- en hygiënevoorschriften die bij de inleners van toepassing zijn heeft geschonden en daarmee verwijtbaar heeft gehandeld, zodanig dat dat thans moet leiden tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Naar het oordeel van de kantonrechter had het eveneens op de weg van Flexworld gelegen het gesprek met werkneemster aan te gaan over het georganiseerd vervoer, indien Flexworld van mening was dat hiervan door werkneemster te vaak gebruik werd gemaakt en het gebruik van andere vervoersmiddelen de voorkeur had. Gesteld noch gebleken is dat een gesprek hierover heeft plaatsgevonden of dat Flexworld haar bezwaren hieromtrent aan werkneemster kenbaar heeft gemaakt. De stelling van werkneemster dat zij al sinds 2015 om reiskostenvergoeding heeft gevraagd en dat Flexworld daar niet op heeft gereageerd, is door Flexworld niet weersproken. In ieder geval kan het gebruikmaken van door Flexworld

georganiseerd vervoer niet gekwalificeerd worden als verwijtbaar handelen aan de zijde van werkneemster. Anders dan Flexworld heeft aangevoerd, kan het aan werkneemster aangeboden chauffeurswerk, waarbij zij uitzendkrachten naar inleners moet rijden en de uitzendkrachten moet ophalen, niet als passend worden aangemerkt. Uit de terugkoppeling van de bedrijfsarts van 6 januari 2020 blijkt immers dat het chauffeurswerk op dat moment voor de komende drie maanden niet als passend kon worden aangemerkt.

Verstoorde arbeidsrelatie

De kantonrechter is van oordeel dat wel sprake is van een verstoorde arbeidsverhouding, zodanig dat van Flexworld in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Flexworld heeft aangevoerd dat zij werkneemster zo vaak op het aanhoudend disfunctioneren heeft moeten aanspreken en werkneemster zo vaak heeft moeten overplaatsen naar een andere inlener, dat de arbeidsrelatie als gevolg hiervan structureel verstoord is geraakt. Ook wil Flexworld werkneemster vanwege haar disfunctioneren niet meer bij haar klanten inzetten, omdat Flexworld hiermee het risico loopt dat haar klanten naar een ander uitzendbureau overstappen. Duidelijk is dat aan de zijde van Flexworld geen vertrouwen meer bestaat in een vruchtbare voortzetting van het dienstverband. Flexworld heeft zonder gegronde reden aangestuurd op het einde van de arbeidsovereenkomst, als gevolg waarvan een verstoorde arbeidsrelatie is ontstaan. Verder is van belang dat hoewel werkneemster zich op het standpunt heeft gesteld dat zij er vertrouwen in heeft dat de arbeidsrelatie – eventueel met behulp van mediation – weer goed kan worden, werkneemster tijdens de mondelinge behandeling heeft verklaard dat zij als gevolg van de moeizame verstandhouding met Flexworld ziek is geworden en dat in feite de verstoorde arbeidsrelatie de ziekmakende factor is. Flexworld heeft verklaard mediation niet zinvol te achten, aangezien dit niets verandert aan haar overtuiging dat zij, gelet op het afbreukrisico, werkneemster niet kan inzetten bij inleners. Hiermee is duidelijk geworden dat sprake is van een duurzaam verstoorde arbeidsrelatie.

Billijke vergoeding

De kantonrechter ziet aanleiding werkneemster een billijke vergoeding toe te kennen. Flexworld heeft ten onrechte beëindiging van de arbeidsovereenkomst wegens disfunctioneren en verwijtbaar handelen nagestreefd, als gevolg waarvan een verstoorde arbeidsrelatie is ontstaan. Naar het oordeel van de kantonrechter dient ervan te worden uitgegaan dat werkneemster redelijkerwijs, mede rekening houdend met de gevolgen van de coronacrisis, binnen een periode van een jaar ander werk zou moeten kunnen vinden. In dat geval komt de inkomensschade van werkneemster globaal overeen met 30% van een jaarinkomen, ervan uitgaande dat zij na de ontbinding van de arbeidsovereenkomst aanspraak

kan maken op een WW-uitkering. Alles afwegend acht de kantonrechter het in de gegeven omstandigheden redelijk om aan werkneemster een billijke vergoeding toe te kennen ten bedrage van € 8.200 bruto.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 03-01-2020

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2020:319

Zaaknummer: 8316441 / VZ VERZ 20-1862

Rechters: W.J.J. Wetzels

Advocaten: E. Spijer en S. Ramautar

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